



# 跨境电商走私犯罪法律分析及其合规不起诉的实现进路

上

## 学术研究

冯晓鹏 马聪

近年来,我国跨境电商市场交易规模迅速上升,特别是自2019年电子商务法的出台与跨境电商零售进口新政正式实施以来,跨境电商领域健康有序,蓬勃发展,成为我国经济新增长点。但不可忽视的是,作为新业态,跨境电商的经营模式仍在推陈出新、不断创新中,行业迅猛发展的同时也滋生了许多以低报价格方式、低报价格方式为主的走私犯罪。在此形势下,如何对跨境电商走私犯罪做到一分为二地看待,对社会危害性大、主观恶性深、影响恶劣的走私犯罪严厉打击,对社会危害性小、积极合规整改的企业予以引导和扶持,贯彻落实最高平等保护民营企业、少捕慎诉的精神,是我们需要思考和解决的问题。检察机关目前试行的“合规不起诉”制度为解决这一问题提供了思路。

### 一、跨境电商走私的特征

跨境电商因其电子化、个性化、碎片化、高频次和低货值等特征,革新了传统的进出口商业模式。但其中的走私问题并未超出刑法有关走私犯罪的基本构成要件,其本质仍为“逃避海关监管,偷逃应纳税款,逃避国家有关进出境的禁止性或限制性管理”,只不过在走私方式上融入了电子商务的元素。因此,在对跨境电商走私犯罪理论与实务问题进行讨论时,应在传统走私犯罪的理论框架下进行解构,同时注意因跨境电商特殊政策,尤其是跨境电商零售进口政策而构成走私行为的特殊性。

跨境电商走私主要是利用国家税收优惠政策,采取低报贸易方式、瞒报数量、低报价格等方式进行走私。其特征可以概括为:(1)科技化。跨境电商通过互联网进行整套交易环节,因此具备更高的科学技术应用能力,将智能化、集成化、网络化的商业特征融入走私方式中,以降低被查获的概率;(2)以通关走私为主。跨境电商走私主要是利用税收优惠政策,采取低报、瞒报的方式偷逃应纳税款,后续走私、间接走私和水上走私较为常见;(3)以走私普通货物为主。大多数跨境电商走私的对象是普通货物,常见的有奶粉、药品等,走私违禁品的情况较少;(4)走私方式多样化。随着跨境电商的不断发展,商业模式的不断创新,也出现了许多新的走私方式,常见的有“刷单”走私、低报价格、低报品名、退货退税等。

### 二、正面规定和类型分析

#### (一)关于跨境电商走私的监管规定

走私犯罪是典型的行政犯,认定某种行为构成走私犯罪必然意味着该行为首先违反了海关在该领域的行政监管规定。因此,厘清有关跨境电商的

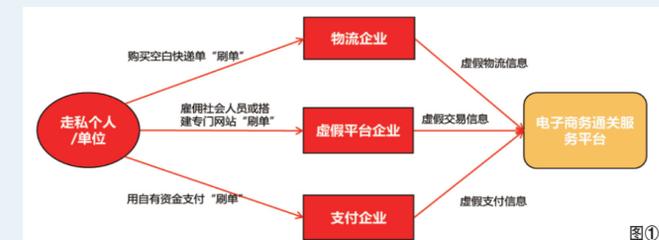


图1

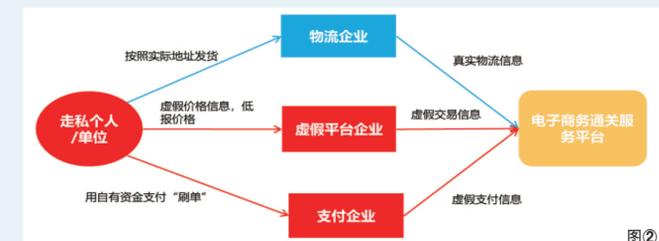


图2

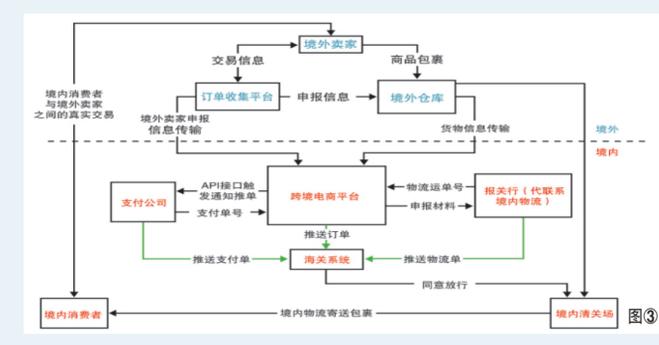


图3

监管要求,尤其是相关规定中对走私行为的判定标准尤为重要。

根据电子商务法第二十六条的规定,电子商务经营者从事跨境电子商务,应当遵守进出口监督管理的法律、行政法规和国家有关规定。在跨境电商零售进口领域,目前尚未有法律、行政法规、部门规章等高位阶的法律规范,最重要的几份监管规定即《财政部 海关总署 国家税务总局关于跨境电子商务零售进口税收政策的通知》(财税〔2016〕18号,以下简称“2016年4.8新政”)、《关于跨境电子商务零售进出口商品有关监管事宜的公告》(海关总署公告2018年第194号,以下简称“194号公告”)和《关于完善跨境电商零售进口监管有关工作的通知》(商财发〔2018〕486号,以下简称“486号通知”)。

其中涉及走私行为的最新监管规定为:(486号通知)第四、(五),5条规定:“海关对违反本通知规定参与制造或运输虚假‘三单’信息、为二次销售提供

便利,未尽审核订购人身份信息真实性等,导致出现个人信息或年度购买额度被盗用、进行二次销售及其他违反海关监管规定情况的企业依法进行处罚。对涉嫌走私或违规的,由海关依法处理;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”(194号公告)第八、(二十九)条规定:“海关对违反本公告,参与制造或运输虚假交易、支付、物流‘三单’信息、为二次销售提供便利,未尽审核消费者(订购人)身份信息真实性等,导致出现个人信息或年度购买额度被盗用、进行二次销售及其他违反海关监管规定情况的企业依法进行处罚。对涉嫌走私或违规的,由海关依法处理;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”综合两份规定可以看出,目前所谓跨境电商低报贸易方式的犯罪行为主要包括:(1)参与制造或运输虚假“三单”信息;(2)盗用个人信息或年度购买额度,或者负有审核义务的主体未尽责任导致该情况出现;(3)进行二次销售或为二次销售提供便利。

(二)跨境电商走私主要有以下几种常见手段:

#### 1. 低报贸易方式

“刷单”是最常见的低报贸易走私方式,具体手段为:走私的个人、单位搭建虚假跨境电商平台,利用互联网技术购买或获取网络用户的身份信息,以此为基础制作虚假订单;利用快递行业监管漏洞和支付机构监管漏洞,制作虚假快递单和伪造支付单。这样,伪造的信息在电子商务通关服务平台上构成了“三单一致”,走私个人或单位以伪造的信息享受了税收优惠和便利化通关。“刷单”走私的流程示意图如图1所示。

#### 2. 低报价格

跨境电商低报价格是基于跨境电商平台上生成的真实有效的订单来进行价格造假,其具体走私方式为:走私单位根据其他电商平台真实订单中的个人买家身份信息、收件地址、货品名称、数量,在虚假平台上生成虚拟“订单”,其价格为自行制定的低报价格。再由支付企业依照低报价格的假订单进行收付款,由此形成了低报价格走私。低报价格走私的流程示意图如图2所示。

#### 3. 包税进口

包税进口是指跨境电商企业或跨境电商平台与物流公司签订类似“包通关”协议,但往往“包通关”的费用明显低于物流公司正常“报关+运输”的成本。换言之,物流公司如需盈利,必然会采取违法手段清关。甚至在有些协议中,双方会有关于海关发现违法清关、查扣商品的对赌约定。在这种情况下,如果跨境电商平台或企业仍然与该物流公司合作,很可能被推定为对走私行为具有间接故意,进而被认定为走私共犯。

#### 4. “推单”走私

所谓“推单”,就是其他商主体将消费者的下单“转推”给跨境电商平台,由跨境电商平台向海关代推订单。推单的核心运营方式为:跨境电商经营者与境外商家,或境内淘宝、微商等店铺,或其他未在海关备案的电商平台合作,将消费者的真实订单导入与海关联网的跨境电商平台,根据导入的真实订单匹配支付单和物流单,并将“三单”信息推送给海关,最终以跨境电商零售进口模式将境外商品申报入境并直接寄送至下单的消费者。推单走私的流程示意图如图3所示。

#### 5. 其他方式

跨境电商还可能被认定构成走私的情形包括:(1)低报品名。只有《跨境电子商务零售进口商品清单》上的商品能享受跨境电商零售进口的税收优惠,但部分商家将清单外商品低报为清单内商品,从而冒用跨境电商零售进口的税收优惠政策。(2)退货退税。根据(194号公告),如发生退货,退回的商品应当符合二次销售要求并在海关放行之日起30日内以原状运抵原监管作业场所。实践中,有些消费者因为其他原因超过30天才退货,或者跨境电商选择将消费者退货的商品存储在境内仓库而非退回原保税区仓库,这种情况下跨境电商企业如未按时向海关办理纳税手续,也可能被认定为走私。

(作者单位:金杜律师事务所)

## 世说新语

### 大数据与国家治理的深刻变革紧密相连



《瞭望东方周刊》2021年第10期封面文章《善治大数据》中写道:自2014年3月“大数据”首次写入政府工作报告以来,从首个国家级大数据试验区到国家工程实验室获批建设,从政府数据共享到各类便民应用推广,在国家大数据战略的全面实施部署下,各地政府纷纷响应联动,组建大数据管理机构、开放政府数据、试水大数据交易、上线“城市大脑”……大数据管理、使用跃上一个新台阶。

2020年,《中共中央 国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》发布,数据正式成为生产要素,大数据应用及产业迎来新一轮热潮。

作为新型生产要素的重要体现形式,大数据普惠人民生活,催生新业态新经济,但与此同时,“数据孤岛”、隐私安全、“黑产”、“灰产”和“大数据杀熟”等问题也渐渐浮出水面。用好大数据,布局新时代。大数据不仅助推技术和产业革命,也与国家治理的深刻变革紧密相连。善用大数据,管好大数据,提升治理现代化水平,已经成为每个城市治理者需要解答且必须解答好的重大课题。

### 技能人才是我国人才队伍重要组成部分



《小康》2021年第13期封面文章《中国技工现状调查》中写道:技能人才是我国人才队伍的重要组成部分,其中取得高级技工、技师职业资格,能够进行创造性劳动的人员被称为高技能人才,在产业转型升级以及技术技能传承中起着重要的作用。截至目前,我国技能劳动者超过2亿人,其中高技能人才超过5000万人。但我国技能劳动者占就业人口总量仅为26%,从整个就业和经济发展需求看,我国技能人才总量仍然不足。随着我国发展质量效率提高、经济结构不断调整、产业转型升级,对高技能人才的需求将更加旺盛。

当前,技术工人缺口越来越大,已成为悬在中国制造业头上的一把达摩克利斯之剑。有关专家认为,在更高的层面上,要想突破这一桎梏,亟须打破旧观念的束缚,提高技工的社会地位,改善技工的工作环境,优化技工的晋升渠道。

### 胰岛素的出现是人类医学新阶段的序曲



《新民周刊》第1138期封面文章《如果没有胰岛素》中写道:有胰岛素和没有胰岛素的世界,到底发生了怎样的变化?一组数据给出了明确的答案。

1913年,10岁时确诊为1型糖尿病患者,平均预期寿命是11.5岁。到了1945年,同样是10岁时确诊1型糖尿病的患儿,他们的平均预期寿命是45岁。而2015年,还是10岁时确诊的1型糖尿病患者,平均预期寿命是69岁。

100年,世界经历巨变。在所有的巨变中,糖尿病从一种迅速致死的绝症变成可控、可治的常见病,慢性病是其中值得书写的一个。胰岛素的100年故事,是人类医学发展的缩影,是人的生命价值一步步受到重视的历程,从更深的视角看,是人类社会自我觉醒、挑战极限的过程。

胰岛素的出现,不仅是为糖尿病提供了一种最有效的治疗方法,它彻底改变了人们对糖尿病的认识,给后来各种药物的开发提供了广阔的空间。

可以说,胰岛素的出现是人类医学新阶段的序曲。

## “刑民(行)关系与犯罪认定”之十二

# 第三人履行合同与挪用资金罪

## 刑法光图

周光权(清华大学法学院教授)

挪用资金罪是实践中的常见罪名。一般而言,直接改变本单位的财物控制权的挪用资金行为不难认定。但是,在案件涉及多个民事主体时资金究竟属于谁,对于本罪的认定会产生实质影响。因此,认定本罪时需要顾及民法的立场。

例如,被告人姜某和其他人共同出资在内蒙古赤峰市注册成立某有限责任公司(以下简称赤峰公司)。自2015年9月至2017年3月,赤峰公司均从开设于北京市的某防水材料公司(以下简称北京公司)采购防水材料用于工程建设。赤峰公司与北京公司通常不定期对账、清偿货款。姜某所在的赤峰公司在陆续收回材料款并向北京公司返还款项过程中,姜某个人向北京公司提出:原本应由赤峰公司支付给北京公司货款中的381万元,其个人要借用一段时间。对此,北京公司负责人明确表示同意,该款便从姜某担任法定代表人的赤峰公司转入姜某个人账户由其个人使用。但是,法院认定姜某属于利用职务上的便利,挪用本单位资金归个人使用,数额较大,超过3个月未还,构成挪用资金罪,判处有期徒刑两年(参见内蒙古自治区喀喇沁旗人民法院(2019)内0428刑初158号刑事判决书)。

控方认为,在被告人姜某转移资金时,该款所有权仍属于赤峰公司,并未转移到北京公司名下,因此其构成犯罪。被告人认为,该笔资金是其以个

人名义向北京公司的借款,其也向北京公司出具了相应欠条,同时北京公司不再要求赤峰公司支付该笔货款,因此被告人无罪。由于本案的处理掺杂了对民事法律问题的判断,就应遵循法律秩序的统一性,防止将前置法上不具有违法性的行为在刑法上认定为犯罪。对于法秩序统一性原理,在与本案有关的意义上绝对不能偏离的规则是:在民法上合法的行为,不可能成为刑法上的犯罪;唯有民法上违法的行为,才有可能成为犯罪行为。因此,对于涉案381万元资金的性质必须回归民法规定进行理解,而不能在刑法上想当然地进行刑事法律设定。

处理本案绕不开民事上“由第三人履行的合同”这一问题。民法典第五百二十三条规定:“当事人约定由第三人向债权人履行债务,第三人未履行债务或者履行债务不符合约定的,债务人应当向债权人承担违约责任。”这是关于由第三人履行的合同的规定。所谓由第三人履行的合同,是指双方当事人约定债务由第三人履行的情形。例如,甲、乙约定:甲应当支付给乙的金钱由第三人提供给乙。“由第三人履行”的合同,往往具有减少交易环节,提高交易效率的功能(黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义及适用指南》,中国民主法制出版社2020年版,第792页)。

在本案中,姜某和北京公司就381万元达成借款约定,北京公司根据这一约定有义务向姜某支付金钱,在提供借款(借款交付)这一环节,北京公司成为债务人,有权获取借款的姜某成为债权人。北京公司、姜某作为借款合同的两当事方,约定由第三人赤峰公司履行该项381万元的交付,就属于典型的“由第三人履行”的情形。本案“由第三人履行的合同”的明

显特点是:其一,针对381万元的借款合同在债权人(姜某)、债务人(北京公司)之间订立,他们才是合同当事人,第三人(赤峰公司)不是合同当事人。第三人(赤峰公司)向获得借款的债权人(姜某)履行债务的具体原因如何以及姜某是否实施了违反民法的背信行为,均不影响由第三人履行的合同的成立和生效。其二,合同标的是第三人(赤峰公司)向债权人(姜某)的履行行为。根据合同相对性的原则,第三人(赤峰公司)虽不是合同双方,该合同对其没有约束力,但其一旦向债权人(姜某)履行,其和具有供销关系的债权人(出借381万元的债务人)北京公司之间的债权债务关系就归于消灭。其三,第三人(赤峰公司)履行后,债权人(姜某)即对资金出借人北京公司承担还款义务。

由此可见,就本案被告人姜某与北京公司借款合同而言,该笔381万元资金从赤峰公司转到姜某名下,且北京公司在与赤峰公司核算债务时已经将该笔381万元扣除,这意味着双方对账时北京公司已经认可赤峰公司偿还了该笔货款,其本质就是北京公司指令作为第三人的赤峰公司直接向债权人履行债务。因此,涉案资金虽然并未先从前述北京公司名下转至北京公司名下,再由北京公司转至姜某名下,但实际上已经通过“由第三人履行”的合同“完成了借款过程”。

如此说来,本案要得出被告人有罪的结论是有难度的。从客观上看,在姜某与北京公司之间达成借款协议之时,该笔由第三人赤峰公司所提供资金的法律性质就发生了转变,北京公司一方面完成了相应的出借资金义务,另一方面在记账单中也放弃了对赤峰公司381万元进贷款的债权。因此,该笔381万元资金自转

入之时起就属于被告人姜某所有,不再是赤峰公司的资金,姜某后续有权处分自己的财产,不存在挪用赤峰公司资金的问题。从主观上看,由于借款合同真实有效,被告人姜某始终认为涉案资金是自己向北京公司的借款,其不属于明知是本单位资金而非法占有、使用,不具有挪用资金罪的主观故意。

本案判决的不当之处是片面理解了合同履行问题,机械地强调合同只能在签约当事人之间“直接履行”这一点,认为涉案381万元资金必须遵循“赤峰公司——北京公司——姜某”的转款路径,即先转出再转入,才能既实现赤峰公司向北京公司的债务清偿,又满足姜某个人向北京公司的借款需求等法律效果。因此,判决是立足于合同必须“直接履行”这一点而对被告人定罪。但是,民法上所认可的合同履行方式除了由债务人直接向债权人履行之外,还有为了减少交易成本的“由第三人履行的合同”这一类型。

因此,对本案的定性必须考虑的是:根据民法典第五百二十三条的规定,赤峰公司自履行“由第三人履行的合同”之日起,其与北京公司的债权债务即告消灭,即便姜某未来不履行该还款义务,赤峰公司也无权再向赤峰公司主张该笔款项。本案对被告人不予定罪与民法典第五百二十三条的内在精神相一致,既然北京公司已经同意借款381万元给姜某,该款实质上就是北京公司向姜某发放借款之物;赤峰公司向姜某交付381万元的同时其与北京公司之间的相应债权债务履行完毕。赤峰公司实质上的还款行为谈不上使其381万元失去控制,更谈不上其由此遭受财产损失。

因此,在民法上认可第三人履行合同的的前提下,刑法上认定接受第三人履行所提供之物的行为构成犯罪,明显与民法立场相抵触,违背了法秩序统一性原理。

《“刑民(行)关系与犯罪认定”之十一》详见于《法治日报》2021年7月9版)