

”

作为一名深耕刑事犯罪领域多年的律师，笔者接触过大量刑事案件，其中不乏众多企业家刑事犯罪案件。相当一部分刑事案件当事人触犯刑法并非知法犯法有意为之，而很多是因为知识盲区，也有一部分是存在侥幸心理。

本文以淘宝平台网店商家为例，筛选出近5年间八百余篇案例[1]，详解其易触碰到的4大类刑事风险高发地带，相关常见罪名具有普适性，其他电商平台或实体店商家亦可作为参考。

”

- 1 -

总体特征及案由分布

1. 地域

从2003年淘宝创立至今，广州、深圳、上海、北京四座城市的淘宝新增店铺数量稳居前四位[2]。近五年来，浙江、广东、江苏的刑事案件数量排名全国前三。

图片来自威科先行法律数据库（下同）

2. 法院级别

超七成案件一审由基层法院管辖。

在本专题案例中，中院管辖的一审案件以走私犯罪和侵犯知识产权犯罪案件为主、其次为危害公共安全犯罪和毒品犯罪。

根据《中华人民共和国刑事诉讼法（2018修正）》第二十一条：中级人民法院管辖下列第一审刑事案件：（一）危害国家安全、恐怖活动案件；（二）可能判处无期徒刑、死刑的案件。

另外，地区也有特别规定，如根据上海市高级人民法院2018年12月28日发布的《关于调整上海市知识产权刑事案件管辖的规定》三、“市第三中级人民法院管辖《中华人民共和国刑法》分则第三章第七节规定的下列知识产权刑事案件：（一）在本市有重大影响的侵犯知识产权第一审刑事案件；（二）上海市公安局立案侦查或者提办的侵犯知识产权第一审刑事案件；（三）上海市公安局水上公安局、上海港公安局、上海海事公安局、长江航运公安局上海分局、上海市公安局国际机场分局、上海市公安局城市轨道交通和公交总队立案侦查的在本市有重大影响的侵犯知识产权第一审刑事案件，上海海关所属公安机关侦查的侵犯知识产权第一审刑事案件。”

3. 案件数量

2017~2020年案件数量较为稳定，至于2021年案件数量骤降的原因，可能是综合原因造成[3]，并非本专题类案件的特例。

4. 改判率

若案件经过侦查、审查起诉阶段，最终移送法院，根据近五年的裁判文书统计，二审改判率为5.36%。

本专题案

例中，网店商家会

涉及到的刑事犯罪分布在《刑法》第

二章危害公共安全罪、第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪、第三章

破坏社会主义市场经济秩序罪

、第五章侵犯财产罪、第六章妨害社会管理秩序罪几个章节。

接下来，本文将

以涉案类型较多且具有普适性的

非法经营罪、生产销售伪劣商品罪、合同诈骗罪和

假冒注册商标罪四大类罪名为例，逐一分析。

- 2 -

非法经营罪

非法经营罪规定在《中华人民共和国刑法》第三章破坏社会主义市场经济秩序罪第八节扰乱市场秩序罪中。

在805份判决书中，涉及非法经营罪的有28份。

本罪出自刑法第225条，该条第四项规定的兜底条款

，使得这个罪名成为我国现行刑法上最有影响力的口袋罪。该罪名所涉及的行为已逾70种以上。

虽然非法经营罪不是本系列专题中所有刑事犯罪中最为高发的罪名，但重要性笔者认为居于首位。因为绝大多数商家开设网店是希望通过经营获取收益，而不是为了违法犯罪，触犯本罪名，是因为对法律知识的不了解，或者未尽到谨慎义务所致，并非有意为之。因此本罪名值得商家重点关注。

1. 哪些情形构成非法经营罪？

《刑法》第225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：

（一）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；

（二）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；

（三）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；

（四）其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。

2. 案例特点

① 案件类型

以扰乱市场秩序

（4例）为由认定有罪的有：提供有偿删除信息服务、销售卫星地面接收设施、非法设立广播电台（黑广播）；以

未取得药品经营许可证

（8

例）为

由认定有罪的

有：销售治疗疼痛、风湿等

药物、富方地芬诺酯片（治疗腹泻及慢性肠炎）、保肾丸、

米非司酮片及米索前列醇片（终止妊娠），中药；以

未取得药草专卖许可证

（6例）为由认定有罪的有：销售卷烟或进口国外电子烟用于销售；此外，还有因未取得食品流通许可证

销售保健食品

品，未取得出版物印刷

发行资质销售早教书籍，未取得危险化学品经营许可证

销售一氧化二氮（笑气），未取得医疗器械经营许可证

销售隐形眼镜及护理液（属于三类医疗器械）等类型的犯罪行为。

② 案件特点

（1）中间商也应负刑责

中间商仅充当媒介买入后卖出赚取差价、或者由中间商联系好买家后直接由上游卖家销售给下游卖家的行为，也不能规避刑事风险。

如（2016）沪0115刑初4065号判决

，“被告人李某（下家）在未取得《医疗器械经营许可证》的情况下，向被告人卓某（上家）购入隐形眼镜及护理液后，通过淘宝网店对外销售。其淘宝网店的客户在1元链接上订购

隐形眼镜后，其通过淘宝旺旺

和QQ等和“海外代购超市”等上家联系，由上家直接发货给客户”，李某因本案被判处有期徒刑一年六个月。

（2）商家经营者及合伙人、雇员等成立共同犯罪行为

共同经营网店，或设立关联公司，负责商品销售的不同环节，为共同犯罪，网店雇员认定为从犯。

如（2019）湘0902刑初72号判决

，唐某与吕某分别成立公司，由唐某向吕某发送图书电子模板，由吕某联系印刷公司印刷并加工装订成册，销售给唐某及唐某客户。唐某及吕某成立共同犯罪。

（3）一般不构成单位犯罪

根据法律规定，为实施犯罪行为而成立公司，不构成单位犯罪。

如（2018）浙11刑终109号判决

，法院认为：淘宝店铺均使用个人名义申请，其应买家要求发营业执照照片、开具发票仅为了方便促成交易，故本案不属于单位犯罪。

（4）一般以经营额作为定罪量刑的基准

淘宝商家的经营数额普遍较大，一般几十万至上千万不等，根据司法实践，若经营额超过30~50万以上

（根据当地经济情况及经营商品种类的不同等而定，无统一标准）

，一般即认定为情节特别严重，应当判处五年以上有期徒刑。

3. 辩护要点

① 经营数额的认定

本罪的经营数额的认定一般需要进行审计，但审计金额是否合理、是否存在可以扣减的情形是辩护的主攻方向。

如相关订单无法查清是否为涉案商品，是否存在刷单情形，是否将涉案商品的包装外包装价值与商品本身价值区分计算、是否包含运费等，均可以存疑时有利于被害人原则，主张扣除。

如运费

是否扣减，应

当如何扣减，是本类型犯罪

中较为常见的争议点。

根据司法实践，若是商家包邮产品，则运费应作为犯罪数额，不应扣减，若为买家承担运费，可以扣减，但若无法区分所有商品哪些是买家负担，哪些是卖家负责，则可以以对被告人有利原则主张均应从经营额中扣减。

又如商品外包装价值，根据

（2016）沪0115刑初4065号判决

，无许可证销售隐形眼镜及护理液，可以将买家所购买的眼镜盒，清洗器等金额予以扣除。

② 此罪与彼罪

因非法经营罪为“兜底罪名”，因此经常出现一行为可能触及多种罪名的情况，则对于罪名的正确适用，可能对被告人的刑期产生很大影响。

如（2019）苏02刑终90号判决

，一审以销售假药罪对陈某进行处罚，判处有期徒刑十年，并处罚金140万元

。因《药品管理法

》的修订，取消

了原法中“按假药论处”的规定

，根据刑法“从旧兼从轻原则

”，二审以非法经营罪判处被告人有期徒刑五年六个月，并处罚金十万元。

另外，若生产销售的产品存在质量问题，如无食品流通许可证销售保健食品、生产销售假烟等等，可能会定以生产销售伪劣产品罪。非法复制发行电子出版物，定为非法经营罪、侵犯著作权案罪、还是销售侵权复制品罪，实践中存在很大争议，可参考（2016）苏08刑终129号。

4. 典型案例分析

① 提供有偿删帖服务，构成非法经营罪

案情：

被告人韩某于2014年3月至2015年7月间，利用计算机、手机等工具接入互联网发布有偿删帖信息招揽客户，以寻找上家删帖和编造虚假资料向网站投诉的手段为他人有偿提供删除信息服务，通过支付宝转账和淘宝网担保交易收取删帖费用，经营数额共计人民币267650元。

本院认为：

被告人韩某违反国家规定，以营利为目的，通过信息网络有偿提供删除信息服务，扰乱了市场秩序，情节特别严重，其行为构成非法经营罪。

裁判结果：判处有期徒刑五年，并处罚金人民币10000元。

案例索引：（2017）辽0204刑初357号

②

即使有出版物经营许可证

，但未取得经营许可资质，发行并出售早教书籍，构成非法经营罪

案情：

被告人唐某及辩护人提出销售涉案图书公司具备营业执照、出版物经营许可证，且系与海豚出版社

签订买卖合同授权取得书号，唐某购买图书总金额超2000万元，违法所得70万元。唐某存在自首情节。

本院认为：

图书出版物的出版、发行、印刷、复制只有经过国家出版物行政主管部门审核、批准，获取相关经营许可资质后方可从事。具体到本案，被告人唐某明知名下涉案公司并非依法设立的出版单位，不具备图书出版物的出版资质，图书出版物的批发资质也未经省级人民政府出版行政主管部门审核许可，而其为获取利益，仍违反国家禁止性规定私自向海豚出版社董某购买书号，之后假冒海豚出版社名义，违法委托不具备图书出版物印刷资质的被告人吕明鋤进行印刷，之后擅自出版、发行该图书，非法经营的主观故意明显，符合非法经营罪的犯罪构成要件。

经查，2018年3月海豚出版社对湖南省新闻出版广电局检测中心申请的《宝宝益智早教翻翻书》（ISBN 978-7-5110-3827-2、ISBN978-7-5110-3828-9）作出不属于海豚出版社正规出版物的意见。2018年5月海豚出版社将《宝宝益智早教翻翻书》（ISBN 978-7-5110-3827-2、ISBN978-7-5110-3828-9）、《益智早教立体手工大全》（ISBN978-7-5110-3696-4）、《幼儿趣味小手工》（ISBN978-7-5110-1593-8）认定为海豚出版社正规出版物。两次认定意见自相矛盾，但之后海豚出版社出具了相关说明及证明证实上述涉案四种书号及CIP数据虽然为海豚出版社所申请、真实存在，但该四种图书并未进入印刷、发行环节，无出版印刷合同、委印单、不具备开具发行委托书的条件，并不符合《出版管理条例》正规图书出版的规定，不能出版、发行，流入市场。

裁判结果：判处有期徒刑三年十个月，并处罚金70万元。

案例索引：(2019)湘0902刑初72号

- 3 -

生产销售伪劣商品罪

生产、销售伪劣商品罪规定在《中华人民共和国刑法》第三章

破坏社会主义市场经济秩序罪第一节 ，该

章节共规定9项罪名，经检索，在本系列专题的805份判决书中，涉及生产、销售伪劣商品罪的有112份，罪名分别为：生产、销售伪劣产品罪（9）、生产、销售不符合安全标准的食品罪（1）、生产、销售、提供假药罪（41）、生产、销售有毒、有害食品罪（61）。

1. 生产销售伪劣产品罪

① 案件特征

本罪名项下销售的产品以食品、药品居多，包括疫情期间的防疫用品。本罪名可能会同时触及生产、销售伪劣产品罪、侵犯知识产权犯罪（如销售假冒注册商标的商品罪）、非法经营罪等多种罪名。

本罪名以销售金额为量刑基准，分为四档刑期，量刑规则清晰明了，经检索，所有判决文书无一适用缓刑[4]，罚金刑判处幅度一般在经营额标准的0.6~1.3倍之间。

本案的
报案人有买家
、行政机关在执法过程中发现、周边群众发现举报（如工厂周边）等多种类型。

② 辩护要点

（1）经营数额的认定

刷单，是淘宝商家常见的行为，

刷单行为目前已定性为刑事犯罪

，但司法

实务中，若刷单行

为真实存在，一般可以扣减相应数额

。如（2016）鲁0891刑初150号判决

，“本案中银行卡交易明细、QQ聊天记录、支付宝交易明细、证人证言、被告人供述等证据均证实有大量刷单的存在，被告人的犯罪数额应以实际交易数额认定，对被告人及辩护人的此辩护意见予以采纳。”但若无法提供真实的刷单数据，交易记录，联系人等，在高买低卖情形下，且关于刷单无法自圆其说，则交易数据不仅不会被因可认定为刷单被扣减，本身高买低卖的行为就易被认定为销售伪劣产品的有力证据。

如（2020）鲁1311刑初225号

，“赵某辩解称2019年销售期间也存在刷单不符合常理。另其辩解称2019年3月底从“小马粮油店”以6.5元-7元每斤的价格购进真花生油，销售了十几天时间，但根据其销售数据，赵某三个网店2019年3月底至4月中下旬约三分之二的订单均是以5斤30元以下的单价销售，其高价买低价卖不符合常理，不能确定该期间其销售的为真花生油，不应予以扣减”，“赵某辩解称2019年销售期间也存在刷单不符合常理”。

（2）协助抓捕同案犯，符合立功情形下，可以从轻或减轻处罚

《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第五条规定，犯罪分子到案后

，协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）

的，认定为有立功表现。作为中间一级销售环节的被告人，本身对于争取构成立功就具有很大的优势，若能提供公安机关未掌握的他人违法犯罪的线索（如上家），可以争取认定为立功。

如（2016）鲁0891刑初150号

，被告人王某（销售者）检举、揭发孔某（生产者）生产、销售伪劣电动自行车并指认将孔昊抓获，法院认为“三被告人提供重要线索，得以侦破其他案件，构成立功，可对三被告人从轻处罚，对辩护人的此辩护意见予以采纳”。

（3）从犯犯罪地位的认定

对于被告人主张自己属从犯的抗辩意见，主要是通过当事人的行为表现来认定，是否获利不是主要考虑因素。根据

(2020)粤0118刑初1174号判决

，虽然周某在本案中并没有直接参与销售的环节，也没有获利，但法院认为，被告人周某在本案中提供销售资质及结算工具、联系货源、租赁仓库，其在共同犯罪中并非起次要或者辅助作用，因此未认定为从犯。

根据(2017)闽06刑终57号判决

，法院认为，“张某接受委托，根据客户要求，利用制假工具和购买的假冒品牌卷烟包装盒，雇请工人将散装香烟制作、加工成各种品牌的假冒伪劣卷烟并重新包装后予以销售，系假冒伪劣卷烟货主，即犯意的提起者及非法所得主要占有人，其具体实施一系列制假行为，不属从犯”。

2. 生产、销售、提供假药罪

① 案件特征

(1) 《药品管理法》的修改使“假药”的定义发生部分变化

2019年8月26日，十三届全国人大常委会第十二次会议表决通过了新修订的《药品管理法》，并明确该法将自2019年12月1日施行。原2015年《药品管理法》废止。新法中删去了“按假药论处”的规定，将“依照本法必须批准而未经批准生产、进口，或者依照本法必须检验而未经检验即销售的”等原按假药论处的内容删除。在新法

规出台后尚未审结的案件，适用刑法“从旧兼从轻”的原则，对被告人的量刑也产生了相当大的影响。

如(2019)苏02刑终90号判决

，陈某销售额约67万，经食药监局认定，陈某销售的“华佗再造丸

“风湿神力丸”“安康骨刺全松丸”“黑骨藤追风湿丸”“九龙藤颗粒”药品均符合药品定义，应按照药品进行管理，原审法院认为，因上述产品未标注药品批准文号，违反原《药品管理法》第四十八条第三款第(二)项的规定，应按假药论处。原审以销售假药罪，判处被告人陈大棉有期徒刑十年，并处罚金人民币一百四十万元。因《药品管理法》的修改，二审法院认为陈某的销售行为不再符合销售假药的定义，撤销原审判决，判处陈某犯非法经营罪，判处有期徒刑五年六个月，并处罚金人民币十万元。

(2) 针对涉案行为如何定性，公诉机关和法院的争议较大

生产、销售伪劣商品罪章节各
罪名存在多种罪名竞合
的情形，对于犯罪
行为所涉罪名的定性，司法机关争议
较大

(主要是由于对商品的金额认定及是否属于假药的定义，会直接影响到定罪量刑)。

如(2020)冀0408刑初80号判决

，公诉机关指控被告人陈某某犯销售假药罪提起公诉。法院在审理过程中，检察院变更起诉，变更罪名为非法经营罪，后当庭变更罪名为销售伪劣产品罪，此后，再次变更罪名为非法经营罪。

(2019)苏12刑终271号

，公诉机关以涉嫌
生产销售假药罪提起公诉，最终法院
判处生产销售有毒有害食品罪。

(2019)苏0214刑初43号

，公诉机关以涉嫌生产销售假药罪提起公诉，最终法院判处非法经营罪。

(3) 是否属于假药，一般以食药监局的意见为准

本系列专题所涉判决书中，销售的商品涉及性保健品、前列腺贴、从国外进口的药品、中药类保健品、治疗风湿、痛风等的药物，抗癌原料药等，种类繁多。

如（2019）苏0214刑初43号，

法院认为：“根据无锡市食品药品监督管理局出具的《关于对标示“乌蛇丸”产品的认定函》

显示，被告人张博、张某某、王云雷所涉案“乌蛇丸

”的外观标识及说明书标示的内容，“乌蛇丸”应按药品进行管理，而现有证据尚无法证实“乌蛇丸”为假药，故不宜以生产、销售假药罪予以处罚。被告人张博、张某某、王云雷违反国家药品管理法律法规，在未取得药品经营许可证的情况下，非法经营药品，扰乱市场秩序，符合非法经营罪的构成要件，应当以非法经营罪论处。

（4）公诉机关和法院对于销售金额认定争议大

如（2019）皖06刑终27号判决

，检察院指控销售金额190万元左右，法院认为，因现有证据尚不能排除销售记录中刷单、捆绑销售现象的存在，最终认定销售金额79万元左右。

（2018）晋1126刑初38号判决

，法院认为，“公诉机关指控的“五送一+8贴”“十送三+16贴”等未确定药品名称的销售数额，因其没有具体品名，不能确定具体销售产品，无法认定为销售假药，故不予认定。”。

（2016）苏0211刑初155号判决

，法院认为：“虽经无锡市食品药品监督管理局认定按假药论处，但认定函中均有“涉案产品直接销售对象为肿瘤患者个人”的前提条件，故本院认为在不能排除购买者为非肿瘤患者及其家属或用于治疗以外的其他用途的情况下，应当以能够核实到的购买者中确定的销售给个人并用于治疗的销售金额来认定四名被告人的犯罪金额为宜，据此，本院对公诉机关指控四名被告人的犯罪金额予以调整。同理，本案中被公安机

关扣押的AZD9291

在无法明确其销售对象、用途的情况下，即不能排除销售给其他非肿瘤患者或用于非治疗用途的情况下，本院认为不宜认定该被扣押的AZD9291构成犯罪未遂，故对于公诉机关的该项犯罪未遂的指控本院不予认定。

（5）案件时限与一般刑事案件相比，审理时间较长

鉴于假药的性质认定，销售及获利金额的认定、罪名的认定等均较为复杂，故司法机关的办案期限也比一般案件要长，从立案侦查至一审判决，两年或三年也比较正常。

（6）部分案件会有刑事附带民事公益诉讼

如
2018苏0507刑初46号、(2019)青0102刑初148号、(2019)苏0723刑初6号、(2019)皖1102刑初99号、(2019)苏12刑终271号案件
，均提起刑事附带民事公益诉讼，判处被告人通过全国性媒体发出消费警示，提醒广大消费者勿使用相关假药，并在全国性媒体上向社会公开道歉等内容。

② 法院观点

（1）商家将产品标记为“消”字号，并不能避免被认定为假药的风险

普通人区分“药品”和“非药品”最直接的途径，就是看产品的批准文号，标注“药”字的为药品，“消”或“卫”为消毒用品或保健品。

根据(2018)苏0507刑初46号判决

，法院认为：“涉案产品标签说明中分别标明了豫卫消证字[2014]第0041号、鲁卫消证字（2015）第1603号，但根据上述四种产品的标签注明的疾病名称等内容及苏州市食品药品监督管理局批复的文件，四种产品的外观和包装足以达到使一般消费者误解为药品的程度，不能仅以是否具有“国药准字”号进行区分”。因此，即使该案产品取得了“消”字号的产品问号，但因产品外包装内容，表明这些产品可用于预防、治疗、诊断人的疾病，有目的地调节人的生理机能，并具有适应症或者功能主治、用法和用量，故法院认定为药品。

（2）中间商应对上游企业（生产商）的资质具有查明义务

如(2018)晋0902刑初360号

，上游生产企业对涉案药物原具有批准文号，后被废止，对于废止后中间商仍购入并销售的药品，视为销售假药。

（3）一般不予采纳的抗辩观点

对人体损害无法查实、已如实告知顾客、具有卫生室执业许可证、具有职业技能证书及培训合格证书等，无法作为本罪从轻处罚的情节。

甚至一些较为有争议性的观点，如待销售金额仍被法院认定为犯罪既遂、刷单也被法院认定为犯罪成本不予从经营数额中扣减。

3. 销售有毒、有害食品罪

① 案件特征

本罪名下的网店销售商品种类比较单一，一般为含酚酞、西布曲明等的减肥类保健品或者是含西地那非（俗称“伟哥”）男性保健品[5]。

本罪名的案情争议不大，以检测结果为准。若销售的商品中检测到的相关成分符合《最高人民法院 最高人民检察院关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释（2021）》第九条

（2013年版条文号为第20条）

的规定，即符合“有毒、有害的非食品原料”之定义，构成犯罪，具体为以下：

（一）因危害人体健康，被法律、法规禁止在食品生产经营活动中添加、使用的物质；

（二）因危害人体健康，被国务院有关部门列入《食品中可能违法添加的非食

用物质名单》《保健食品中可能非法添加的物质名单》和国务院有关部门公告的禁用农药、《食品动物中禁止使用的药品及其他化合物清单》等名单上的物质；

（三）其他有毒、有害的物质。

② 定罪量刑标准

本罪名有三档量刑：第一档（五年以下）

：以行为定罪，只要是在食品、食用农产品、保健食品等中添入非食品原料的，即立案追诉。第二档（五至十年）

，又细分为三种情形：1生产销售金额20万~50万的，2生产销售金额10万~20万但有毒有害食品数量较大或持续时间较长的、属于婴幼儿食品的、1年内曾受行政或刑事

处罚的，3（无金额起点）毒

害性强或含量高的。第三档

（十年以上、无期或死刑）生产销售金额50万以上或其他严重情形。

- 4 -

合同诈骗罪

合同诈骗罪规定在《中华人民共和国刑法》第三章
破坏社会主义市

场经济秩序罪第八节扰乱市场秩序罪中。

在805份判决书中，涉及合同诈骗罪的有27份。

1. 案例特点——网店商家作为被害人

本罪的27份样本中，有24份的受害人为淘宝卖家，案情也大体相似：被告人向淘宝卖家宣称为店铺做宣传推

广，与被害人签订代运营合同，虚假承诺服务内容，骗取被害人押金，服务费。

因此，本罪也相应的具有较为明显的地域特征，浙江最多，占11例。

2. 入刑情节及量刑标准

① 本罪出自刑法第224条：

以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大，具有以下情形之一的，构成合同诈骗罪：

- （一）以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；
- （二）以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；
- （三）没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；
- （四）收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；
- （五）以其他方法骗取对方当事人财物的。

② 量刑标准

参考上海市（沪高法〔2017〕496号）及浙江省（浙高法〔2012〕325号）

规定，关于本罪定罪量刑标准为：合同诈骗数额在2万元以上不满20万元的，属于“数额较大”，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。合同诈骗数额在20万元以上不满100万元的，属于“数额巨大”，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。合同诈骗数额在100万元以上的，属于“数额特别巨大”，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

3. 典型案例分析

除上述淘宝卖家作为被害人的案例以外，有一例较为特殊，被害人为大众点评公司。

案情：

被告人史某某为了通过将XX公司的优惠券变现的方式非法骗取财物，在2014年3月至2015年5月间虚构“撞球吧”等11个商户，使用其女友陈某的身份证与XX公司达成团购技术服务协议。史某某在无实际业务的情况下，在网上收集XX公司的优惠券，然后通过上述虚假注册的账号，以自买自卖的方式，骗取XX公司在大众点评网提供给客户的现金优惠。有公安机关调取的史某某淘宝阿里旺旺账号“阿承购物”购买大众点评代金券、优惠券、抵用券、团代购的订单截图为证。

判决结果：

因史某某骗取金额90余万元，数额巨大，虽其辩称获利仅20余万，仍被判处有期徒刑8年。

案号：（2017）沪01刑终172号

- 5 -

假冒注册商标罪

假冒注册商标罪规定在《中华人民共和国刑法》第三章 破坏社会主义市场经济秩序罪第七节侵犯知识产权罪中。在805份判决书中，涉及假冒注册商标罪的有26份，销售假冒注册商标的商品罪有59份。

1. 罪名特点

① 知识产权保护力度加强

假冒注册商标罪，根据《刑法》第二百一十三条，是指未经注册商标所有人许可，在同一种商品、服务上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的，处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

销售假冒注册商标的商品罪，根据《刑法》第二百一十四条，是指销售明知是假冒注册商标的商品，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

2020年12月26日发布的《刑法修正案（十一）》，将两罪的最高法定刑由原来的七年提高到了十年，并取消了拘役刑。体现出国家对于知识产权侵权案件加大了打击力度。

② 犯罪既遂和未遂问题

刑法213条假冒注册商标罪中的“情节严重”，涉及到的非法经营额的计算问题，包含已售和未售商品金额，不存在犯罪未遂的概念。

根据《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具体应用法律若干问题的解释》

（文号：法释〔2004〕19号）

，“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。

刑法214条销售假冒注册商标的商品罪，已销售、尚未销售或者部分销售情形，法律上规定了既遂未遂量刑标准。

最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》的通知

（文号：法释〔2011〕3号）

“八、关于销售假冒注册商标的商品犯罪案件中尚未销售或者部分销售情形的

定罪量刑问题。销售明知是假冒注册商标的商品，具有下列情形之一的，依照刑法第二百一十四条的规定，以销售假冒注册商标的商品罪（未遂）定罪处罚：（一）假冒注册商标的商品尚未销售，货值金额在十五万元以上的；（二）假冒注册商标的商品部分销售，已销售金额不满五万元，但与尚未销售的假冒注册商标的商品的货值金额合计在十五万元以上的”。

③ 一罪数罪问题

若行为人自产自销的，定假冒注册商标罪；若行为人仅销售未实施假冒注册商标行为的，定销售假冒注册商标的商品罪；若行为人既实施了假冒注册商标犯罪，又销售明知是他人假冒注册商标的商品的，则数罪并罚。

④ 实务中的量刑规则

销售假冒注册商标的商品罪相较于假冒注册商标罪，判处缓刑的可能性更大。因为被定性为假冒注册商标罪的行为人一般是同时实施假冒注册商标行为和销售行为，行为性质更加恶劣。

因《刑法修正案（十一）》于2021年3月1日实施，所以在本次调研的2017年~2021年的案例中绝大部分是适用旧法。对于《刑法修正案（十一）》实施后的案件，因两罪都属于连续犯、继续犯，根据“从旧兼从轻”的原则，如果在新法生效前假冒注册商标的实施行为、销售行为已经实施完毕，新法实施后才立案的，应适用旧法。只有实施行为、销售行为一直持续到新法生效后的，才考虑适用新法。但由于新法更重，量刑时需要对其中部分发生在旧法时期的行为，适当予以轻判。

对于两罪，即使被认定为情节特别严重，应当适用三年以上刑期的，一般也是在起刑点三年~四年处量刑，特别是销售假冒注册商标的商品罪，缓刑判处率非常高。但随着《刑法修正案（十一）》的修订，可以看出国家对知识产权保护力度的加强，相信在以后在量刑适用的加重也会逐步体现。

2. 典型案例分析——没有交易流水信息情形下，如何认定行为人经营数额？

根据（2018）粤06刑终136号

，公诉机关计算的379万余元非法经营数额，法院不予认定。理由为：1、根据日常生活经验，淘宝网店确实存在刷单的潜规则；2、若379万经营额推定均为真实交易，则被告人进货量需达到xx台，现有证据无法查明确实有xx台数量的商品来源；3、虽然现有证据中有一个被告人记录交易数据的笔记本，但根据笔记本中记载的内容来看，与实际网店销售记录数据无法对应，故笔记本无法认定为涉案产品的销售记录，不能认定作为非法经营数额的计算依据。

当事人辩称其非法经营数额仅17万余元，相对应的交易数量为100余单，其余为刷单交易，法院亦不予认定。理由为：1、若被告人仅销售100余单，则需刷单的数量要乘以20倍，即使就低认定刷一单15元，则在17万元的销售收入中，扣除刷单成本，产品成本，人力成本，办公成本后，余下利润极低，与被告人追求高利润而销售相矛盾；2、销售时长一年半，被告人能记住其中一百多单是真实交易，不符合日常经验；3、经核查买家留言内容，根据生活经验可推定为真实交易的交易数量就已超过被告人确认的100余单，且与被告人确认的100余单重合很少。

法院认定被告人经营数额为40余万元，理由为：因涉案网店没有关联的支付宝、银行卡的交易流水信息，故结合被告人及同案犯口供，供货商证言，销售记录，可认定各电器的销售均价，销售比例，销售数量，可估算出一个客观的经营额。

- 6 -

网店商家刑事风险防范的相关建议

1. 商家要加强刑事合规意识

商家对于自身经营的商品，是否需要取得相应的许可证书，要做到谨慎的注意义务。

如涉及涉嫌非法经营犯罪的情形，在司法实践中已超过70种类型。开设网店时，淘宝等平台一般只做最初的形式审查，如公司有没有营业执照，相关负责人的身份证明等等。

但对于商家实际在经营的商品种类是否属于必须办理相关许可证书，或者在法无明文规定的情况下，是否涉嫌“扰乱市场秩序”，如提供“外挂软件代练升级”，炒卖骨灰盒存放格位等经营行为是否合法，平台没有如此详尽的审查义务。需要商家在经营过程中，谨慎自查，如有需要可聘请律师寻求专业的法律意见。

2. 犯罪成本高昂，经营过程中勿妄存侥幸心理

商家在经营过程中，其实是有好多双眼睛在盯着，如平台、工商执法部门、产品品牌方、普通消费者、同行、上下游商家以及员工等。任何一个主体，都有可能成为举报人、报案人。

比如商标侵权刑事案件，很多报案人其实都是品牌方授权的代理机构，如果有“身边很多人都在卖假货，都没有事”的侥幸心理，在“专业打假”机构面前，面临惩处只是时间问题。

又比如，上下游商家，一个链条中有人被抓，极有可能为争取立功减轻处罚而供出链条中的其他人，“一个绳子上的蚂蚱”全军覆灭的情况在本专题案例中体现的也非常明显。

再比如食品药品行业，普通消费者可能会起诉“假一罚十”，之后还会涉及行政监督管理部门没收生产经营工具及违法所得、罚款、吊销许可证以及追究刑事责任。

3. 诚实经营，与宣传推广平台谨慎合作

在网店经营过程中，为提升信誉度，提高销量，“刷单”似乎已经成了默认的潜规则。

但刷单行为本身已定性为刑事犯罪。

可参考

2017年6月杭
州市余杭区法院宣判全国首
例淘宝“刷单入刑”案

【案号：(2016)浙0110刑初00726号
】

，李某创建“零距离商联盟”网站，并利用YY语音聊天工具建立刷单炒信平台，吸纳会员参与刷单炒信。李某犯非法经营罪判处有期徒刑五年六个月，并处罚金90万元。

另外，根据《反不正当竞争法（2019修正）》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”。

本次案例中涉及合同诈骗罪的被害人也基本为淘宝商家。因此商家在经营过程中，面对相关平台提供所谓的“代运营”，提升信誉度等服务内容，此类服务的合法性和真实性有待商榷。若冒然签署，可能不仅被骗取押金，服务费，还可能面临平台的处罚，消费者的投诉等风险。

注释：

[1]审判日期：2017.1.1~2021.12.31

数据来源：威科法律数据库

文书数量：805篇

文书涉及地域范围：全国

关键词：淘宝 旺旺

案由：刑事

[2]参考文章：《淘宝全国各省市开店数量排名》

[3]参考文章：《暴跌！中国裁判文书网2021年度上网文书骤降！》

[4]相比较于非法经营罪，量刑的弹性较大，实践中，即使是销售额达到几十万甚至几百万，也仍有相当数量的缓刑案例。

[5]参考百度百科：西布曲明(Sibutramine)，又名N-(1-(1-(4-氯苯基)环丁基)-3-甲基丁基)-N,N-二甲胺，分子式为C₁₇H₂₆ClN，曾被用于减肥药，因会增加严重心脑血管风险已被禁用。2010年起，国家食品药品监督管理局停止西布曲明制剂和原料药在我国的生产、销售和使用，已上市销售的药品由生产企业负责召回销毁。西地那非（Sildenafil）白色结晶粉末，分子式为C₂₂H₃₀N₆O₄S，密度为1.39g/cm³，又译昔多芬，是一种研发治疗心血管疾病药物时意外发明出的治疗男性勃起功能障碍药物，一般以其商业名称Viagra广为人知。不过相对于商品名西地那非在中国的俗名“伟哥”使用的更广泛，影响也更大。

作者简介

邵诗巍律师

，华东政法大学法律硕士，具有6年法律服务经验，律师从业以来办理诉讼及非诉案件三百余件，具有扎实的法学理论功底和实务办案经验。