

网络直播刑事风险探析及应对 — 电商直播篇

作者：王乐 | 刘鑫 | 吴悦 | 陈珂扬

网络直播作为近年来新兴的互联网业态，迅速崛起并迅猛发展。它不仅为公众提供了全新的娱乐和购物体验，也为相关行业带来了丰厚的收益，预示着未来经济发展的巨大潜力。然而，随着国家对网络直播行业的监管力度不断加强，这个行业已不再是法律监管的空白地带。网络直播平台因经营模式灵活多变和经营者法律意识不足，频繁出现涉及刑事犯罪的新闻。

刑事风险，可谓是悬在企业和企业家头上的达摩克利斯之剑。尤其是在经济刑法领域，高收益往往伴随着高风险。由于涉及的金额巨大，不规范的行为很容易触犯刑事犯罪。一旦涉及刑事犯罪，企业或个人不仅将面临刑事责任的追究，其后续的生存和发展也将面临严峻挑战。因此，刑事风险不容忽视。

目前网络直播领域主要分为两大类：以直播带货为主的电商直播（本文中简称为“**电商直播**”）、以粉丝经济为主的网红直播（本文中简称为“**网红直播**”）。尽管电商直播与网红直播均属于直播行业范畴，但鉴于二者在经营模式及盈利逻辑上的差异，它们之间存在着明显的区别。这种差异导致两类直播所面临的刑事风险既有共通之处，又各自呈现出独特性。例如，电商直播的刑事风险主要集中在商品销售的整个流程，而网红直播的刑事风险则更多地集中在直播规范、粉丝打赏等方面。同时，作为经营主体，这两类直播在某些方面也面临着共同的刑事风险，如人员管理、税务合规等。

本所将推出系列文章，分别探讨电商直播、网红直播两大网络直播类型所涉及的刑事法律风险，以及风险的预防、应对，以期为直播行业合法合规、稳步经营提供参考。

一、电商直播行业刑事风险探析

电商直播作为一种全新的营销、销售模式，通过实时互动讲解或情景化的商品展示，为消费者带来了新颖、便捷的消费体验，也有力促进了商品经济的发展。随着电商直播的逐渐普及，其中不规范的经营行为也逐渐显现。电商直播的各个环节中，均有可能发生刑事风险。下文拟结合具体案例，就电商直播领域的刑事风险进行分类探析：

（一）业务开展环节 — 诈骗罪/合同诈骗罪

诈骗罪是指，行为人以非法占有为目的，虚构事实、隐瞒真相，使相对方产生错误认识，并基于错误认识处分财物，行为人因此取得相对方财物。如行为人的欺骗行为、相对方处分财物行为发生于合同签订、履行过程中，则构成合同诈骗罪。

罪名	刑法条文
诈骗罪	第 266 条 诈骗公私财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，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。本法另有规定的，依照规定。
合同诈骗罪	第 224 条 有下列情形之一，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，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，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： （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。

随着网络红人经济的日益繁荣，众多商家开始倾向于邀请明星或网络红人进行直播带货，借助这些主播的影响力和号召力，以实现产品的快速销售。主播及其背后的直播间运营通常也能因此获得可观的收益。

业务合作过程涵盖了前期谈判、合同的订立及履行等各个阶段。在此期间，若存在以非法占有为目的，通过捏造事实、隐瞒真相等手段误导交易对手，导致交易对手基于错误判断而处分财物，则可能构成合同诈骗罪。例如，主播或 MCN 机构可能通过伪造过往业绩、作出虚假业绩承诺，或伪造销售数据等行为来骗取商家信任，以获取款项；或者商家自始即无支付相应款项的意图，通过误导主播或 MCN 机构为其产品进行宣传，最终逃避履行合同支付义务。

案例 1：好 XX 公司涉嫌合同诈骗案

据媒体报道，好 XX 公司关联方与多个商家订立合同，约定由其邀请明星、网红助力站台，开展直播售卖；并向商家承诺仅需 10 万元坑位费便可保底 140 万元销量。然而，在直播期间，明星、网红并未按前述合同约定介绍商品、与商品同框。被害人备货 170 万元，实际却仅卖出 1 单。其赶至好 XX 公司办公地后，却发现早已人去楼空，遂报案。而后期，报案人发现，其并非唯一的受骗方。好 XX 公司以同样的手法进行了 3 场直播，一共有 200 多个商家被骗，金额高达 3,000 多万。同时，该事件在网络上迅速发酵，给相关明星、网红的声誉也带来了严重影响。

2024 年 3 月，上海市公安局某分局以涉嫌合同诈骗罪为由，对好 XX 公司立案侦查。相关 6 名涉案工作人员也已被公安机关刑事拘留。

案例 2：网红“太原 XX”涉嫌合同诈骗罪

据媒体报道，网红“太原 XX”因涉嫌合同诈骗罪，被某市公安局立案侦查。涉案被害人王某描述，2022 年 7 月至 11 月，其委托“太原 XX”进行 4 场直播带货，累计支付佣金 900 万。在其中一场直播前，“太原 XX”声称 300 万元佣金可以保证 1,000 万元的销量。然而，在直播带货的过程中，“太原 XX”通过刷单、数据造假等方式伪造销售额，4 场直播的总销售额 2,811 万中，竟有 1911 万元为刷单，真实销售额仅有 900 万元。

在前述两起案例中，案例 1 涉及的直播间运营方明知无法提供明星带货服务，仍诱骗商家支付款项，并携款逃匿；案例 2 涉及的直播间运营方在无法达到承诺销售额时，通过刷单和数据造假来骗取商家支付佣金。这些行为均涉嫌构成合同诈骗罪。

此外，在业务合作过程中，未实施合同诈骗的业务合作方亦可能因他人的诈骗行为而被牵涉进刑事案件的侦查程序中，进而对公司的声誉及日常经营活动造成负面影响。

（二）选品、进货环节

1. 生产、销售伪劣商品犯罪

2024 年 3 月 7 日，最高检发布新闻，决定自 2024 年 3 月至 12 月在全国检察机关开展“检护质量安全 2024”专项行动。其中，专项行动四项重点任务第 1 项便是“依法从严打击生产、销售伪劣商品犯罪，尤其是网络营销、直播带货等新业态下与人民群众生活密切相关的常见伪劣商品违法犯罪，深挖原料源头和生产销售链条，全面保障商品质量安全”，强调从严打击网络直播新业态下的生产、销售伪劣商品行为。

由于网络购物中消费者无法接触到产品本身，生产、销售伪劣商品犯罪也属于电商直播领域的高发风险。根据生产、销售产品类型不同，生产、销售伪劣商品罪包含多个罪名，其中，**生产、销售伪劣产品罪**属于一般罪名，系针对一般商品而言，是指生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或以不合格产品冒充合格产品。同时，针对不同特殊商品，刑法还设置了特殊罪名，例如，针对药品的有刑法第 141 条生产、销售、提供假药罪、刑法第 142 条生产、销售、提供劣药罪等，针对食品的有刑法第 144 条生产、销售有毒、有害食品罪，针对化妆品的有刑法第 148 条生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪。此外，刑法第 149 条还规定，生产、销售特殊产品，如未构成该产品对应的特殊罪名，销售金额在 5 万元以上的，仍可以依照生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。

电商直播领域具体细分，还可分为厂/商家自行直播和主播直播带货两类。其中，**对于厂/商家自行直播带货的情形，厂/商家属于生产者、销售者，如其自身生产伪劣商品并销售，则可能构成生产、销售伪劣产品罪。**

案例 3：杜某某销售伪劣产品罪

2022 年 12 月至 2023 年 1 月间，被告人杜某某利用网络直播平台宣传、销售文玩产品，在明知其销售的绿松石为伪劣产品的情况下向被害人张某（男，49 岁）销售（物流收货地址位于本市海淀区），销售金额达人民币 6 万余元。被告人杜某某自愿退赔人民币 10.5 万元。2023 年 9 月 26 日，北京市海淀区人民检察院以杜某某涉嫌销售伪劣产品罪提起公诉。2023 年 10 月 27 日，北京市海淀区人民法院作出判决，被告人杜某某犯销售伪劣产品罪被判处有期徒刑六个月，并处罚金人民币四万元。

在上述案例中，被告人系商家，其通过网络直播平台宣传、销售文玩产品，在明知其销售的商品为伪劣产品的情况下仍面向消费者销售，最终被法院认定构成销售伪劣产品罪。

然而，对于主播直播带货的情况而言，情况则较为复杂。在直播带货过程中，主播直播带货模式中可能存在平台方、主播、商品实际销售者等多方主体，各方主体的法律关系也有所差异，这就导致主播在其中的身份既可能是生产者、销售者，也可能仅仅是广告服务提供者。

当作为生产者、销售者，其生产伪劣产品并销售，或明知产品系伪劣产品而销售，无疑将构成生产、销售伪劣产品罪。但如果其仅仅为广告服务提供者，但商品实际销售者却提供了伪劣产品，主播是否构成销售伪劣产品罪？对此，本文认为，如主播在提供服务前，充分审核商品实际销售者的生产资质及所提供商品的质量标准，尽职尽责履行了审查直播内容真实性的义务，且在直播带货过程中无虚假宣传、夸大宣传，即使最终商家提供商品出现质量问题，仍不应追究主播销售伪劣产品罪的刑事责任。换言之，**由于销售伪劣产品罪为故意犯罪，故仅有在主播明知其推广产品系伪劣产品，仍为其提供广告推广服务的，才可追究其作为共犯的刑事责任。**

还需注意的是，销售伪劣产品行为表现为以次充好、以假充真，其本质为“冒充”“欺骗”，该本质与诈骗罪的客观表现存在一定的交叉。然而，同一犯罪金额之下两罪的刑罚悬殊，有必要引起重视。实践中，**区分两罪的关键在于行为人与被害人之间实质上是否存在真实的交易意图，即交付的商品或服务能否实现交易的基本目的，以及行为人主观上是否具有真实交易的意图。**通常来讲，是否存在基础交易可以从交付标的的价值、质量以及交付行为等方面判断。如果交付产品价值与宣传价值相差较大、不具有基本的使用功能、交付产品后渺无音讯，则不能认定具有真实交易意图，属于诈骗行为。反之，如果产品虽有瑕疵，但仍具有一定价值和功能，则属于销售伪劣产品行为。此外，亦存在观点认为，两罪属于交叉重合关系，不宜将两罪进行区分和对立，当行为同时符合两罪构成要件时，属于想象竞合犯，应择一重罪论处¹。

2. 侵犯知识产权犯罪

在电商直播领域，由于销售渠道有别于线下销售，售假情况也时有发生。在电商直播领域，侵犯知识产权行为主要表现为销售的商品侵犯注册商标权、著作权等等，例如，销售假冒名牌衣物侵犯了品牌注册商标权，销售盗版书籍、影像制品等侵犯了正版书籍著作权，等等。

侵犯知识产权犯罪规定于刑法第三章第七节，针对生产、销售侵犯不同类型知识产权产品的行为，刑法设置了不同罪名。具体而言，针对商标权而言，生产假冒注册商标商品的行为构成刑法第 213 条假冒注册商标罪，销售明知是假冒注册商标商品的行为构成刑法第 214 条销售假冒注册商标的商品罪，非法制造、销售他人注册商标标识构成刑法第 215 条非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪；针对著作权而言，生产侵犯他人著作权产品的行为构成刑法第 217 条侵犯著作权罪，明知是侵权产品而销售的行为则构成刑法第 218 条销售侵权复制品罪。此外，销售假冒注册商标的商品罪、销售侵权复制品罪中销售行为，仅指未参与生产环节的销售行为，如生产侵权产品并销售，则按生产行为的相应罪名处理。

¹ 《以案释法：生产、销售伪劣产品罪与诈骗罪的界分》，载于“北大法律信息网”微信公众号，网址：<https://mp.weixin.qq.com/s/ANM1aYOFZS2jwOGOBhstHw>。

案例 4：汪某假冒注册商标案²

汪某是某视频平台一网红主播，粉丝超 300 万人次。汪某结识了自称有仿制克罗心品牌项链渠道的徐某。经与丈夫管某商议，汪某决定向徐某提供 11 万元正品克罗心项链供徐某仿制，由徐某寻找仿制渠道。徐某等人联系到珠宝加工人员根据正品项链进行仿制同款手提袋、包装盒、鉴定证书。2023 年，汪某开始在直播间售卖高仿项链，每条定价 1.65 万元。仅一个月内，汪某、管某通过徐某等人订购假冒克罗心项链合计 42 条，实际出售 41 条，销售金额共计 67.65 万元，汪某、管某非法获利 8 万元。

最终，法院认定汪某、管某等 5 人未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，情节特别严重，均已构成假冒注册商标罪，分别对 5 人判处有期徒刑三年、缓刑三年九个月至三年三个月不等，并处罚金不等。

在上述案例中，汪某作为网红主播，其与制假生产商联系，共谋由徐某一方制作假冒注册商标的高仿项链，由其本人在直播间中售卖，双方均构成假冒注册商标商品罪，属共同犯罪。其中，汪某、管某之所以构成假冒注册商标商品罪而非销售假冒注册商标的商品罪的原因即在于，其系与徐某等生产方共同商议决定生产，还向徐某提供了正品项链以供徐某仿制。其主观上存在假冒注册商标的故意，且与徐某存在假冒注册商标的犯意联络，客观上亦实施了相应行为，徐某一方生产、汪某一方销售仅系共同犯罪的内部分工，故各方均构成假冒注册商标商品罪。

当然，正规企业因管理较为规范，发生上述典型制假、售假行为的概率较小。但我们注意到，实践中存在另外一种情形，曾被公安机关以销售假冒注册商标的商品罪立案侦查。

案例 5：A 公司涉嫌销售假冒注册商标的商品案

A 公司系一家跨境电商企业，其在知名直播平台进行直播，并销售其从境外代购的商品。经查，其销售的商品均从境外免税店专柜购入，且严格按照跨境电商进口相关规定向海关申报通关。然而，该品牌在中国境内的商标权人认定，化妆品上的商标系假冒商标。公安机关据此认为该商品系假冒注册商标的商品，认定 A 公司涉嫌销售假冒注册商标的商品罪，本案仍在处理阶段。

本文认为，本案不应被定性为刑事犯罪。本案是否构成犯罪的关键在于 A 公司通过合法途径采购和进口的商品能否被认定为构成假冒注册商标。在商标侵权的民事案件中，此类行为可能被视作平行进口，通常不构成侵权，因此更不会构成刑事犯罪。即便在民事领域内被判定为商标侵权，刑法的谦抑性原则也要求我们考虑是否必须用刑法来处理。尽管如此，类似案件的发生揭示了相关行为确实存在刑事风险。虽然本案尚未经法院审判并定性，但对于企业而言，一旦公安机关开展刑事侦查，将会对公司正常运营造成恶劣影响，甚至可能使公司相关个人失去自由。因此，相关刑事风险值得我们高度关注。

3. 非法经营罪

根据刑法第 225 条之规定，如果未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或其他限制买卖的物品，如医疗器械、药品、烟草等，则可能存在非法经营罪的刑事风险。

² 《直播间卖 1.65 万元一条！杭州一百万粉丝网红主播被判刑》，载于“浙江检察”微信公众号，网址：<https://mp.weixin.qq.com/s/PyMTI1sqspVlGyPrly1C8Q>。

4. 走私类犯罪

随着跨境电商的逐渐繁荣，部分商家的货源来自国外进口，同时，还有代购从业者尝试通过直播方式获客，掀起海淘直播的热潮。在此过程中，部分大型电商会自行完成清关手续，在此情况下，如违反商品进口的相关规定，以伪报贸易方式、低保价格等方式清关，则可能存在走私犯罪的风险。

另有部分电商会将商品清关、入境等进口手续委托给清关公司，由清关公司完成清关或直接负责货物流转。但这并不意味着走私刑事风险的排除。司法实践中，作为货主的电商往往会抗辩称自己对清关公司的走私行为不知情，但根据相关法律规定，如果提供虚假商业单证或以明显低于货物正常进口应缴税额委托他人代理进口业务的，同样可以认定为“明知”，除非有证据证明其的确被蒙骗。因此，在委托他人报关的情况下，电商同样存在可能被认定为走私的刑事风险。

（三）直播宣传环节

1. 虚假广告罪

由消费者网、北京工商大学新商业经济研究院等机构于 2024 年 3 月联合发布的《直播带货消费维权舆情分析报告（2023）》显示，涉及虚假宣传的舆情数据占比高达 38.97%，“虚假宣传”成为消费者维权过程中最受关注的问题。如前所述，绝大多数主播在直播带货过程中，其角色为广告服务提供者，而非生产者或销售者。其直播带货行为实质属于广告行为，应受广告相关法律法规的约束。

根据《中华人民共和国广告法》第 4 条，“广告不得含有虚假或者引人误解的内容，不得欺骗、误导消费者”。广告主应对广告内容的真实性负责。根据刑法第 222 条之规定，广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传，情节严重的，构成虚假广告罪。

在电商直播情境下，消费者购买决策的作出极大地取决于直播主播的宣传与推荐。在此过程中，如直播主播无中生有、夸大宣传，存在虚假广告罪的刑事风险。

案例 6：“凉山 XX”虚假广告案³

成都某文化传媒有限公司（MCN 公司）通过事先设定好的剧本摆拍“吸粉”，在短视频平台孵化出“凉山 AA”和“凉山 BB”两个“网红”账号，进行卖惨营销。后低价购入非凉山农副产品，利用账号直播带货的方式，对商品进行虚假宣传并大批量销售。最终，法院认定案涉行为构成虚假广告罪，8 人因虚假广告罪被判处 9 个月至 1 年 2 个月不等的有期徒刑，并处 2 万元至 10 万元不等罚金。

在上述案件中，MCN 公司低价购入非凉山农副产品，由涉案主播通过卖惨带货、虚假助农等方式对产品进行虚假宣传、以次充好，最终被法院认定构成虚假广告罪。

2. 损害商业信誉、商品声誉罪

随着电商直播市场竞争的日渐激烈，部分主播为吸引流量、争夺消费者，通过对比、拉踩竞品等方式进行品牌、商品宣传，在无真实依据的情况下贬低同类产品，殊不知此类行为可能会承担民事、行政甚至刑事责任。

根据刑法第 221 条之规定，捏造并散布虚伪事实，损害他人的商业信誉、商品声誉，给他人造成重

³ 《“凉山孟阳”“凉山阿泽”，背后是谁？》，载于“人民日报”微信公众号，网址：https://mp.weixin.qq.com/s/Dlml6QoRk94Ikol5mo_Gkg。

大损失或者有其他严重情节的，构成损害商业信誉、商品声誉罪。

案例 7：杨某女、杨某男损害商业信誉、商品声誉案⁴

杨某女系杭州一隐形眼镜生产商员工，负责公司在抖音平台的策划、宣传工作。杨某女起草直播脚本，并邀请杨某男作为直播主播，通过开设的“凡 X 兽”账号科普美瞳知识，并宣传公司产品。然而，在直播过程中，主播宣称“甘肃某公司名叫‘缇娜’的产品由于价格较低质量不能保证，不建议购买”“甘肃某公司品牌‘伊娃爱’，用心做包装、用脚做产品。产品质量无法保证”等内容，在无依据的情况下，诋毁竞争品牌，直接导致其竞争对手部分代理商取消产品订单，造成约 150 万元经济损失。

最终，甘肃省白银市白银区人民法院判决杨某女、杨某男二人构成损害商业信誉、商品声誉罪，判处二人拘役三个月，缓刑四个月，并处罚金 3 万元，并责令被告人继续连带赔偿被害单位经济损失 75 万余元。

上述案件中，杨某女在无真实依据的情况下，将诋毁同类产品的内容写入直播脚本，由主播杨某男在直播间中传播、散布，并给被害单位造成巨额经济损失，最终，二人因自身不规范行为承担了相应的刑事责任。

同时，需要注意的是，本案中，杨某女在案件审理阶段中曾提出，本案应认定为杭州某公司单位犯罪，最终，法院以证据不足为由未予采纳。

（四）税务处理方面

随着“金税四期”的上线使用，国家对于企业的监管逐渐全方位、立体化。通过对企业经营数据的掌握，企业开票及纳税均将会受到更严格的监管。通常来讲，企业在经营过程中涉及的税务风险包含以下两类：

1. 逃税罪

近年来，国家对电商直播领域的税务问题采取了强硬的整治措施。众多知名网络主播因涉嫌偷税漏税而被调查，不仅要补缴税款，还需缴纳滞纳金和接受罚款。

根据刑法规定，逃税罪是指纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大的行为。其中，“欺骗、隐瞒手段”的情形包括：（1）伪造、变造、转移、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证或者其他涉税资料的；（2）以签订“阴阳合同”等形式隐匿或者以他人名义分解收入、财产的；（3）虚列支出、虚抵进项税额或者虚报专项附加扣除的；（4）提供虚假材料，骗取税收优惠的；（5）编造虚假计税依据的；（6）为不缴、少缴税款而采取的其他欺骗、隐瞒手段。“不申报”的情形包括：（1）依法在登记机关办理设立登记的纳税人，发生应税行为而不申报纳税的；（2）依法不需要在登记机关办理设立登记或者未依法办理设立登记的纳税人，发生应税行为，经税务机关依法通知其申报而不申报纳税的；（3）其他明知应当依法申报纳税而不申报纳税的。

值得注意的是，众多企业在税务机关发现其偷逃税款并作出处罚决定后，往往选择不予理睬。这种做法可能会丧失避免刑事处罚的机会。根据逃税罪的相关规定，存在“初犯免责”的条款，意味着如果

⁴ 《网红主播在直播间诋毁竞争对手的商品？判了！》，载于“公安部网安局”微信公众号，网址：<https://mp.weixin.qq.com/s/F5k4z5O3SbP6BTATaqi5Gw>。案号：（2020）甘 0402 刑初 333 号。

当事人在税务机关依法发出追缴通知后，主动补缴应纳税款、缴纳滞纳金，并且已经接受过行政处罚，那么将不会对其追究刑事责任。但如果在五年内曾因逃避缴纳税款受到过刑事处罚，或者被税务机关处以二次以上的行政处罚，则必须承担刑事责任。

电商直播领域，税务隐患常常存在于主播带货的收入申报纳税环节。就主播带货个人收入而言，为少缴个人所得税而通过账外经营、签订阴阳合同等方式隐瞒收入，或虚构业务转换收入性质，进而少缴个人所得税。

此外，不当的税务筹划常常是触发税务风险的敏感区域。税务筹划本质上是通过真实且合法的手段，依据现行的税务法规和税收政策，通过自主选择交易要素来实现减轻税负的目标。这种筹划是合法合规的活动，与之相反，偷逃税款则是明显的违法行为。在实际操作中，有许多案例表面上看似税务筹划，实则涉及偷逃税款，例如利用所谓的阴阳账目进行虚假的财务核算，设计合同条款和玩弄文字游戏以进行所谓的“筹划”，以及通过提交虚假材料来骗取税收优惠政策等。不恰当的税务筹划不仅可能引起偷逃税款的风险，还可能带来刑事责任的风险。

2. 虚开发票类犯罪

常见的虚开发票类犯罪包括虚开增值税专用发票罪和虚开发票罪。前罪是指以偷逃税款为目的，虚开增值税专用发票的行为；后罪是指虚开普通发票的行为。“虚开”是指无实际业务而开具发票，或开具与真实业务情况不符的发票，包含为自己虚开、为他人虚开、让他人为自己虚开、介绍虚开 4 种类型。

在实践中，存在着多种虚开发票的情形，包括但不限于以抵扣税款、减少应缴税额为目的的虚开发票，以及为了夸大、虚增业绩而进行的虚开发票，甚至是仅仅为帮助他人而虚开发票的情况。这些行为都可能涉及虚开发票类犯罪的刑事风险。

（五）人员管理方面

案例 8：周某职务侵占、非国家工作人员受贿案⁵

2023 年 11 月，上海市高级人民法院公布了一起案例，“李 XX 直播间”招商专员涉嫌职务侵占罪、非国家工作人员受贿罪，被上海市浦东新区人民法院判处有期徒刑 3 年，缓刑 4 年，并处罚金 25 万元。

该判决书⁶显示：周某在担任美 X 网络科技有限公司招商专员期间利用商务合作谈判、商品选送、合同签订、排期沟通的职务便利，在明知美 X 公司向美 A 公司收取的服务费用比例情况下，以美 A 公司产品未被选上为由，伙同邓某某经合谋虚设上海琼某文化传媒工作室的中间环节向美 A 公司提供代理服务，共计侵占公司费用 55 万元；利用其职务便利，为 XX 公司与美 X 公司之间的业务往来提供商品选送、直播排期等帮助，并多次收受 XX 公司相关人员送的好处费共计 109 万元。

该案件一经公开，立即激发了公众对直播产品质量的强烈质疑。周某的行为不仅给公司带来了经济损失，还严重损害了直播间的声誉。

⁵ 《李佳琦直播间又“摊上事了”？一员工涉贪腐金额超百万元！》，载于“新闻坊”微信公众号，网址：<https://mp.weixin.qq.com/s/wslqz2FHnUMScbrt12EwQg>。

⁶ 案号：（2023）沪 0115 刑初 2086 号。

企业内部人员职务犯罪是企业中的关键方面，也是员工侵害企业利益的重灾区。通常来讲，企业内部人员职务犯罪主要包括贪腐犯罪、商业贿赂犯罪以及背信犯罪三大类型：

1. 贪腐犯罪 — 职务侵占罪、挪用资金罪

企业内部人员贪腐犯罪主要包括职务侵占罪、挪用资金罪：

- 职务侵占罪是指内部人员利用职务便利，侵占公司财物的行为。
- 挪用资金罪是指内部人员利用职务便利，挪用公司资金归个人使用或借贷给他人数额较大、超过3个月未还的，或者虽未超过3个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的行为。

显而易见，两罪主要发生在与资金和货品紧密相关的职位上。在日常运营中，电商直播行业常常涉及采购、招商、仓储、运输等资金和货品密集型领域，因此尤其容易出现内部人员的贪污腐败行为。

2. 商业贿赂犯罪 — 非国家工作人员受贿罪、行贿类犯罪

除贪腐犯罪外，商业贿赂犯罪也是电商直播行业的高发罪名。贪腐犯罪主要是从公司内部攫取利益，而商业贿赂犯罪主要发生于公司与外部合作伙伴之中，既影响了公平竞争的市场秩序，也会给公司正常生产经营造成不良影响，甚至导致公司承担民事、行政甚至刑事法律责任，其危害程度并不低于贪腐犯罪。

在涉及受贿犯罪的领域，鉴于电商直播的经营主体大多为民营企业，因此，内部人员涉及的主要是非国家工作人员受贿罪。顾名思义，非国家工作人员受贿罪是指，企业内部人员利用职务上的便利，索取或非法收受他人财物，并为他人谋取利益，且涉及的金额较大的行为。在司法实践中，该罪名常发生在招商、采购等直接与第三方供应商打交道的环节。除了正常的交易活动外，如果员工个人收取回扣、感谢费、中介费等财物或财产性利益，这些行为都可能构成该罪。

在涉及行贿犯罪的问题上，主要涉及行贿罪、单位行贿罪和对非国家工作人员行贿罪。三罪的客观表现都是为了获取不正当利益，向有关人员提供财物或财产性利益。它们的区别在于行贿的对象不同：行贿罪是指向国家工作人员行贿，而对非国家工作人员行贿罪则是指向非国家工作人员行贿。在日常经营活动中，无论是企业还是员工个人，如果为了使相关人员违背法律法规和公平公正原则，提供帮助或便利条件，并因此给予财物或财产性利益，那么就可能面临行贿的刑事风险。

3. 背信犯罪 — 非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪

2024年3月1日施行的《刑法修正案（十二）》中，扩大了非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪的主体范围，民营企业内部董事、监事、高级管理人员实施非法经营同类营业行为、为亲友非法牟利行为，同样应追究刑事责任。

具体而言，非法经营同类营业行为是指，利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，致使公司、企业利益遭受重大损失的行为⁷；为亲友非法牟利行为是指，利用职务之便，将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营的，或以明显高于/低于市场价格从

⁷ 《中华人民共和国刑法（2023修正）》第一百六十五条 【非法经营同类营业罪】国有公司、企业的董事、监事、高级管理人员，利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的，处三年以上有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额特别巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。其他公司、企业的董事、监事、高级管理人员违反法律、行政法规规定，实施前款行为，致使公司、企业利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚。

/向亲友经营管理企业采购/销售商品或服务的，或从亲友经营管理的单位采购、接受不合格商品、服务，致使公司、企业利益遭受重大损失的行为⁸。

二、电商直播行业刑事风险的预防及应对

（一）事前预防 — 企业合规与专项合规

企业合规是以企业风险防范为核心目标的治理策略。随着国家的大力提倡，企业合规的理念已逐渐深入至公司治理理念之中。针对中央企业和国有企业，国务院国有资产监督管理委员会等机构早已颁布了多项合规规范指引，以引导企业进行合规治理。越来越多的大型民营企业也逐渐加强合规管理建设。通过合规，企业能够尽可能保证企业自身及员工在法律规定的框架内合法合规经营，避免企业触发刑事法律风险；同时，在员工个人实施违法犯罪行为时，企业也能够通过有效推行的合规制度切割企业责任与个人责任。不可否认，企业合规是刑事风险事前预防的重点措施。

合规制度的制定，至少应涵盖两个主要领域。首先是针对企业常见的合规风险，包括但不限于员工道德行为准则、反贪污政策、反商业贿赂规定、利益冲突处理机制、合规问题举报程序以及保密政策等。其次是针对企业业务模式中潜在的合规风险，以电商直播行业为例，企业需要根据商品采购、招商与第三方合作、税务发票管理、直播内容规划、商品进出口等关键环节，依据相关法律法规，制定相应的合规政策。

同时，一个全面的合规体系仅仅是企业合规的起点，若缺乏有效的实施和执行策略，合规体系将沦为—纸空文。企业不仅需要明确发布合规制度，还应通过组织合规培训、进行合规测试等方式，确保合规体系能够有效地传达给每一位员工。此外，企业还应建立合规监控和执行机制，例如，对于违反合规政策的行为，应设立严格的纪律处分措施；定期对关键部门执行合规审计等。

在企业合规的建章立制过程中，企业可聘请律师协助企业搭建合规管理体系，制定合规制度和合规执行策略。

除企业整体的合规外，当企业开展新型业务时，也可聘请律师就该业务类型开展专项合规，一方面确保该业务模式符合法律规定，并在后续有序、合规开展。

（二）事后治疗 — 不同地位刑事风险的应对处理

1. 作为被指控主体或第三人的应对

当公安机关针对企业行为启动刑事调查或立案侦查，表明企业已被视为刑事案件的被指控方，正面临严重的刑事风险。在这种情况下，企业应迅速委托专业人员，对涉案行为进行自查和梳理，以识别其中的违法和违规风险点，并据此准备企业无罪或罪轻的法律意见和证据材料。通过律师与办案机关的有

⁸ 《中华人民共和国刑法（2023 修正）》第一百六十六条 【为亲友非法牟利罪】国有公司、企业、事业单位的工作人员，利用职务便利，有下列情形之一，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：

（一）将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营的；

（二）以明显高于市场的价格从自己的亲友经营管理的单位采购商品、接受服务或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品、提供服务的；

（三）从自己的亲友经营管理的单位采购、接受不合格商品、服务的。

其他公司、企业的工作人员违反法律、行政法规规定，实施前款行为，致使公司、企业利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚。

效沟通，努力化解或减轻刑事风险。

在某些情况下，企业并非公安机关立案侦查的对象，而是与被立案侦查的主体或涉案行为有着紧密联系的第三方。例如，当企业员工因职务相关行为被刑事立案，或者企业合作方因与企业相关的经营行为被刑事立案时，即便企业本身尚未受到追究，其面临的刑事风险依然不可小觑。相关行为既已涉嫌犯罪，准确判定公司在其中的角色和作用就显得尤为关键。稍有不慎，公司可能被司法机关认定为犯罪主体。因此，在这种情况下，企业仍应给予高度重视，及时聘请专业人员对相关业务进行自查和梳理，开展风险评估，并从法律角度对企业是否构成犯罪进行深入研究、分析和论证，以确保企业与员工个人或第三方的刑事责任能够明确区分，避免企业被追究刑事责任。

此外，在刑事案件办理过程中，律师还可协助企业，针对合法权益被侵害等事项，向有关部门提出异议。例如，刑事案件中，办案机关对财产的查封、冻结、扣押往往较为严厉且范围广泛，相关方合法财产可能也会被查封、冻结、扣押，给企业正常经营造成负面影响。面对这一情况，企业可委托律师代为向相关部门提起案外人异议，请求解除对与案件无关的相关合法财产的查封、冻结、扣押措施。

2. 作为被害方的应对

当企业合法权益遭受他人的不法侵害时，为避免损失的进一步扩大，企业应在发现被侵害后立即启动相关调查行动，查明事实真相，并通过法律途径捍卫自己的合法权益。同时，企业还可聘请律师协助调查，制定维权策略，开展维权活动。通过刑事控告、谈判等多重手段，协助企业实现惩治犯罪、追赃挽损等目标。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

刘鑫

电话： +86 21 6080 0599

Email: xin.liu@hankunlaw.com