

在近日举行的“走私犯罪检察理论研讨会”上,与会专家学者和司法实务界业务骨干就走私犯罪执法司法中的法律适用、证据运用、涉案财物处置等问题充分研讨交流,一致表示——

# 多层面破解实践难题 深化治理走私犯罪



对外经济贸易大学法学院教授梅夏英:  
借鉴复杂性理论建立数字法研究范式



当前数字法研究落后于数字技术的发展,主要原因在于研究范式相对陈旧且未及更新。现有数字法研究沿袭了传统法学的研究范式,即坚持还原论、“主客二分”和线性思维等基本观念和方法,导致对数字系统的整体性、信息运行规律的独特性及信息在主客体之间所具有的超然地位等方面,存在认知不足的问题。基于数字系统与线下社会生活系统同属于现代复杂性科学所称之“复杂系统”,复杂性理论对于数字法的研究具有重要的借鉴意义,其中复杂系统理论中关于“自组织”“自适应”和“涌现”等现象的理论研究范式,契合当前数字系统和线下社会系统的发展和演化规律,故具有在此基础上探讨建立未来数字法研究范式的可行性。为实现数字法研究范式,首先应明确数字法所依赖的系统性环境特征,即数字环境具有技术性、公开分享性、公共性、服务性和安全性等鲜明系统特征,进而可以初步设想未来数字法的研究方法,即可以采取还原论和整体性的结合、技术和法律的结合、实证主义和理性主义的结合以及“人”和“机器”的结合等方法。

北京外国语大学法学院副教授张燕龙:  
正确界定侵犯著作权罪与销售侵权复制品罪



侵犯著作权罪与销售侵权复制品罪的区分是刑事司法实践中长期存在的疑难问题。围绕“复制发行”与“销售”的解释,学术上素有一行行说、吸收说、区别说等多种观点,随着时间的推移,争论非但没有平息,反而有愈演愈烈之势。刑法修正案(十一)虽在一定限度上限制了发行行为的范围,但两罪的关系依旧悬而未决,而司法部门在此问题上始终未能统一裁判规则。发行含义的界定不清导致两罪名的关系不明,引发司法实践中的适用混乱。民刑两大部门法学的不同思维模式及概念体系的混用是导致这一问题的根本原因。应在法秩序统一的教义学立场上,以类型思维为工具,准确描述发行的类型,将刑法第217条中的“复制发行”解释为复制、发行或既复制又发行。发行与销售是包容关系,相应地,侵犯著作权罪与销售侵权复制品罪呈现出一般法与特殊法的法条竞合关系,应从一罪重适用,同时杜绝数罪并罚的做法,体系性地消除适用冲突。

西南政法大学法学院副教授胡江:  
明确刑行相同条文衔接适用规则



刑法与行政法规定的条文表述相同是我国法律体系中客观存在的一种法律现象,这可能导致刑事犯罪与行政违法的界限模糊,使得犯罪的衔接适用面临诸多实践困境,甚至直接排除了行政法的适用空间。但立足刑法上犯罪的实质标准,基于我国刑法与行政法二元法律责任的实际,即使是刑法与行政法条文规定相同情况下的犯罪,也应当承认相关法律具有衔接适用的必要性。在刑法与行政法条文表述相同的规范适用中,应坚持实质判断的标准,即不能机械式、形式化地理解刑法条文,不能仅仅因为刑法所规定的行为就直接认定为犯罪,而应从实质上去判断行为是否具有严重的社会危害性。为实现法律的衔接适用,应从刑法内部关系和外部关系两个层面实现法律关系的协调:从内部关系而言,实现刑法总则与分则的协调;从外部关系而言,实现刑法与行政法等非刑事法的协调。与此相应,在不具有严重社会危害性的情形下,应当适用行政法追究其行政违法责任,同时,应当明确界定反映社会危害性的各种主观因素,为法律的衔接适用提供明确的规则。

中国政法大学刑事司法学院副教授傅伟:  
法典化需要部门法治与领域法治融合发展



近代法治进程中的部门法治模式既适应了公私分化的社会结构变迁及其治理需求,也以“一法一部门”的形式框架束缚了法治发展。面向法典化时代,在部门法治基础上融合领域法治,能有效突破法治模式的“部门壁垒”,增强整体法秩序的统一性。在基本立场上,我国应当立足以法典化作为重要路径的中国式法治现代化,反思欧陆法系解法典式重构方案的法治缺陷及其方法论价值,实现部门法治与领域法治的融合发展。在规范层面,应基于法秩序统一性与行政与刑事法规范的“诸法融合”,修复立法衔接断层。在方法论层面,需要重点强化人工智能、网络暴力、无人驾驶等关键领域专项立法,以最大化填补法律漏洞、减少法条竞合、消除法法冲突,构建体系自洽的“微观法治系统”。

(以上依据《法学家》《河北学刊》《法学》《政法论坛》,高梅选辑)

为破局点。对于境外证据的运用问题,由于各国和各地区司法管辖权相互独立,包括证据制度在内的法律制度存在较大差异,境外相关证据获取难、运用难,可限制刑事司法协作中司法鉴定主体、内容及种类,采取鉴定人以书面形式补充解释、远程视频出庭等补充方式。

## 新型走私犯罪认定问题

离岛免税“套代购”走私犯罪存在低门槛及组织的松散化、走私手段的链条化与智能化发展等特征。有学者提出,为了有效规制“套代购型”走私犯罪,需要厘清以牟利为目的与“套代购”走私犯罪的关系、偷逃税款金额的认定标准等问题,同时建议从立法、关税调节以及普法等方面预防“套代购”走私犯罪的发生。有学者针对涉自贸港(区)走私普通货物犯罪的新手法,如组织“人头”套购、倒卖免税商品实施走私犯罪及利用“先进区后报关”漏报、不报实施走私犯罪等现象,提出可强化对监管漏洞的整体防范、保持对走私违法犯罪打击的高压态势、构建走私犯罪社会防控体系。有学者针对跨境电商零售进口中的走私认定问题,提出可对境内个人消费者、跨境电商平台经营者、转运公司(团伙)、提货公司(团伙)等主体进行分类定性。

## 走私犯罪行刑衔接问题

通过行刑反向衔接对不予刑罚的走私违法行为予以打击,是构建科学完善的走私犯罪治理体系中的重要一环。与会专家指出,走私案件的特殊性使行刑反向衔接案件呈现以下特点:一是地域性强;二是不起诉案件类型比较集中,近90%为情节轻微不起诉;三是涉及罪名比较集中,其中,走私普通货物、物品占比70%,走私国家禁止进出口的货物、物品占比12%,其余还涉及走私珍贵动物制品、逃避商检、走私毒品、走私废物、走私武器等;四是团伙性特征明显。“可处罚性”是当前需要重点研究的关键问题。此外,在机制层面,行刑衔接不畅,“不刑不罚”等问题仍然突出;在立法层面,“行刑倒挂”、应当处罚的违法行为缺乏法律依据等问题,需要深入研究。有专家指出,走私案件行刑衔接的现实困境包括行政处罚缺位、存在信息壁垒、情报线索未能深度经营等问题,导致“漏罪”现象突出,提出通过数字检察赋能监督协作,推动走私案件“行刑共享、行刑共治”云平台应用,最终实现共建共治共享,是提升走私案件办理质效的有效途径。有学者提出,海关缉私领域行政执法和刑事司法衔接工作机制存在刑事立案难、侦查取证难、移送起诉难、行刑衔接难等问题,建议通过司法解释明确立案追诉标准、细化主观故意方面的认定标准、加强各部门沟通形成共识。

(作者分别为最高人民检察院检察理论研究所学术部副主任、广东省珠海市人民检察院法律政策研究室副主任)

接正犯的路径予以入罪,但对于走私普通货物、物品的行为,应以避税次数、数量、金额是否超额为处罚界限。有学者认为,办理走私成品油犯罪案件过程中存在事实认定较困难、法律适用存有争议、行政制裁略有不足等难点,并提出注重区分罪名适用、构建涉走私型罪量刑体系、灵活运用强制措施和不起诉等对策。

## 走私犯罪管辖问题

伴随着刑事司法政策的变化,因海关缉私管理体制调整等因素,走私犯罪案件侦查主体多元化的职能管辖格局形成。对于诸如职能管辖存在重合与模糊空间、地域管辖中海警机构管辖范围与行政区划不一致、走私犯罪案件的级别管辖是否需要重新审视等问题,有学者提出,有必要从职能管辖、级别管辖、并案管辖、管辖错位案件的处理原则等层面优化和完善我国走私犯罪案件管辖制度。有学者提出,在职能管辖的界限明确之前,有两种应对思路,一是侦查机关之间通过协商确定模糊区域的管辖权,二是探索将模糊区域暂时作为共管区,并确立“谁先发现谁先管辖”的优先管辖原则。部分学者和司法实务界人士认为,管辖错位案件应以是否明知管辖违法作为区分“善意管辖”与“恶意管辖”的主要标准,对“善意管辖”案件应当认定为取证主体不合法而排除证据的运用,在操作上可细化物证等不同类型证据的不同处理方式;明确海警机构和地方公安机关侦办的走私犯罪案件应遵循法定级别管辖制度,建议将海关缉私部门侦办的案件回归审判级别管辖的常态,探索在粤港澳大湾区内对走私犯罪案件进行集中管辖。

## 走私犯罪证据运用问题

有学者提出,应当从走私犯罪查处的证据视角看待指控体系的构建。第一,指控证据体系构建以证据合法性为前提条件,传统的域外证据审查标准应当有所调整,以适应打击跨境犯罪同时保护当事人合法权益的需要;第二,指控证据体系构建应准确把握构建的标准与要求;第三,指控证据体系构建应贯彻及正确适用客观性原则,但客观性证据优先不意味着物证不能定案,如有书证等其他证据代替物证,或以书证、人证、电子数据等证据印证证明犯罪行为,能够排除合理怀疑的,即使犯罪对象以及犯罪工具缺失,案件事实仍然可以确认。有学者对走私犯罪物证缺失的法律风险进行检视,建议以“存疑有利于被告人”为支撑点,以巩固证据质量为切入点,以精准运用间接走私条款

## 走私涉案财物处置问题

走私涉案财物处置问题在实践中存在较大分歧,海关缉私部门一般认为走私违法所得包括直接所得、间接所得及两者的收益。有学者认为,违法所得包括犯罪行为所得之物和作为犯罪行为的报酬而得到的财物,且只能采取纯益主义来计算犯罪所得。因此,关于走私犯罪收益的认定标准、没收程序以及对第三人善意取得的审查处置等问题均有待明确,以实现走私犯罪收益的全面和有效剥夺,从而有力打击和遏制走私犯罪活动。有学者认为,对走私犯罪违法所得应当区别认定:第一,在走私禁止、限制类货物、物品犯罪案件中,应当认定走私货物、物品犯罪案件中,在通关型涉税走私犯罪案件中,应当认定偷逃的应缴税额为违法所得。第二,在绕关型涉税走私犯罪案件中,应当将走私货物认定为违法所得。追缴、没收违法所得应受上诉不加刑原则的约束。有学者针对走私冻品犯罪中的涉案财物在实务中面临的证据收集困难、概念理解不准确、法律关系复杂等问题,建议构建以实质化审查为核心的多元化涉案财物处置体系,通过厘清涉案财物概念、处置措施及引导原则,运用科技赋能信息化引领,疏通办案过程中的堵点难点,实现提质增效。

## “水客”走私犯罪治理问题

近年来,口岸地区“水客”走私问题屡禁不止。囿于刑罚对“水客”的震慑效果有限、反走私合力未能有效凝聚等因素,“水客”走私对国家经济的损害不容小觑。检视当下司法实践,小额多次走私犯罪治理存在缺乏明确且规范的入罪标准、从宽和从宽情节适用存在差异、缓刑适用配套机制不足、诉讼程序简化不足等问题,如何适应我国犯罪结构变化,探寻轻刑走私犯罪的有效治理路径是目前检察机关面临的重点课题。有学者认为,司法实践中该类案件的处理还存在司法理念滞后、入刑标准模糊、刑罚执行方式不灵活等问题,建议更新司法理念,进一步细化入刑标准、提升办案效率、优化刑罚执行方式、探索建立轻微犯罪记录封存制度,疏通该类犯罪的治理堵点。



□彭玉 何文苑

走私犯罪作为一种跨国(边)境犯罪,不仅侵蚀国家的税收制度,破坏公平竞争的市场环境,还成为恐怖主义犯罪、有组织犯罪等更严重犯罪的资金来源和物资渠道,对国家安全、社会稳定构成严重威胁。近年来,走私犯罪手法不断翻新,涉走私渠道多样化,跨境电商、“套代购”等新型走私犯罪呈上升态势,海上走私形势依然严峻复杂,打击治理难度不断加大,执法司法中面临诸多困境。

近日,由《中国刑事法杂志》《检察工作》及广东省检察院走私犯罪检察研究基地、珠海市检察院联合举办的“走私犯罪检察理论研讨会”在珠海举行。来自北京、陕西、江苏等地实务部门的业务骨干和部分科研院所的专家学者等100余人参加了研讨会,并就走私犯罪执法司法中面临的困境、应对措施等问题充分开展思想碰撞和研讨交流,进一步更新理念、凝聚共识。

## 走私犯罪法律适用问题

有学者认为,单位走私案件中共同犯罪的认定及其责任划分是司法实践中的关键问题。对共同犯罪人的责任划分不应过多纠缠于实行行为,而应依据行为人在共同犯罪中的作用确定主从犯。关联单位实施走私行为时,应分别认定各关联单位的责任,但控人应根据关联单位走私偷逃应缴税额的总额承担责任。有学者认为,走私洗钱的犯罪对象应包括通过上游走私犯罪直接或间接产生的任何财产,并对“明知”的认定提出了扩张解释的方法,主张确立“推定明知”的证明机制,以加大对走私洗钱犯罪的打击力度。有学者认为,在司法实践中,伪报税号行为性质的认定、主观故意的认定以及代理责任的归属等问题较为复杂,应当从商品归类基本原理和进出口报关实践出发,从该领域“相关人”的认识水平及行为入本身情况出发,综合判断走私犯罪行为人的主观故意。代理报关制度下,“直接代理”和“委托包税”行为并未改变被代理事项系行政法律关系的本质,应当根据各行为入明知、作用、获利等综合判断相关责任人责任承担的程度。此外,对于“蚂蚁搬家式”走私,需区分对象进行处理,对走私国家禁止进出口的物品的行为,可根据被雇用“水客”的主观意识,通过共同犯罪或间



□刘磊

近年来,围绕数字法学的基本定位出现“领域法学说”“新兴交叉学科说”“转型升级说”等多种主张。尽管对定位问题仍存在分歧,但毋庸置疑的是,数字科技给法律实践及法学研究带来的冲击是显著的。在可以预计的未来,如果法学知识体系缺乏对数字科技的深度理解,一定难以准确回应数字社会中的诸多行为和交往模式。华东政法大学刑事法学院杨继文副教授2024年新著《数字证据法:大数据时代证据法变革初论》,是其精心耕耘证据法学,积极开展交叉学科研究积淀的成果,试图结合数字技术带来的影响,探究证据法学领域的新变化。

## 数字科技与法学转型升级

在有关数字法学基本定位的讨论中,“转型升级说”的覆盖面最广,学术追求也最为彻底。“转型升级说”基于对方法论路径等数字法学演进路径的讨论指出:方法论路径意在为现代法学提供新的视角和方法,是一种拓展性努力;认识论路径意在改变现代法学认识和解释法律的方向和策略,是一种革新性的努力;而本体论路径则意在实现现代法学在数字时代的转型升级,是一种代际交替的努力,基于本体论路径展开的研究是一场涵盖法学理论、规范制度及司法实践的“法学革命”。可以说,本体论构成“转型升级说”的理论基础。依循本体论路径,秉持“转型升级说”的研究致力于重返从工商时代迈进数字时代、“物理社会”迈向数字社会过程的法学理论。

本书总体上以“转型升级说”为基础,以此展开对证据法学诸多关键问题的讨论。本书前言部分指出,证据法学会由传统的物理世界和人类世界的“二元空间结构”,逐渐向基于人类世界、物理世界、智能世界、虚

# 数字时代证据法学的转型与探索

——评《数字证据法:大数据时代证据法变革初论》

拟世界的“四元空间体系”构造转变,应当积极探索并构建顺应这种转变的方法论与知识体系。在各章的具体讨论中,全书所关注和回应的核心问题主线是“大数据技术对证据制度、证据体系以及证据法有着怎样的影响”,所趋达致的学术追求是“在数字四元世界中整合证据法学等哲学社会科学,以大数据技术为支持,构建‘数字证据法’的知识体系”。依循这种进路和目标展开的讨论,已经超出领域法学或者交叉学科范畴,而是指向对于证据法学知识体系的反思与重构。

近年来,几乎各个部门法学都会围绕数字技术展开讨论。在各个法学学科中,证据法学对技术变革有着较高的敏感度,无论是侦查技术的展开,还是证据的类型划分及运用,抑或是证据配套制度的构造与适用,都会因技术条件的变化而发生明显变革,进而也会对诉讼过程的公正性和诉讼效率产生显著影响。作者长期接触刑事诉讼实践,能够从诉讼实践中感受数字技术在证据运用中带来的细微且深刻的变化。从国内学界研究来看,这是第一本数字证据法的专门性、系统性专著,在很大程度上折射出证据法学研究者普遍具有的对数字时代技术变革的敏锐洞察力。正如作者所指出的,这种变革集中体现为“数字时代的司法事实认定呈现出证据的数字化、取证的远程化、存证的区块链化、举证的虚拟化、质证异步化和认证的智能化六大发展趋势”。基于证据法实践与数字技术的密切关联,可以预计的是在法学诸多学科中,证据法学可能较早实现对本学科知识体系的数字化重构和转型升级。这种远景尚未出现,但无疑值得期待。

## 数字证据法学变革的两条主线

从证据法的实践形态来看,变革集中体现在线下和线上两个层面,本书也沿循这两条基本主线,分成“传统证据变革篇”和“新兴证据变革篇”两个部分,探究数字证据法的方法论和知识体系。基于前一条主线,书中主要探究线下证据、制度以及规则的大数据分析与数字化进阶。

依循后一条主线,书中主要讨论新兴线上证据的种类及其运用机制。前一方面是对现有证据法及其相关知识的重塑与升级,后一方面则是对证据法学知识构造的“扩容”。通过对这两方面的深入讨论,作者试图达致“促使‘数字证据法’研究内容中的技术、法律与证据制度的相互融合和治理机制优化”的目标图景。

在对传统证据变革的讨论中,本书主要以证人制度、技术侦查证据、网络犯罪的印证证据为关注焦点,自觉地将“大数据学”的整体主义证明观贯穿分析始终。针对理论和实务中普遍存在的重证据、轻证明的倾向,本书认为证据与证明缺一不可,需要形成两者相互协调、共同发展的系统体系,增进理论研究与司法实践之间的深度联结。早在十余年前,“大数据学”已被提出,本书在延续“大数据学”总体进路的基础上,更加重视探究数字时代的证据与证明问题。

在对新兴证据变革的探究中,本书主要关注大数据证据的事实认定体系,算法证据、区块链证据、元宇宙证据等新兴证据的运用规则,以及大数据证据资源与智能检察监督证据配套运用制度。目前,依托数字技术的新兴证据已经在司法实践中得到某种程度的运用,逐渐实现了“案件事实的定性预测与证据体系的定量预测相结合”。但是,这些证据的运用在具体实务中仍面临一些难点和挑战。例如,在司法实践中对证据和事实关系的大数据分析有其必要性,有助于提高对案件证据材料和数据信息的利用程度,实现证据材料收集全覆盖,更为准确且完整地反映案件发生时的真实情况。但是,同样不可忽视的是,通过大数据构建的证据与事实之间关联性的科学分析存在一定限度,关联性分析并不能简单地取代因果分析。针对这种分析的科学限度,作者从数据收集和计算处理的技术限制、数据技术发展的滞后性、数据处理系统与法律语言知识体系之间的隔阂、大数据与全数据之间的偏差等角度分析原因,这些思考无疑有助于在现有技术条件下,更为客观、务实地看待新兴证据变革及其

实际运用。

## 数字时代的证据法学教育探索

数字技术给法学教育带来的变革,最终要体现在法学教育层面。本书的可贵之处还在于,不仅在知识研究的层面探究数字法学,也注重将数字科技带来的变革要素融入法学教育,探索数字法学教育的可行进路。在现代法学迈向数字法学的转型过程中,如何培养具备数字科技素养、适应数字法治需求的法治人才,成为法学教育面临的重要问题。

总体而言,作者更加重视探讨推动教育变革的技术进路,强调虚拟现实技术在证据法学实验教学中的应用,期待促进学生一教师一实验教学系统(机器人)的共享教学,形成对技术与理性思维的有效整合,推动司法实践与法学教学融合的教学状态。从人机互动带来的多维度影响来看,这种技术手段的运用显然会对知识汲取方式、知识运用思维及方法产生深刻影响。对于证据法学教育而言,书中谈及的司法事实认定中证据的数字化、取证的远程化、存证的区块链化等趋势,不仅需要知识层面上了解其基本表现,更需要在教学过程中辅之以真实操作,引导学生逐渐习得知识运用的实践理性,提升对实务案件处理的数字化适应能力。

本书开拓并深入分析了诸多对证据法学知识体系数字化转型具有重要价值的关键词。从本书的行文分析中,也可以感受到作者对法学教育在科技革新潮流中所面临挑战的真诚关切。对于现代法学研究及法学教育的转型升级而言,《数字证据法:大数据时代证据法变革初论》这部著作无疑体现了一种积极的尝试与有益的探索。

(作者为西南财经大学法学院副教授)

