



网约车非法经营行为的刑法规制

□ 阴建峰 梁 田

作为出租汽车和互联网融合发展而成的新型经营模式，网约车极大便利了人们的生活，并创造了新的经济增长点。不过，各类非法营运行为也随之滋生，对乘客的人身安全、合法权益和市场竞争秩序造成威胁。其中较为突出的问题之一便是网约车平台和驾驶员的合法经营资质问题，其核心则是网约车平台或驾驶员在未取得合法从业资格、经营许可或者超越经营许可的情况下，其违规运营行为在法律上究竟如何规制。实际上，该行为不仅可能因有违《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》等规范性文件而被处以行政处罚，还可能因触犯《刑法》中非法经营罪等罪名而被追究刑事责任。对于网约车非法经营行为进行刑法规制，至少应当注意两个问题。

对入罪标准的严格把握。根据我国《刑法》第225条第4款的规定，从事其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为，构成非法经营罪。这一兜底性条款弥补了法律的滞后性，对网约车等新型经济形式中相关问题具有涵摄功能。但同时，也不能因为条文的抽象性而肆意扩大适用范围，在法律适用过程中应严格把握入罪标准，着力厘清非法经营罪兜底条款的界限。

一是在总体上须以罪刑法定原则为标尺，准确界定网约车非法经营行为是否入罪，避免压制这一新型经济形式的生存发展空间。应认真把握非法经营罪的本质特征和犯罪构成的具体要件，正确定罪量刑，不枉不纵。对于网约车未取得经营许可擅自从事出租汽车经营或者以私人小客车合乘名义开展网络预约营运等非法行为，能否认定为“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，其不能超出其文义范围，解释适用的结论也应符合社会公众的一般预测，并在存疑时坚持有利于被告人的原则。同时，鉴于网约车的运营管理制度尚有诸多不足，为提高法律适用

的正当性和准确性，应当对相关的补充性规范予以完善。

二是应基于非法经营罪的构成特征，综合评价网约车违规运营行为的非法性与社会危害性。网约车平台或者驾驶员从事的只能是网络预约出租汽车服务方面的经营活动，而非巡游性出租汽车服务。而且，需要《刑法》介入的应当是网约车平台或者驾驶员违反国家规定的网约车经营服务。如果是亲朋之间的顺风车互助活动，或者私人小客车拼车活动，则不应在非法经营罪的范围之内。同时，网络平台或驾驶员的违规经营行为必须达到“严重扰乱市场秩序”的程度。其中，“扰乱市场秩序”揭示了非法经营罪所保护的法益，而“严重”则为非法经营罪与非罪行为的区分划定了界限。这就意味着对于网约车平台或者驾驶员的违规运营行为而言，即便在一定程度上扰乱了市场秩序，只要没有达到“严重”程度，就不能以非法经营罪论处。至于“严重”的内涵，通常需要结合经营数额的大小、行为的频次、后果的轻重、影响的程度等因素综合认定。值得注意的是，网约车运营是以互联网技术为依托，并涉及服务平台、第三方支付平台、驾驶员、乘客等多方关系的新型经营模式，对于其非法经营情节严重与否的认定不能简单地以经营数额或行为次数作为标准，而针对网约车“互联网+”的特点与时俱进地细化入罪标准。

三是应当通过法律，将抽象规定正当而准确地具象化到网约车运营的法律适用中。《刑法》第225条前三款规定的构成非法经营罪的情形分别是：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；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；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。根据对上述条款的分析，非法经营罪应当是侵犯国家特许经营管理制度的行为，主要扰乱的是市场准入秩序，虽然网约车的各类非法营运行为都在行政机关的查处打击范围内，但并非都能以非法经营罪追究刑事责任。例如，线上提供服务车辆与线下实际提供服务车辆不一致的，或者线上提供服务驾驶员与线下实际提供服务驾驶员不一致，或者未按照规定制定服务质量标准、建立并落实投诉举报制度等，这些行为尽管也不合法，但因其不涉及国家许可经营制度，也不会严重扰乱市场准入秩序，故不能认定为非法经营罪。

对“违反国家规定”的正确判断。根据我国法律规定，网约车非法经营行为只有“违反国家规定”，才可能构成非法经营罪。“违反国家规定”是涉网约车非法经营案件中构罪的核心标准之一，要遵照《刑法》对其范围进行严格限制。《刑法》第96条规定，“国家规定”是指“全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，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”。此处“国家规定”的具体内涵和外延，应根据《宪法》《立法法》中关于全国人大及其常委会和国务院的权限、运行方式的规定进行确定。至于“国务院规定的行政措施”应当由国务院决定，通常以行政法规或者国务院制发文件的形式加以规定。根据最高人民法院的司法解释，以国务院办公厅名义制发的文件，符合以下条件的，亦应视为《刑法》中的“国家规定”：有明确的法律依据或者同相关行政法规不相抵触；经国务院常务会议讨论通过或者经国务院批准；在国务院公报上公开发布。而部门规章、地方性法规、地方规章以及其他规范性文件均不属于“国家规定”，不能直接成为判断涉网约车行为是否构成非法经营罪的标准。

我国当前在网约车规制方面的立法尚不完善，在国家层面主要由《网络预

约出租汽车经营服务管理暂行办法》《出租汽车驾驶员从业资格管理规定》等部门规章和《网络预约出租汽车经营信息交互平台运行管理办法》等部门规范性文件组成。基于遵循罪刑法定原则的要求，这些规范性文件只能作为行政处罚的依据，不能据以认定构成非法经营罪。至于北京、上海、深圳等地针对网约车发布的“经营服务管理实施细则”“经营服务管理若干规定”等规范性文件，同样不能成为追究网约车非法经营行为刑事责任的入罪依据。

值得注意的是，部分国家规定的条款款较为原则、抽象，具有涵摄网约车违规经营行为的可能。例如，《行政许可法》第81条规定，公民、法人或者其他组织未经行政许可，擅自从事依法应当取得行政许可的活动的，行政机关应当依法采取措施予以制止，并依法给予行政处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。而根据《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》附件目录第112项，出租汽车经营资格证、车辆运营证和驾驶员客运资格证，由县级以上地方人民政府出租汽车行政主管部门核发。这些规定虽然是“国家规定”，但规定得并不明确，能否据此涵摄网约车违规经营行为，并将相关行为纳入非法经营罪的调整范围，应当根据最高人民法院《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》审慎认定。具体到网约车非法经营案中，如果需要认定被告人的行为是否“违反国家规定”，应当按照要求，“作为法律适用问题，逐级向最高人民法院请示”。



“刷量”行为需要依法治理

□ 尤 茜

数字经济时代，用户是各大平台竞相争夺的最重要资源，而“流量”作为网民注意力的代名词，也成为最有价值的商业符号之一。人们依赖网络平台、搜索引擎、社交媒体来对自己感兴趣的话题进行关注，也更加愿意通过网络评价和推荐来进行品牌或产品的选择。但同时，“流量为王”的竞争法则也催生了流量“黑灰产”，不少平台、商家、内容输出者等似乎找到了某种“捷径”，就是通过自动化和人工等作弊手段，制造虚假流量数字、刷量造就流量神话，以达到引流量和引爆眼球经济的目的。通过“刷量”，有的增加文章的点击量、转评量、点赞量，有的达到销量领先好评过万，有的带来直播平台人气暴涨等。

“刷量”，其实就是流量造假，它突出地存在于社交类业务、长视频、电商、论坛、短视频、直播等领域。由于违法违规成本低，流量造假有的甚至已经形成了产业链，不仅有专门做流量数据的公司，还有平台、商家、网红、明星公司也都有自己的数据公关团队，或者与数据公司有长期合作。“刷量”行为破坏了商业诚信体系，会导致“劣币驱逐良币”，推高了社会交易成本，还严重扰乱市场经济秩序，主要涉及的法律有：一是可能构成不正当竞争。我国《反不正当竞争法》明确规定，经营者不得对商品质量、销售状况、用户评价等作虚假或引人误解的商业宣传；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引人误解的商业宣传。二是可能侵犯消费者合法权益。《电子商务法》明确规定电子商务经营者信息披露的一般义务，要求全面、真实、准确、及时披露商品或者服务信息，禁止以虚构交易、编造用户评价等方式进行虚假、引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者。明确平台经营者未为消费者提供评价途径或者擅自删除消费者评价的，由市场监督管理部门责令限期整改，给予行政处罚，情节严重的，处以最高50万元以下罚款。三是可能构成犯罪。“刷单”行为根据行为特点和后果，可能构成破坏生产经营罪和非法经

营罪。同时，随着新科技的发展应用，刷量产业链中出现了越来越多的技术手段，这些应用可能会对计算机、网络的数据安全、系统安全造成威胁，可能触及了破坏计算机信息系统犯罪。另外，利用“刷单”刷量、网络游戏等形式实施网络诈骗的案件还可能构成诈骗罪。

对于“刷单”行为，我国相关的规范性文件有明确的禁止性规定，2019年，国家网信办发布《网络信息内容生态治理规定》，其中明确提到，网络信息内容服务使用者和网络信息内容生产者、网络信息内容服务平台不得通过人工方式或者技术手段实施流量造假、流量劫持以及虚假注册账号、非法交易账号、操纵用户账号等行为，破坏网络生态秩序。尽管有这样的禁止性规定，但当前对“刷量”行为的治理仍然存在着法律涵盖面不够、法律解释不及时、打击力度不够等问题，应当多措并举、依法治理。

民事法律应明确平台责任，否定“刷量”行为产生的法律后果。互联网各商业平台既是规则的制定者，同时也是可能是不良秩序的纵容者，对于流量乱象有不可推卸的责任。面对行业乱象，平台一方面需要自我反省，联手制定行业规制，负起企业应当具备的监管责任，从技术手段去自救，屏蔽、过滤虚假数据。另一方面，平台的技术手段有其滞后性，而有着巨大收益的刷量产业又在不断更新升级技术，总有一些漏网数据无法被过滤掉。这就要依赖法律手段，让各方为非法行为付出法律的代价，起到震慑作用。另外，民事法律应当明确认定，通过“刷单”所产生的后果不具备合法性。目前，我国已有法院根据民法基本原则，认定刷量违反公序良俗，缺乏权利基础。如2019年的“暗刷游戏流量案”，北京互联网法院就审理认为，刷量合同违反公序良俗，属于无效合同，驳回原告的诉讼请求并收缴了双方的不当所得，确立了“刷量者无请求权”的立场。

加强对《反不正当竞争法》的法律解释，对“刷量”行为保持高压姿态。《反不正当竞争法》第8条规定：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。这里主要是针对电商领域的“刷量”行为，法条本身尚不能涵盖“刷量”的所有情形，但目前的司法实践中，法院几乎均认定“刷量”企业的行为构成不正当竞争，这为起诉数据造假者、制止刷量行为提供了指引。下一步，可以对该条款进行合理的法律解释，将流量造假构成不正当竞争的行为进一步细化、明确。

加大对刷量行为的行政处罚力度。数字经济领域的“黑灰产”演变极快，当前我国行政法主要关注的是电商领域刷单炒信等虚假交易行为，例如《电子商务法》中对电商领域的相关行为做出了明确规定，但较少关注新近出现的虚假点击、加粉等单纯刷量型数据造假。应当进一步完善相关法律，将组织虚假访问、点击等数据造假行为也纳入行政处罚范围。

《刑法》应与时俱进，保护数据信用，打击严重的刷量等数据造假行为。近年来，我国《刑法》修正案聚焦网络安全增设了不少罪名，但针对数字经济的新法益还有待进一步关注，未来刑法

修正案应当及时弥补这一漏洞，将妨碍数据信用的行为纳入刑法规制的范畴，将情节严重的“组织虚假点击、虚假交易、虚假评论”等刷量行为入罪，以保护数据的真实性，维护数字经济的健康发展，防止数据泡沫对产业发展的伤害。在法律尚未修订时，应当恪守罪刑法定原则，合理认定非法经营罪、诈骗罪等。

法律实践应当结合实际，对责任进行合理分配。“刷量”产业链往往较为隐秘，加上互联网商业的虚拟性、匿名性特征，具有极强的隐匿性、专业性，受害的网络平台经常面临侵权获利方面的举证难题，导致赔偿请求往往因缺少证据而得不到法院支持。应当充分考虑实际特点，在举证方面，对掌握证据的行为人一方适当加重其责任。

当然，“刷量”是产业发展的伴生物，仅仅依靠法律还不够，需要进行综合治理。除平台应强化责任之外，还要依赖于完善的社会信用体系，把参与数据造假的行为人列入失信黑名单，让其在网络空间寸步难行；把默许“刷量”的平台列入不诚信企业名单，加大数据造假者的社会成本，形成“一次造假、长期受限”的压力机制，从源头遏制刷量乱象，让流量和数据“真”起来。

行政检察监督是检察机关行使法律监督权的一项重要内容。其功能一方面在于监督法院依法进行行政审判、监督行政机关依法行政，保护公民、法人和其他组织合法权益；保护国家、社会公共利益，另一方面在于促进行政争议实质性化解，维护社会关系和谐稳定。

一般而言，行政诉讼是行政纠纷解决的最后途径，而行政检察监督又是行政诉讼救济的最后一环，在此之后，行政纠纷即尘埃落定，一般很难再依靠其他方式解决。因此，检察官审查案件，必须重视对申请人的实质性需求的了解，在纠错的同时，要注重帮助当事人化解矛盾纠纷，注重对实体权利的保护。自2019年以来，我国各层级的检察院开始重视行政争议的实质性化解，不少地方出台了加强和完善行政争议实质性解决机制的实施意见，最高人民法院还召开了全国检察机关“加强行政检察监督促进行政争议实质性化解”专项活动电视电话会议。实质性化解行政争议是当前检察机关行使行政检察监督职能时应当高度重视和大力追求的一项重要工作目标。但与此同时，我们也要关注行政争议化解过程中出现的一些问题：第一，化解行政争议必须尊重法治。实践中，不能为了平息诉讼而建议或劝说行政机关给予相对人法外利益，让相对人对行政机关的违法行为不起诉、或起诉后撤诉；也不能为了平息相对人对行政行为的异议，建议或劝说行政机关对相对人的违法行为不予处罚、不追究。第二，应当强化检察机关与行政机关的良性互动机制。行政争议化解工作主要由检察机关承担，而行政机关作为争议的一方当事人，往往全程参与争议的发生、处置、诉讼以及信访过程，全面了解争议的来龙去脉。检察机关想要化解争议，需要掌握案件全面情况，其中仅查阅案涉规范性文件就可能耗时巨大，要提升行政检察监督的效率，必须强化与行政机关的良性互动。第三，行政检察的程序设计和配套机制有待完善。行政检察监督是对法院行政审判的监督，从时间次序上监督阶段在审判阶段之后。检察机关不能提前掌握法院审理时案件双方当事人的情况，而到了当事人申请检察监督阶段，往往双方的矛盾已非常尖锐。

检察机关将实质性化解行政争议作为新时期的重点工作，要做好这项工作，就要遵循行政诉讼监督的规律，依法履行行政检察监督职责，紧紧抓住行政争议的源头和要害，将推动行政争议诉源治理与加强和创新基层社会治理结合起来。

首先，建立行政争议化解检察一体化工作机制，充分发挥基层检察工作的职能作用。行政案件解决的是“民与官”之间的争议，加上诉讼成本较低，绝大部分原告败诉后会提出上诉、申请抗诉。因而，实质性化解行政争议工作主要由市级检察院承担，区县级检察院基本不参与化解工作，而与之相对应的是，大多数行政争议都发生在基层。发端于基层的行政争议，大部分最终以行政审判监督案件的形式由市级人民检察院受理。因此，行政争议实质性化解案件基本都集中在市级检察院，化解压力也就集中在市级检察院。实际上，区县级检察院在地域内与行政部门沟通有着得天独厚的优势，且对当地的民生、民情比较熟悉，调查核实、调解工作的阻力往往小于市级检察院。在当前，如何把区县级检察院行政检察主要工作职能定位于化解管辖区域内的行政争议从而充分调动区县级检察院的工作积极性至关重要。可以考虑制定案件上下流转机制，把上级检察院受理的涉及基层行政机关的监督案件，按照地域或者其他模式，通过转办或者交办等逐级流转的方式分流至区县级检察院，推动工作下沉，从而确保有效缩短化解时间，并提升化解的成功率。

其次，构建多元化、规范化、全覆盖的工作机制。设立检察机关与行政机关常态化协作工作机制，充分发挥行政机关的优势与能动性，建立检察机关与行政机关的良性互动机

以促进行政争议实质性化解以行政检察监督

□ 戴建华

制，有效提高化解的成功率。在行政案件高发领域、高发地区与相关行政机关会签工作文件，组建化解工作站，设立定点、定案联络人，将案件沟通会议作为惯常工作模式，梳理化解难点，研究化解方法。定期与行政机关召开联席会议、总结类案发生原因，评估法律风险，研究执法难题、规范文件适用。通过以案说法、以案释法、以案普法，化解一件影响一片的工作方式，推动行政机关执法、执政能力的提升。与行政机关共同制定规范的案件化解流程，检察机关作为和解协议的第三方，见证当事人与行政机关签订和解协议，并跟踪监督协议落实情况，督促协议的双方当事人履行。要善于借助社会资源，邀请社会专业机构、专业人士参与化解，积极聘请资深专家、学者、律师等担任化解员参与争议化解。另外，还可参照法院诉前调解的模式，案件受理后先进行一轮化解工作，实现对受理案件全覆盖。

再次，搭建法院和检察院协作的可行路径，发挥各自职能优势。改变检察监督化解工作的滞后性，着力化解因“程序空转”而导致人民群众诉求无法切实解决、矛盾尖锐或者严重影响社会稳定等类型案件，发挥审判机关和法律监督机关各自的职能优势，力争将化解关口前移。在实际办案中，可将诉前督促履职、行政公益诉讼等检察职能，以及公开听证、调查核实等有效办案手段与法院审判职能结合运用。

最后，优化考核机制，充分调动承办检察官化解争议的工作积极性。时间持续长、工作难度大是化解工作的显著特点。由于不确定因素多，化解工作最终不一定能成功，因此，绩效考核不能简单地以结果论。检察院在对员额检察官、检察官助理进行工作绩效考核时，应当进一步细化行政争议化解考核指标，绩效考核时划分不同工作阶段，合理优化考核设计，以此激发员额检察官、检察官助理实质性化解行政争议的动力和意愿，推动形成良好的工作状态。

