



最高检涉外法治人才研修班

公开课

大力推进涉外刑事法治建设,既要看到取得的成就和已经形成的基础,又要看到当前面临的各种问题,更要前瞻性地看到未来,即我国涉外刑事法治的应然定位。

# 锚定涉外刑事法治建设目标 明晰重点问题解决思路

□时延安

党的二十届三中全会强调,加强涉外法治建设。作为涉外法治的重要组成部分,涉外刑事法治有其特殊性,具体表现在三个方面:其一,涉外刑事法治的核心是优化刑罚权的涉外实施,而刑罚权的实施是国家主权实现的重要表现形式,因而涉外刑事法治带有更强烈的国家主权色彩,相应地也就具有更为鲜明的政治性。其二,涉外刑事法治的复杂性集中表现在对刑事司法和国际刑事法律合作中的人权保障及其机制构建上,而对刑事司法中的人权保障问题,不同国家基于不同考量存在不同认识。其三,涉外刑事法治建设的主要内容仍是国内刑事法律制度与机制建设,并将双边乃至多边条约规定的刑事法律合作机制与国内刑事法律制度紧密结合。

## 明确涉外刑事法治建设目标

充分认识涉外刑事法治的特殊性,在构建涉外刑事法治的基础理论层面,应充分整合刑法学、刑事法学、国际刑事司法合作以及国际关系等学科知识,确立涉外刑事法治建设的应然框架和建设蓝图,在明确涉外刑事法治建设目标和具体思路的基础上积极、稳妥向前推进。

推进涉外刑事法治建设过程中,应当强化问题导向,坚持系统思维,加强顶层设计,及时总结实践经验,不断破解各种新老问题,统筹协调,做好阶段性规划,确立阶段性建设目标,实现累积式发展。形象而言,可将涉外刑事法治建设的目标概括为三重境界:

第一重境界,要重点解决处理涉外刑事法律事务的“不适应症”和被动局面的问题。这个阶段的建设重点是完善涉外刑事法律制度,形成协同高效的涉外刑事案件办理工作机制,解决涉外刑事案件办理的困惑问题,化解畏难情绪,促使办案人员树立积极的办案理念并充分理解涉外刑事案件的法治意义和政治意义。

第二重境界,要积极促进实现国际间刑事事务处理上的平等交往,善于运用涉外法律工具处理案件,勇于创新开拓涉外刑事法律合作的领域,开发新的涉外法律工具,秉持公平、公正、法治理念,非歧视性地与其他国家和地区进行合作,同时根据我国刑法和国际社会所公认的刑事管辖权原则,对侵犯我国国家、组织和公民利益的行为积极主张刑事管辖权。

第三重境界,要积极推动形成新型全球刑事法治。确立全球刑事法治建设的平



等话语权,推动刑事法治建设中的民主与平等,进而形成有利于世界各个国家和地区和平繁荣发展的全球刑事法治。

## 解决问题的具体思路

涉外刑事法治建设是一项过程性的系统工程。在实现不同阶段目标的过程中,需要列清每个阶段的问题清单并确定阶段性的主攻方向。目前,涉外刑事法治建设仍处于第一个阶段,这个阶段主要是在补足涉外刑事法律制度和机制短板的同时,将涉外刑事法治的制度、人才和资源的建设打牢,并合理地置于中国特色社会主义法治之中。涉外刑事法治建设第一阶段和第二阶段存在连续性和递进性,但考虑到涉外刑事法治建设的紧迫性,可将两个阶段的目标综合考量并确定具体实施方案。对此,应重点解决五个方面的认识问题,并提出相应的解决思路。

一是明确涉外刑事法治建设的“基本盘”。区别于国际刑事法治或区域刑事法治,涉外刑事法治本质上仍属于国内法治的组成部分,但要确保国内刑事法治与其他国家、国际组织的刑事法律合作机制能够形成对接并展开合作。实践中,国际刑事法律合作的主要领域就是涉外刑事案件的处理,而涉外刑事案件处理的法治化,既要符合我国法治的要求,也要符合国际刑事法律合作的“规则”。从这个角度讲,涉外刑事案件处理的法治化,就是涉外刑事法治的“基本盘”。“基本盘”的建设,要列清问题清单,摸清家底,一手抓完善涉外刑事案件办理的工作机制,形成指导性、操作性强的工作细则;一手抓案前收集和处理,积累工作经验,提高办案人员处理涉外刑事案件的能力。当然,在观念上,也要强调办案人员对于大多数涉外刑事案件的处理要以平常心、平等心对待。应特别强调的是,要充分发挥“关键少数”的主动性和积极性。在夯实“基本盘”的过程中,要加强外国法律法规、司法判

例数据库建设,根据实践需要打造针对国内刑事案件处理的,跨省市、跨部门的信息交流及合作平台。在加固“基本盘”的过程中,要特别思考“轨道”与效率的问题,即考虑形成高效的、纵向的审批流程,以缓解办案压力,尤其是涉及域外取证的及时性。二是大力且尽快完善我国涉外刑事法律制度。涉外刑事法治建设,首先要解决法律规范的供给问题。涉外刑事法治立法层面存在的不足主要表现在四个方面:其一,刑事诉讼法中规定有关涉外刑事诉讼程序方面的内容很少,司法解释有关涉外刑事诉讼程序的规定无法解决立法供给不足的问题。其二,刑法中关于空间效力的规定需要及时调整,尤其是关于属人管辖权和保护管辖权的规定,应根据涉外刑事法治建设需要加以调整,例如,刑法第8条保护管辖的规定,没有将我国公司、企业等单位作为保护对象,因而在境外针对中国公司、企业实施犯罪的,根据第8条就很难主张刑事管辖权。其三,国际刑事司法合作制度需要进一步完善。当前,对一些国际刑事事项没有予以规范,例如,刑事诉讼移交方面即缺乏法律制度支撑。其四,有关打击犯罪、预防犯罪的国际执法合作方面也需要加强法律供给,以法治化思维构建相应的法律制度。

三是促进构建符合各国利益的国际刑事法律合作规则。在第一阶段可重点做好四方面的工作:其一,与世界多数发展中国家尤其是周边国家建立符合各国安全利益的国际刑事法律合作规则,强调共同打击犯罪的国际义务,建立平等互利的合作途径。应主动将我国成熟的法律理念、规则、术语等运用到国际刑事法律合作中,同时以平等协商的理念构建区域性国际刑事法律合作组织,将有效合理的合作经验上升为区域性国际刑事法律合作的基本规则。其二,将法律合作融入经济合作、文化合作,尤其在共建“一带一路”中强化法律合作的制度和机制建设。为维护我国海外企业、公民利益,依法行使刑事管辖权,合理运用中国法。其三,在国际经贸往来中加强预防性刑事法治建设,从共同有效预防跨国(境)犯罪的角度提出法律规则,形成新型国际执法合作机制。其四,主动将国内刑事法治与国际社会公允且成熟的刑事法律合作规则进行对接,形成内外结合、有序融通的格局。

四是因应信息技术发展提出新型国际刑事法律合作方式。当前,信息技术为跨境取证、送达等提供了新的可能,且新型加密技术等也足以解决跨境取证的可行性问题。信息技术的发展只解决了可能性问题,而将这类技术用于国际刑事法律合作,还要解决合法性问题,且不能干涉其他国家的司法主权。对此,需要进行合作机制的创造:一方面“谈”,即与相关国家就跨境取证等方面创新合作机制,以互惠、效率、合法为原则,充分运用信息技术提高合作成效,最大限度降低过程性成本。另一方面“论”,即在新技术运用于国际刑事法律合作方面加强理论研究,尤其在刑事管辖权实施问题上提升论述能力,对既有刑事管辖权理论和国际刑事司法合作理论进行创新性研究,提出并形成更符合信息时代特征的国际刑事司法合作机制。无论是“谈”还是“论”,都有一个观念转变问题,就是在任何国际法律合作中,要有主动设置议题、主动提供方案、主动提供合作路径的意识。同时,也应注意到,犯罪形态正在发生根本性改变,信息技术被大量运用于各类犯罪,相应地也使得犯罪实施的时空性得到极大延伸且远远超出一国领域范围,需要各国在应对犯罪变化上采取积极合作的态度并付诸行动,这也为新型国际刑事法律合作机制的形成创造了可能。为谋求我国人民乃至世界人民的福祉,我国应在国际刑事法律合作方面积极作为,推动国际刑事法律合作适应数字时代的客观要求。

五是加快补齐涉外刑事法治建设的“短板”。毋庸讳言,在涉外刑事法治建设方面,要解决的问题繁杂且棘手。有些问题是外在的,例如,在国际刑事法律合作领域,话语权仍掌握在少数国家手里,在一些国际公约的缔结过程中,议题及议程设置也由少数国家主导。有些问题是内在的,例如,对涉外刑事案件处理设置了过多约束性条件,客观上影响了案件处理的效率。对这些问题需分清主次先后,逐一解决。不容否认的是,还存在所谓“观念短板”的问题,即一些地方司法人员对于涉外刑事案件乃至涉外案件的处理缺乏正确认识,也缺乏积极应对的态度。可以说,在所有“短板”中,首先要补齐的就是“观念短板”。

总之,大力推进涉外刑事法治建设,既要看到取得的成就和已经形成的基础,又要看到当前面临的各种问题,更要前瞻性地看到未来,即我国涉外刑事法治的应然定位。在实现涉外刑事法治建设目标的过程中,肯定会遇到更多新问题,而一些老问题也会以新的面目出现。不过,只要目标明确、方法得当,这些问题都会得到解决。

(作者为中国人民大学刑事法律科学研究中心特聘研究员、法学院教授)

# 境外鉴定意见的审查运用



□冯俊伟

近年来,随着信息技术的发展和交通的逐渐便利,实践中具有涉外因素的刑事案件不断增多。一些涉外刑事案件的主要犯罪行为发生在境外,主要的刑事证据也形成于境外,由于对犯罪嫌疑人、被告人的刑事追诉在我国进行,检察机关在案件办理过程中需要对来自境外的证据进行审查判断,其中就包括对境外形成的部分鉴定意见的审查运用。境外鉴定意见主要包括来自境外的尸检报告、DNA鉴定意见、毒物检验意见、笔迹鉴定意见、物品真伪鉴定意见等。对我国办案机关而言,这些案件很多已不具备根据我国法律规定再次进行鉴定的条件,难以根据我国法律规定形成新的鉴定意见。

由于各国刑事司法制度、司法鉴定体制等方面的不同,各国对于科学专家参与刑事诉讼的法律角色、资质要求、具体程序、权利义务等的规定都有所不同。在我国法律的框架下,如何对待境外鉴定意见,如何对境外鉴定意见进行有效审查,成为涉外刑事案件办理中亟须解决的重要问题。

## 境外鉴定意见审查运用的法律难题

我国刑事诉讼法并未对境外证据的

运用作出特别规定。最高人民法院、最高人民检察院的相关司法解释、规范性文件对于境外证据的移送、审查、运用作了规定,包括2021年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第77条、2021年《人民检察院办理网络犯罪案件规定》第6章等。相关规定的其中一个基本立场是,应当根据我国刑事诉讼法及相关司法解释、规范性文件中关于证据的一般规定和境外证据的特别规定对来自境外的证据材料进行审查。

根据《解释》第97条规定,对鉴定意见应当着重审查鉴定机构和鉴定人是否具有法定资质,鉴定人是否存在应当回避的情形,检材的来源、取得、保管、送检是否符合法律、有关规定,鉴定意见的形式要件是否完备,鉴定程序是否符合法律、有关规定,鉴定的过程和方法是否符合相关专业的规范要求,鉴定意见是否明确等方面。同时,《解释》第98条还规定了鉴定意见“不得作为定案的根据”的情形,包括鉴定机构不具备法定资质,鉴定人不具备法定资质,送检材料或样本来源不明,鉴定程序违反规定,鉴定文书缺少签名、盖章等情形。在涉外刑事案件办理中,由境外鉴定人或专家出具的鉴定意见在我国刑事诉讼中的运用遇到诸多法律难题,较为突出的是境外鉴定机构不具有我国法律认可的法定资质,境外鉴定人也不具有我国法律认可的法定资质;因各国刑事诉讼、法庭科学立法等的不同,境外关于鉴定的法律程序与我国法律规定不同,在鉴定意见的文书格式、表述方式、签名盖章等方面也存在差异。

正如许多研究者所注意到的,在涉外刑事案件中,各国的刑事诉讼、法庭科学立法、规范的差异是天然存在的。需要进一步思考的是,根据我国刑事诉讼法及相关司法解释、规范性文件对来自境外的证据材料进行审查如何展开。

刑事诉讼法第18条规定,“根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则,我国司法机关和外国司法机关可以相互请求刑事司法协助”。国际刑事司法协助法第25条规定,办案机关有需要的,可以由对外联系机关向外国提出获取并提供鉴定意见的请求。我国与其他国家签署的一些双边司法协助条约也对于通过司法协助方式取得鉴定意见也作了规定。笔者认为,结合上述法律规定,涉外刑事案件办理中对于境外鉴定意见的审查,应将国际刑事司法协助的规定与《解释》第97条、第98条的规定结合起来,不能简单地因境外鉴定机构、境外鉴定人具有我国法律认可的法定资质,或者境外鉴定意见的文书格式、表述方式、签名盖章与我国法律规定不同,就否定其在我国刑事诉讼中的运用,而是应探索符合境外鉴定意见特点的审查规范,分析如何对境外鉴定意见作出有效审查。

## 探索境外鉴定意见的审查运用方式

在个案中,如果相关检材可以通过司法协助等途径移送,在具备鉴定条件时,我国办案机关应当进行重新鉴定。如果不能再次鉴定,结合刑事证据理论,对境外鉴定意见的审查运用应关注以下三个方面:

其一,关注境外鉴定意见的本质特点。境外鉴定意见是境外鉴定人员运用科学原理等作出的法庭科学意见,其本质上是科学知识在刑事诉讼中的运用。鉴定意见是科学证据的一种具体表现形式,对于科学证据的审查应重点关注科学证据的科学性、可靠性和合法性。结合美国《联邦证据规则》第702条规定,科学性应当着重审查鉴定人是否具备科学知识、鉴定方法是否具有科学性、是否存在有效的质量控制等;可靠性着重审查科学方法对于本案而言是否适当,

依据相关方法是否得出了明确、可靠的专业意见等;合法性审查应以我国刑事诉讼法的规定为基础,并考量国际刑事司法协助相关规定,重点是对检材收集、审查、运用中的基本权利保障进行考量。其二,指派聘请专家对境外鉴定意见进行评价。在涉外刑事案件办理中,可根据刑事诉讼法及相关司法解释的规定,由公安司法机关指派或聘请我国鉴定专家,结合在案其他证据材料,对境外鉴定人员的专业能力、鉴定方法、鉴定程序及鉴定意见内容的可靠性作出解读和评价,供办案人员作为境外鉴定意见审查运用的参考。我国部分涉外刑事案件办理中也采取了类似做法。在符合《解释》第100条规定的情形下,办案机关还可指派、聘请有专门知识的人对涉案鉴定意见中涉及的专门性问题出具专业报告,这也是促进对境外鉴定意见进行有效评价的重要方式。

其三,重视法庭科学领域的共同方法和标准。境外鉴定意见涉及法庭科学实验室建设、法庭科学技术标准、法庭科学操作规范等,共同的或者接近的法庭科学方法和标准也是境外鉴定意见审查的重要方面。在域外实践中,为促进刑事证据在欧盟范围内的自由流动,欧盟在1999年坦佩雷会议上提出了“证据相互承认”的理念,2007年《里斯本条约》中对其作了明确规定。按照这一理念,欧盟一成员国按照本国法律规定依法形成的鉴定意见,在另一成员国原则上也应被认定为可采证据。同时,欧洲法庭科学研究机构联盟(ENFSI)在具体法庭科学领域还探索一些共同认可、相互接近的法庭科学方法、标准,这有力地促进了境外鉴定意见在欧盟成员国的运用。上述做法也值得我国办案机关和鉴定机构加以关注。

(作者为山东大学法学院副院长、教授)



□朱峰 刘欢逸

当前,跨境电信网络诈骗犯罪多发高发,犯罪分子在境外开设所谓“工业园”“科技园”,专门为诈骗成立“公司”、招募人员,形成大型犯罪组织。由于组织化、专业化程度高,客观证据均位于境外,跨境电信网络诈骗案件较一般刑事案件办理难度更大,集中表现为:头部人员锁定难、境外证据取得难、“幽灵抗辩”排除难、犯罪金额查证难。近年来,上海市检察院第一分院(下称“上海市检一分院”)联合辖区法院共同办理了多起跨境电信网络诈骗犯罪集团案件,在跨境电信诈骗案件的侦查取证引导与证据研判方面积累了一些经验。

明确主攻方向,运用大数据平台锁定首要分子。积极引导侦查机关围绕犯罪集团头部人员及首要分子加强侦查取证。通过落实宽严相济刑事政策督促已到案犯罪嫌疑人对诈骗模式、犯罪集团架构分工尽可能详细地供述。结合犯罪嫌疑人的行程轨迹、资金流向及聊天记录显示的人物关系,从细节着手,利用时间、空间、资金多个维度建立拓扑关系,逐步扩大范围查找关联人员,梳理作案手法,并依托大数据平台锁定涉案犯罪集团中、高层犯罪嫌疑人。例如,上海市检一分院与辖区法院共同办理的一起重大跨境电信诈骗案件中,根据到案人员交代的诈骗园区楼内有餐饮、小卖部,诈骗分子经常集中消费等信息,通过大数据平台,结合同资金、同轨迹、同户籍、同社交好友等维度锁定高危人员,组织已立案“回流”人员层层辨认扩查,最终锁定2名“金主”、1名主管,在犯罪嫌疑人尚未到案的情况下根据现有证据作出批准逮捕决定,公安机关据此上报红色通缉令跨境追逃,最终经国际警务合作将上述3名首要分子从境外抓获归案,绳之以法。

善用刑事司法协助,多方巩固证据效力。办理跨境电信诈骗案件应重点关注电子数据,通过国际警务合作优先调取诈骗园区电脑硬盘数据、手机数据等证明力强、效力受程序差异影响小的客观证据,包括聊天记录、交易记录、文件传输记录、台帐等。同时,应加强与他国侦查机关的沟通与合作,建立运行顺畅的跨境取证合作机制,必要时利用远程勘验方法取证。应结合证据来源、提供者、提取人、提取时间、与其他证据的印证情况等对境外证据的证明效力进行综合评判,对于能够明确证据来源、证明案件事实、符合刑事诉讼法的规定且有其他证据印证其真实性的来自境外的证据材料,可作为证据使用。若相关电子数据是由他国侦查机关向我国侦查机关提供,由我国侦查机关出具关于取证过程的情况说明,并与在案的其他证据互相印证的,可以作为证据使用。此外,对于存在轻微证据瑕疵的客观证据,不宜一律排除,应注重对瑕疵证据的补强。对因境外取证客观困难而形成的存在程序瑕疵的证据,应通过在适时介入阶段提出相关补正意见或要求侦查机关对取证过程进行补充说明、作出合理解释,并综合全案证据对该电子数据的真实性进行印证,确认该证据不存在不真实、不容观或虚假的情况,不存在可能严重影响司法公正的情形,即可作为证据使用。

用好经验法则,针对性收集信息应对“幽灵抗辩”。境外电信诈骗集团一般在“回流”人员回国前对其进行“培训”,教唆其提出一些难以到境外取证核实的“幽灵抗辩”。“幽灵抗辩”看似难以调查核实,但如果能够做好预判,有针对性地收集境外相关信息,用好经验法则和逻辑推理,相关辩解往往可以顺利排除。在上海市检一分院联合辖区法院集中办理的涉上百名犯罪嫌疑人的境外电信诈骗案件中,约30%的到案犯罪嫌疑人到案之初辩称自己是在境外摆摊卖烧烤的,从未参与诈骗,其话术明显经过了“统一培训”。经全面收集相关信息,办案人员了解到犯罪嫌疑人长期在诈骗园区内活动,并不了解园区外的情况。对此,办案人员与公安机关联合制定了讯问提纲,以“牛肉是什么价格”“当地平时用什么计量单位”等常识性问题发问,把犯罪嫌疑人无法回答,遂有效击破了相关辩解。用好经验法则排除“幽灵抗辩”的前提是办案人员提前搜集、了解境外当地的有关常识,做到心中有数、见招拆招。

抓准关键词,有效并案侦查确定犯罪金额。办理跨境电信诈骗案件往往难以取得境外公司的财务账册、台帐等后台数据,如何查明犯罪金额成为一大难点。可行的办法是对某一诈骗集团所有已报案受害人的被骗金额进行串案累计。但由于被害人可能分布在全国各地,且受骗经过、被骗金额迥异,如何匹配串案又成为查明犯罪金额的一个障碍。对此,可引导侦查机关通过对已到案犯罪嫌疑人的供述、被害人陈述、微信聊天记录等进行提炼,筛选出诈骗平台名称、冒用化名、收款账户名等关键词,再利用公安大数据平台交叉匹配相关被害人报案信息,从而以同时符合若干关键词作为依据对案件进行串并,关联案件被害人。例如,上海市检一分院在辖区法院共同办理的一起跨境电信诈骗案件中,即采用该方式串并案件,从1名报案被害人到最终共计串并查找到被害人113名,查明全案金额1亿余元,实现了利用关键词精准串案,准确查明诈骗集团犯罪金额的效果。

(作者分别为上海市人民检察院第一分院三级高级检察官、检察官助理)

# 跨境电信诈骗犯罪案件 侦查取证引导与证据研判

明确主攻方向 善用刑事司法协助 用好经验法则 抓准关键词