

离岛免税走私监管模式的检视与完善

——基于《海南自由贸易港法》第15条的规定

刘荣

(海南大学 法学院,海南 海口 570228)

【摘要】在海南离岛免税购物政策调整以及《中华人民共和国海南自由贸易港法》颁布的背景下,海南离岛免税走私监管面临着前所未有的挑战。在离岛免税走私新情势下,现行二元平行监管模式的缺陷日渐显现,不能满足《中华人民共和国海南自由贸易港法》“低干预、高效能”的要求。究其原因,离岛免税走私的性质是一种新型后续走私,而海关目前对其采取的监管措施仍未摆脱对传统通关走私、绕关走私的监管思路,缺乏针对离岛免税新特征的深入研究和及时回应。离岛免税走私监管应当以对物监管全覆盖为基础,由异常物流锁定异常人员,从而形成由物及人的“低干预、高效能”监管模式。

【关键词】离岛免税;后续走私;对物监管;对人监管

【中图分类号】D 927

【文献标志码】A

【文章编号】1004-1710(2021)04-0075-10

2021年6月10日《中华人民共和国海南自由贸易港法》(以下简称《海南自贸港法》)第15条明确了“海关实现低干预、高效能的监管”,这里的“低干预、高效能”即海南自贸港海关监管的基本原则。自2020年7月1日海南离岛免税购物政策大幅调整后,海南离岛免税走私监管面临着前所未有的形势。一方面,随着免税商品种类及购物额度的提高,离岛免税走私规模急剧扩张,亟需有力的监管措施及时跟进;另一方面,在严峻的离岛免税走私形势下,海关加强监管必须摒弃以往“沉疴猛药”式的措施,以确保自由贸易港物流、人流的高度自由。加之,目前海南离岛免税政策的特殊性,尚未有可复制的有效监管模式,海南自贸港离岛免税走私监管面临着全新的挑战。因此,探索低干预下的高效能监管是海南自贸港离岛免税政策得以顺利实施的当务之急,也是下一步即将出台的岛内居民免税消费品政策得以顺利推进的关键。

一、海南离岛免税走私的新情势对走私监管的挑战

(一)人海战术化整为零,监管对象暴增超出监管部门负荷

随着2020年7月1日离岛免税购物额度从每人每年3万元提高至10万元、免税商品品种增加至45种、单件商品免税限额取消,海南免税品市场迅速扩张,加之疫情影响,人民币汇率变动,之前往返于珠澳、深港、韩国的大量“水客”转战海南自贸港带货。除此以外,海南本地也滋生出各种新型“套代购”群体,其中不乏高校在读学生、出租车司机、候鸟老人。他们受雇于走私或专业带货组织,以“蚂蚁搬家”的方式逃避海关监管带货离岛。因为离岛免税商品不限购买次数,这种“蚂蚁搬家”走私的最大特点就是“多人”“多次”购货离岛来消解离岛免税限额限制走私的功能,这些带货者经常出没在海南的各免税店和渡口。如海口市中院审理的涉案商品价值高达1220.7万元的李某恒离岛免税走私案^①,该案发生在2020年7月离岛免税新政之前,在当时3万元的额度下,李某恒之所以能购买上千万元的免税商品,就是利用了人海战术将货物化整为零。

【收稿日期】2021-06-13

【基金项目】国家社会科学基金项目(20BFX158)

【作者简介】刘荣(1977-),女,山西太原人,海南大学法学院副教授,博士,博士生导师,主要从事经济刑法、自贸港税收制度等研究。

^① 海口市中级人民法院(2020)琼01刑初132号刑事判决书。

被监管对象的规模迅速扩张给离岛免税走私监管造成巨大挑战。首先,监管对象规模庞大。离岛免税购物涉及的人、财、物均是走私监管的对象,2020年7月1日至2021年4月6日,海关共监管购物旅客496万人次,离岛免税购物金额347亿元,商品件数4326万件,同比分别增长101%、244%、215%^①。“套代购”群体是走私监控的重点对象,可以进行一个简单的估算,在李某恒案中,李某恒从2017年至2020年近三年间,套用他人免税额度购买免税商品金额1220万余元,当时的免税额度是每人每年3万元,按照李某恒将每个被套用者的额度用尽来计算,被套用额度的人次是407人次,但这种能将一个人3万元的消费额度用尽的可能性极小,多数情况走私者所能套用的额度是被套用者购买本人所需商品的剩余额度,如果按照每人被套用2万元计算,将涉及610人次。而这些被套用额度者只要明知套用者有可能将这些商品销售牟利,则成为走私参与者。只是在现实中,因为证据和金额原因,这部分人被追究法律责任的几率较低,但这些违法者都应在海关重点监管的范围。2019年11月至2021年1月,海口海关缉私部门先后组织开展了49轮打击离岛免税套购走私专项行动,打掉走私团伙51个,累计涉案金额1.61亿元^②。从涉案金额可以推算出仅海口海关缉私部门破获的51起案件背后就隐藏了成千上万的走私参与者,而这仅是海口市的数据,三亚拥有海南最大规模的免税店,其离岛免税走私参与人的规模可想而知。其次,监管空间范围扩张。离岛免税走私监管的空间突破了传统走私的监管范围,传统走私的监管空间主要是边境,而离岛免税走私的监管空间涉及海南所有免税店以及可提货的机场、码头、火车站,随着线上购物系统的开启,监管范围进一步扩展至网络空间。再次,监管的行为范围扩展,纳入离岛免税走私监管的行为随着走私链条的加长而扩展,海关不仅要监管传统走私的贩运行为,还要将监管触角扩展到走私链条的前端和后端,如征集带货者甚至获取订单以及邮寄等行为。最后,以离岛作为条件,目前海南具有购买免税品资格的人数有限,随着岛内居民免税消费品政策的实施,海南全岛居民将均具有购买免税商品的资格,从理论上讲,全岛居民将成为监管对象,监管规模将再次大规模扩张,将大大超出目前海关监管的负荷。

(二)利用网络金蝉脱壳,主犯隐身至监管视域之外

目前,利用网络技术的离岛免税走私主要呈现两种形态,一类是部分实名,即走私通过线上线下配合完成,线上部分隐蔽走私者的真实身份,线下部分使用带货者的真实姓名和真实限额。如走私团伙在线上打着微商的名义接受订单并以化名招募、组织专业“水客”或临时出岛人员线下带货,货物离岛后再通过线上或线下销售。这种走私的主犯及其组织和实行行为均隐匿于网络,主犯与免税品几乎不发生接触。另一类是全程隐名,在这类走私案件中,所有实施、参与者的真实身份全程无暴露,如各大代购群、暗网销售群出现的“刷单走私”,走私团伙通过非法获取离岛居民身份证件信息并伪造身份证,以python、java等编程软件快速虚构订单,指定提货人持伪造的身份证件到提货点提货或确认邮寄。在这种方式下,所有暴露在监管部门的信息均非走私参与人的真实信息,走私参与者与货物全程无接触。可以预见,伴随网络技术的迅猛发展和离岛免税货物邮寄服务推行,这种隐蔽性极大的走私方式还将继续存在并升级。

网络技术加持下的离岛免税走私者往往比传统走私者隐蔽更深。一方面,线上运行隐藏了实行犯和其他主犯的身份。传统走私带货通关、绕关的行为人本身即走私行为的实行犯,即使是其后面还有实施组织、教唆行为的其他主犯,因为走私行为已经实施,只要货物、物品的数量达到刑事追诉标准,即可以进入刑事诉讼程序对案件进行全面侦查,这为案件侦破提供了重要的程序保障。而在离岛免税走私案件中,作为领导者和组织者的主犯一般只隐藏于线上,并不实施走私犯罪的实行行为,也基本不与货物发生接触。另一方面,线下现身的参与者往往不是犯罪团伙的主要成员,对案件侦破的价值极为有限。线下的“购买者”和“提货者”大多数是被招募的临时人员,并非走私团伙的固定成员,对犯罪团伙的情况几乎一无所知,即便在现场被抓获,因为走私行为还没有实施,其提货的数额也被“化整为零”,达不到刑事立案的标准,因此无法对其采取刑事措施,难以由此追溯到案件真正的主犯。

① 中华人民共和国国务院办公厅:《强监管 优服务 保障离岛免税新政顺利实施》(2021年04月12日发布),<http://www.scio.gov.cn/xwfbh/xwfbh/wqfbh/44687/45259/zy45263/Document/1701989/1701989.htm>,2021年6月5日访问。

② 中国日报网:《海口海关:琼粤桂协同打击 严厉惩治离岛免税“套代购”》(2021年01月28日发布),<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1690091641233411039&wfr=spider&for=pc>,2021年6月5日访问。

(三) 加长、碎化走私链, 现有监管难以覆盖走私环节

分工合作已是目前走私的常态, 但是离岛免税走私表现出的犯罪链条之长、分工之细密已非传统走私所具备。首先, 从走私犯罪链条的长度看, 传统走私一般包括偷运和贩卖两个环节, 随着走私专业化程度的提高, 购、运、储、销一条龙的走私开始逐步形成。然而, 目前离岛免税走私案件明显呈现犯罪链条加长的特征, 即在传统走私 2 至 4 个环节的基础上增加至 10 个甚至更多环节。一方面, 走私链条向前端延伸, 在原有购买环节之前进行专业化运作, 目前多数离岛免税案件都在购买免税品前已先行接受订单, 确定购买商品的品名、型号数量, 然后根据订单数量在线上线下招募组织带货人员。有些案件, 走私团伙甚至事先做一个微商、网店或者与一个合法的线下经营主体进行合作, 通过表面合法的商业外壳获取订单、掩藏走私行为, 如, 宋某离岛免税走私案中, 宋某依托名为“八月十四的贵妇”的淘宝店铺接单、销售^①。另一方面, 走私链环节增加, 因为购买离岛免税商品需要以离岛为条件, 免税品销售采取购提分离, 因此走私链条中相应插入了提货和离岛两个必要环节。与此同时, 因为购买环节将货物“化整为零”, 故在提货或离岛环节后, 还需要将货物“化零为整”, 即将分散于带货者的货物集中, 有些货物被重新包装或统一更改货物参数后, 借助现代物流体系迅速运往各地。由此, 目前离岛免税走私的链条通常由商、订、招、购、提、离、运、集、储、销 10 个环节组成。此外, 有些货物离岛后还要被带回岛内, 在岛内销售, 这种情况的走私链更长。其次, 犯罪链条上每一个环节的内部分工进一步细化, 其中招募、购物环节的分工细化尤为明显, 从目前查获的案件看, 因为任何形式的离岛免税走私都绕不开使用他人购货额度, 因此招募带货人员环节已经呈现出多元化、市场化的特征, 既有线上、线下专门的招募平台、招募人员, 也有专门承揽带货的“水客”组织, 还有人员相对不确定的特殊带货群体, 这些组织都相对独立, 有各自的负责人和运行机制。同样, 购货环节也进一步细化, 既有专人负责线上下单, 又有专人负责线下组织带领代购者到免税店购物, 还有专人负责在免税店和机场现场物色离岛人员代购, 这些专人均形成了相对独立的群体和工作流程。最后, 有些走私的链条在逐渐延伸的过程中, 首尾相接形成闭环, 走私的保密性升级。

在绝大部分离岛免税走私犯罪为共同犯罪的情况下, 共同犯罪人之间的连接性直接决定了监管的效能。一方面, 走私链的加长和细化使得监管对象的横向连接性减弱, 在 2 至 4 环节的传统走私链上, 走私核心环节与其他上下游环节比邻, 各环节之间是一种强链接, 监管不仅可以实现全覆盖走私链, 而且可以以走私链上的一个环节为突破点, 由点到链, 顺藤摸瓜, 从而掌握整个走私链条。而当离岛免税走私链条增至 10 个甚至更多环节的情况下, 从长度上, 目前监管几乎难以覆盖整个走私链条, 从各环节的连接性上, 因为各环节之间只通过个别成员之间的联络实现连接, 各环节成员相对独立, 绝大部分成员之间没有建立连接, 加之走私的上下游环节到核心环节相隔甚远, 核心成员遁形于网络, 使得走私监管从一个环节突破至整个走私链的难度大大增加。另一方面, 走私链形成闭环, 使得走私集团成员及其行为处在与外界相对隔离的保密状态, 监管手段难以介入。

二、现行监管模式的形成与缺陷

目前海南自贸港离岛免税走私监管模式是由 2011 年海南离岛旅客免税购物政策发展而来。随着离岛免税政策在年免税额度、单次购物额度、购物次数、商品种类、购物场所等方面的 6 次调整, 利用离岛免税走私牟利的空间不断增大, 走私监管措施不断相应升级、完善, 逐步形成了现行离岛免税走私对物监管与对人监管在各自逻辑下, 同时运行的二元平行监管模式。

(一) 二元平行监管模式的形成

1. 对物监管: 从进口到离岛全程监管

离岛免税制度建立之初, 海关就开始着手分阶段构建以信息化手段对物管理的海关监管系统。第一阶段, 规范免税店的销售流程, 2012 年至 2013 年期间, 监管部门采用现场指导的方式帮助免税店建立各种购

^① 海南特区报:《在琼套购免税商品拿到外省卖! 一团伙偷逃税款 136 万, 3 名涉案人员分别获刑》(2021 年 5 月 18 日发布), <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1700069924612951524&wfr=spider&for=pc>, 2021 年 6 月 5 日访问。

销验收台账,建立完善索证索票、质量安全管理及售后服务等制度,进一步督促指导免税店建立更加规范的管理机制。第二阶段,建立与海关、商检等部门的联动机制^①,海关运用电子系统,通过数据共享和交换与免税店销售系统、公共服务平台、机场离港系统等形成离岛免税商品的信息化系统,实现海关对免税商店及免税品从进口、备案、登记入库、销售、运送、提货、核销、征税、查询统计等全程的信息化管理^②。第三阶段,五位一体的离岛免税走私监管系统初步形成。2013年至2014年期间,免税店备案、免税品登记和入库等流程在海关总署免税品监管子系统实现;免税品进口流程在H2000系统实现;免税品销售、免税品运送和提货流程在免税店销售系统实现;免税品销售情况登记查询及核销结果反馈等服务流程在公共服务平台实现;免税品核销、开具缴款书等在离岛免税海关监管系统实现,就此形成完整、闭合的监管信息系统^③。第四阶段,离岛免税走私监管系统不断升级。2016年至2017年期间,海关对离岛免税海关信息化监管系统进行了升级改造;2017年至2018年期间,海关完善了相关机构设置和人员配备,建立“科技+制度+人工”的监管模式,严密监管链条,完善岗位制度建设,提供多种便捷通关监管服务;提升科技信息化管理在离岛免税监管中的应用,依托海南离岛免税海关监管系统和免税品监管子系统,形成从报关、出入库、销售、提货离岛等全环节的信息化管理^④;2018年至2019年,海关牵头组织免税经营企业完成新模式下信息系统升级切换,优化13项海关监管信息化系统功能模块,实现了海关、免税店、公共服务平台三方信息系统平稳运行。目前,该系统实现了从免税品进口到离岛全程电子监管,“管住物”成效显著,从进口到离岛期间发生的离岛免税走私明显减少。

2. 对人监管:人脸识别“防回流”技术下的正面监管

为了有效防控走私风险,海关积极探索针对走私者的离岛免税走私正面监管措施。该措施的推进大致分为三个步骤,第一步已经实现,即在离岛免税走私通常的两个现场,即购物现场和口岸,强化监管措施,其中最主要的措施是视频监控和现场巡查值守。第二步目前正在推进,即利用人脸识别“防回流”系统,识别重点走私可疑人群,实现精准监管。该系统分为两步,一是在购物和提货环节对所有顾客进行人脸识别,以保证购物、提货者与身份证为同一人,二是在回岛通道加装人脸识别系统,如果在设定时间段内同一人脸信息在回岛通道与提货点重复出现,系统将自动警示。该系统目前正在新海港试点,下一步将在所有提货点铺开。第三步是升级人脸识别“防回流”系统,通过“线上”与“线下”配合,在实现对免税品提货、离岛全程人脸采集的基础上,通过与海关信息化监管系统区块信息链接,整合人脸信息与大数据资源,进行人脸数据分析,海关形成汇集所有离岛免税购物者的大数据“资源池”,探索建立离岛免税高风险购物旅客数据模型,建立高风险“套代购”人员数据库^⑤。由此,人脸识别“防回流”系统形成的数据将成为精准监管的依据和破获走私案件的重要抓手。

(二)现行离岛免税走私监管的缺陷

1. 对物监管的逻辑及缺陷

(1)进口至离岛无缝衔接的对物监管逻辑。现行离岛免税走私对物监管可以分为常规监管和非常规监管。目前的常规监管主要依托离岛免税信息系统,监管依据是《中华人民共和国海关对免税商店及免税品监管办法》(以下简称《免税品监管办法》),监管对象是全部离岛免税品,监管期间以免税品进口为起点,以免税品核销为终点。现行模式的监管逻辑是通过对免税品流转的全程监控,发现、避免免税品异常流转,据此实现对离岛免税走私的精准打击和防范。在离岛免税政策实行之初,根据《免税品监管办法》第27条,向海关办理免税品核销手续的单据包括免税品明细账、附随销售发货单、免税品库存数量单等,以上单据在免税品售出后即可具备。也就是说,在当时,免税品售出即具备了核销条件,即脱离了海关监管。由于离岛

① 罗震,官蕾:《全力保障进口商品质量安全》,《海南日报》2012年10月25日第4版。

② 李详:《海南离岛消费提档升级新路》,《中国商报》2019年6月14日第3版。

③ 邱文忠:《海口海关离岛免税信息系统的建设与实践》,《上海海关学院学报》2012年第2期,第106-109页。

④ 郭建盟:《海口海关认真履行监管职责 全力推进政策实施发展——离岛免税政策实施八年间》,《中国国门时报》2019年04月23日第3版。

⑤ 蔡岩红:《海关创新监管模式确保海南离岛免税政策有序推进——对“套代购”走私违法行为“零容忍”》,《法治日报》2020年10月30日第7版。

免税政策的特殊性,免税品售出与离岛并非同时发生,如果行为人在购买免税品后携带免税品不离岛,并逃离海关监管区进行销售则为走私行为。离岛免税政策实行之初,该类走私案件时有发生。有鉴于此,海关调整了免税品核销的时间点和方式,即将核销的时间点从乘客提货以后延至离岛以后,目前乘客离岛5日内免税品自动核销,如果提货人未出岛即被视为异常物流,进入人工核销,实际查明具体情况。在核销时点后推之后,利用免税品核销前的监管漏洞,提货不离岛的走私案件大幅下降。目前,海南通过近10年离岛免税信息系统的建设,形成了从货物进口到离岛阶段的严密常规监管,对物监管效果明显。

非常规监管,即对离岛免税信息系统以外的免税品的监管。因为这种监管发生在免税品已经脱离了信息系统后,故具有低频性、随机性和人为性的特点。根据《免税品监管办法》第18条,免税商店销售的免税进口烟草制品和酒精饮料内、外包装的显著位置上均应当加印“中国关税未付(China Duty Not Paid)”中、英文字样。如果外包装上保留“中国关税未付”字样的免税品流入市场销售可被直接查获。当然,这种监管极易被规避,如果走私者将免税品外包装上的“中国关税未付”字样进行销毁或处理,走私物品则难以被查获。

(2)实行行为溢出对物监管现有射程。虽然现行模式对物监管的有效性有目共睹,但该模式存在一个明显的缺陷,即监管射程不能覆盖离岛免税走私的实行行为,以至于离岛免税走私认定的最核心事实几乎处于脱离常规监管状态。

根据我国对走私方式的划分,走私行为分为绕关走私、通关走私、后续走私和间接走私^①。离岛免税走私不同于传统的绕关和通关走私,其性质为后续走私,但又不同于以往典型的后续走私,是一种新型后续走私。传统走私行为多为绕关走私和通关走私,其实行行为分别为“绕关”和“通关”,即携带走私物品绕、越关口的行为。而离岛免税走私与传统走私最大的区别在于不存在绕、越关口的行为,作为离岛免税走私对象的免税品已经完成了进口,也就是说这些商品已入关口,离岛免税走私的整个行为过程都不存在绕、越关口,是清关后的行为。根据《中华人民共和国刑法》第154条第2项,后续走私是未经海关许可并且未补缴应缴税额,擅自将特定减税、免税进口的货物、物品,在境内销售牟利的行为,离岛免税商品是一种特定的进口免税商品,因此擅自在境内销售牟利构成后续走私。从现公布的5起离岛免税走私刑事案件的判决看,法院对走私行为认定的依据是《中华人民共和国刑法》第154条的后续走私条款而非第153条的通关、绕关走私条款,可见司法实践也将离岛免税走私判定为后续走私。

不同于通关、绕关走私罪的实行行为是带货+过关的复合行为,后续走私的实行行为是单一行为,即销售免税品的行为。而这种销售行为大部分发生在离岛后,而此时免税品已经被核销,故走私实行行为已经脱离了离岛免税电子监管系统的常规监管。虽然,在货物核销后仍然存在对离岛免税货物的非常规监管,但非常规监管的不确定性和偶然性,必然无法对离岛免税货物进行有效监管。

离岛免税走私虽然属于后续走私,但海关对于其他典型后续走私的监管模式不能与其通用。在典型后续走私的认定中,货物是否核销是区分出售行为是否合法的重要标志,如果出售行为发生在特定保税、免税货物物品核销之前,则为走私,如果发生在核销之后,则为合法销售。目前,海关对典型后续走私已形成了一套完整的对物常规监管办法,这套监管体系只需监管核销之前的货物,即可使典型后续走私行为始终处于海关的监管之下。相关规定如《中华人民共和国海关加工贸易货物监管办法》《中华人民共和国海关对保税仓库及所存货物的管理规定》《中华人民共和国海关关于加工贸易边角料、剩余料件、残次品、副产品和受灾保税货物的管理办法》《中华人民共和国海关关于异地加工贸易的管理办法》等。而离岛免税走私因其大部分出售行为发生在核销之后,无法采取和借鉴典型后续走私的对销售行为的监管方式,如果只监管核销之前的货物,将使离岛免税走私的实行行为几乎脱离海关监管。

2. 对人监管的逻辑及缺陷

(1)由人及人的监管逻辑。现行离岛免税走私对人监管模式的设计是基于AI人脸识别技术和大数据的运用,现阶段通过人脸识别“防回流”系统与海关信息化监管系统联网,实现对免税品提货、离岛全程人

^① 张大春:《走私罪研究》,北京:中国海关出版社2013年第2版,第72页。

脸采集;下一步将引入“大数据分析”,海关汇集顾客人脸信息、其他个人信息、离岛免税历史销售数据、消费者信息等以形成一个庞大的数据库,通过开发高风险购物旅客数据检测程序,从而形成高风险“套代购”人员数据库。监管部门旨在通过这种监管模式,破解“人海”战术,从数以万计的离岛免税游客中识别出代购人员,再由代购人员顺藤摸瓜,打击其背后的走私团伙,并对代购者及其背后的组织、领导者形成威慑。

(2)高干预、低效能、高风险的对人监管。对人监管模式在现阶段离岛免税案件中发挥着重要的作用,成为破获离岛免税走私案件线索的重要来源,同时也被确定为下一步加强离岛免税监管的重点。然而,在离岛免税对人监管措施制定和执行的同时,必须首先考量其是否符合《海南自贸港法》对海关监管“低干预、高效能”的基本要求。

首先,高干预。离岛免税走私对人监管目前正在推广的人脸识别“防回流”技术主要运用于购物和提货环节,是一种直接针对消费者、直接介入购物过程的方式。现行离岛免税购物采取的购物与提货分离的方式,较一般购提一体、无信息采集的购物方式而言,增加了消费者消费的时间成本,与此同时,消费者还必须向商家和监管部门让渡部分个人身份和活动信息。为了购买免税商品,消费者已经付出了比一般购物更多的时间和隐私成本,这也是免税店和提货点经常出现排队结账和提货的原因。而消费者之所以愿意增加这部分成本,是经过对购买离岛免税品付出的成本与节约的经济成本进行价值考量后的选择。监管部门下一阶段将人脸识别全面运用于购物和提货环节,在严密监管的同时,将对离岛免税购物产生一系列影响。一是干预度升级,人脸识别是直接针对购物者本身的面部图像采集,购物者对这种监管的介入具有高感知性和高敏感度;二是购物体验降低,人脸识别植入购物和提货环节后,购物者要付出比当前更多的时间成本和隐私成本,物理上,降低了购物的流畅度,心理上,对于追求自由、舒适的大部分游客而言,购物的愉悦体验将大为减损;三是可能导致消费者流失,在离岛免税购物节约的经济成本不变的情况下,购物者付出的时间、隐私成本增加,可能使部分注重效率和个人隐私的消费者放弃离岛免税购物。总之,这种对人监管方式与自由贸易港物流、人流高度自由的本质相悖。

其次,效率低。一方面,对人监管锁定的重点监管人群绝大部分是帮助犯,甚至够不上帮助犯。目前离岛免税对人监管设在购物和提货环节,因为离岛免税走私是后续走私,其实行行为是出售牟利行为,购货、提货在走私链条上仅为预备行为,而非实行行为。即便可以通过人脸识别“防回流”系统和大数据在这两个环节锁定重点监控人群,从而准确识别出代购者,但认定走私成立的证据链仍不完整,还需要进一步确定实行行为及其行为人。海关投入大量监管成本,锁定的对象和查获的物品并不能直接作为定案证据,案件是否得以破获,还必须视代购者的证言内容而定。另一方面,从代购者到实行犯“顺藤摸瓜”的监管逻辑被瓦解。客观上,离岛免税多采取“货、主分离”、线上线下的操作方式,走私的实行犯通常并不会出现在购物和提货现场,人脸识别系统几乎无法捕捉到离岛免税走私的实行犯或其他主犯;而人脸识别系统捕捉到的代购者在走私团伙中充其量是帮助犯的角色,因走私链条的加长和分工细化,其与实行犯和其他主犯的关系弱化,这些监管系统识别出的帮助犯通常并不能提供确切有效的关于实行犯和其他主犯的信息。主观上,被人脸识别出的代购者中很大一部分是专业“水客”和常习带货者,他们具有丰富的反侦查经验,深知自己的行为不足以被追究刑事责任,故意对监管机关的追查采取不配合态度者居多,因为无法启动刑事侦查,监管机关也只能对其处以三年内不能购买免税产品的资格罚。此外,因为人脸识别“防回流”主要是通过人脸被采集的频率以及特定时间内购物提货与回岛的人脸信息的重合频度来识别高风险人群,而现实中相当一部分带货者是一次性的游客,还有些是一次购物用掉大部分额度的大额代购者,这些人群均不会被高频采集人像,即便是岛内的常习带货者,也可以通过延长离岛后返岛时间,轻易规避“防回流”设计。人脸识别“防回流”系统对这部分人群完全失效。由此可知,目前离岛免税对人监管的模式难免陷入舍本逐末的困境。

最后,风险大。人脸识别技术(facial recognition technology)指针对特定场景的静态图像或动态视频,从现存的已储备好的人脸图像数据库中,验证和识别场景中单个或多个个人是否匹配上述已知身份^①。目前人

^① Zhao W.,Chellappa R.,Phillips P J.,et al.“Face recognition: A literature survey”,ACM Computing Surveys,2003,pp.399-458.

脸识别的应用模式有“1对1”和“1对N”两种模式,“1对1”的人脸验证模式是将被识别对象的人脸信息和服务器中库存的人脸数据进行对比,通过程序函数运算来判定采集到的两张人脸是否系同一人,简言之,是一个判定“X是X”的过程;“1对N”的人脸识别模式则是将摄像设备采集到的人脸识别数据与库中的数据对比^①,是一个判定“X是谁”的过程。目前运用于购物和提货环节的人脸识别技术尚处于“1对1”模式,而海关正在致力于构架“1对N”模式的人脸识别监管系统。人脸识别技术应用的法律风险主要集中于“1对N”模式,因为“1对1”模式仅为特定自然人面部特征数据的简单比对,属于单纯的身份核验;而“1对N”模式是对特定自然人面部特征和特定自然人身份信息的深度学习过程,是一个集合大量人脸数据和个人信息的复杂运算,以此实现对特定自然人的“排他性”精准定位^②。这种“1对N”模式的人脸识别技术,在国际上普遍被视为一种高风险技术应用,受到立法的严格限制。国内也是如此,目前在许多涉及公共资金和人身安全领域所运用的人脸识别也仅限于“1对1”模式,如入住宾馆、乘坐飞机、高铁等公共交通工具,以及办理银行业务,理论和实践中达成共识的可以采用“1对N”模式人脸识别技术的仅限于极其特殊的范围,如逃犯追踪。

人脸识别技术运用于离岛免税走私监管,潜在和现实风险并存。一是信息泄露风险。目前离岛免税走私监管正在打造的汇集所有离岛免税购物者人脸生物信息及其他个人信息的大数据“资源地”采取的是典型的“1对N”模式,这种模式建立在对面脸生物特征数据库依赖的基础之上,而数据库包含大量《网络安全法》和《信息安全技术个人信息安全规范》规定的个人信息和个人敏感信息,依据《数据安全法》第38条、第39条的规定信息采集者对这些信息负有安全义务^③。虽然监管部门采取了严密的保密措施,但无论国内还是国外,在现有管理和技术条件下,国家工作人员泄露公民个人信息和黑客攻击政府部门数据库的案件时有发生,更何况人脸识别系统的信息采集者是商家,信息使用者是监管部门,信息的收集与流转更增加了泄露风险,因此,离岛免税走私监管采用人脸识别技术面临着更严峻的信息内部泄露和被外界侵入的风险。二是诉讼风险。随着《中华人民共和国刑法》第253条之一,《中华人民共和国网络安全法》第76条以及《中华人民共和国民法典》第111条、第1034条、第1035条对公民个人信息相继立法^④,自然人的“信息控制权”“信息知情权”“安全维护请求权”“信息清除权”^⑤,受到了全方位的法律保护,因此,在购买离岛免税品的顾客认为自己以上权利被侵害时,可以通过诉讼维护其权利,此时,作为信息收集和使用者的商家和监管部门则可能因此陷入诉讼。近年来,国内外屡见不鲜的人脸识别侵权案件^⑥,充分说明这种诉讼风险已经从潜在转化为现实。此外,人脸识别系统在理论上还面临着主体平等风险和技术滥用风险^⑦,由此导致的诉讼也已经在国外出现。

① 朱工宇:《生物识别与隐私权保护之法律冲突及其协调》,《科技与法律》2009年第6期,第25-28页。

② 赵精武:《〈民法典〉视野下人脸识别信息的权益归属与保护路径》,《北京航空航天大学学报》(社会科学版),2020年第5期,第22-23页。

③ 《中华人民共和国数据安全法》第38条:国家机关为履行法定职责的需要收集、使用数据,应当在其履行法定职责的范围内依照法律、行政法规规定的条件和程序进行;对在履行职责中知悉的个人隐私、个人信息、商业秘密、保密商务信息等数据应当依法予以保密,不得泄露或者非法向他人提供。第39条:国家机关应当依照法律、行政法规的规定,建立健全数据安全管理制度,落实数据安全保护责任,保障政务数据安全。

④ 《中华人民共和国刑法》第253条之一:违反国家有关规定,向他人出售或者提供公民个人信息,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;情节特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。违反国家有关规定,将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息,出售或者提供给他人的,依照前款的规定从重处罚。窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的,依照第一款的规定处罚。单位犯前三款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照各该款的规定处罚。《中华人民共和国网络安全法》第76条第5项:个人信息,是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息,包括但不限于自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、电话号码等。

⑤ 《中华人民共和国民法典》第111条:自然人的个人信息受法律保护。任何组织或者个人需要获取他人个人信息的,应当依法取得并确保信息安全,不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息,不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。第1034条:自然人的个人信息受法律保护。任何组织或者个人需要获取他人个人信息的,应当依法取得并确保信息安全,不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息,不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。第1035条:处理个人信息的,应当遵循合法、正当、必要原则,不得过度处理,并符合下列条件:(一)征得该自然人或者其监护人同意,但是法律、行政法规另有规定的除外;(二)公开处理信息的规则;(三)明示处理信息的目的、方式和范围;(四)不违反法律、行政法规的规定和双方的约定。个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。

⑥ 刘士国:《信息控制权法理与我国个人信息保护立法》,《政法论丛》2021年第3期,第85页。

⑦ 英国“人脸识别第一案”埃德诉南威尔士警察局案(R (Bridges) v Chief Constable of the South Wales Police, [2019] EWHC 2341 (Admin))。参见刘弦:《世界人脸识别第一案评析》,见上海市法学会法学研究编:《上海市法学会案例法研究会文集》第23卷,上海:上海市法学会与中国知网2020年联合编辑出版,第101-106页。中国“人脸识别第一案”参见杭州市富阳区人民法院(2019)浙0111民初6971号民事判决书。

⑧ 主体平等风险:人脸识别系统的运用会对特殊主体(如受过刑事处罚、行政处罚的人)给予特殊“关照”,这些特殊主体会直接成为重点监管对象。技术滥用风险:是指国家会过度依赖人脸识别技术对社会公共空间的监视,将技术运用到监管的方方面面,将侵害到公众主体的权利。参见赵精武:《〈民法典〉视野下人脸识别信息的权益归属与保护路径》,《北京航空航天大学学报》(社会科学版),2020年第5期,第22-23页。

三、由物及人监管模式之倡导

不同于现行平行二元模式下对物监管与对人监管双管齐下的监管理念,由物及人的监管模式是一种分层次、分步骤、由面到点的立体精准监管。以对物监管全覆盖为基础,以异常物流为切入点,以回溯异常购物者为介质,由此缩小对人监管的范围,减少对购物行为的介入,提高监管的精准度和效率。

(一)由物及人监管模式顺应《海南自贸港法》的基本要求

1. 从高干预到低干预

“低干预”是《海南自贸港法》对海关监管提出的明确要求。监管的干预度体现在两个方面:一方面是监管行为对被监管者的客观介入程度,另一方面是被监管者对干预的主观感知度,超出必要性和适当性的监管为高干预监管。应用“1对N”模式人脸识别技术实现对人监管,将面部信息收集、比对程序植入现有购物环节,客观介入程度提升,更重要的是这种介入,在主观上大大提高了消费者对干预的主观感知度。就考量对人监管的干预度而言,购物本身是一种不涉及公共安全的私人行为,即便离岛免税购物不同于一般购物,需要顾客离岛作为购物的前提条件,那么顾客凭借身份证及离岛购票信息已经可以确认其离岛事实,如果要进一步确认顾客身份的真实性,“1对1”模式的人脸识别已经足以证明。在这种并不涉及公共安全的情境下,将追缉逃犯采用的“1对N”模式的人脸识别技术应用于每一名顾客,无论从消费者的主观感受还是客观的必要性来衡量,均干预过度。就对物监管的干预度而言,因为监管既不直接作用于消费者,也不直接介入消费流程,主观上消费者对监管无感知,客观上监管对消费过程不形成干扰。同时,对物监管的数据库主要基于免税品的相关信息,不涉及一般消费者的生物识别信息和个人信息,只有当货物流向出现异常时,才针对性地回溯特定高风险对象的个人身份信息,对物监管在大大降低对消费者个人和消费行为干预的同时,也降低了个人信息泄露带来的一系列风险,符合《海南自贸港法》第42条以“安全”作为数据流动管理制度首要原则的规定。

2. 从低效能到高效能

如前所述,“顺藤摸瓜”“从人到人”的监管逻辑在离岛免税走私的新情势下陷入了舍本逐末的困境,投入大量人力物力的同时,监管效果仍不尽如人意。现有条件下,提升监管效率必然要回到走私行为的本质,免税品销售牟利之所以具有违法性,并非因为行为人具有特殊性,而在于行为对象的特殊性。同样是先购后销的行为,对于一般商品而言,并不具有违法性,而对于免税品则具有违法性。因此,对物监管是离岛免税走私监管之本,符合离岛免税走私本质的监管思路才可能高效。其实,离岛免税走私监管在对物监管方面已有过成功经验,离岛免税监管之初,为了补救免税品销售购提一体导致的提货至离岛期间的监管盲区,海关及时调整对物监管政策,实行购提分离,将自动核销的时间从购物延后至提货离岛。该调整有效地规制了不离岛销售免税品牟利的行为,也充分证明了对物监管的高效性。

3. 从高风险到低风险

由物到人的监管模式需要采集的信息包括两部分,一部分是对物监管的数据,这部分数据是离岛免税商品的货物信息,不涉及《中华人民共和国网络安全法》和《信息安全技术个人信息安全规范》以及《中华人民共和国数据安全法》规定的个人信息和个人敏感信息,不会带来因数据的内部泄露或外部侵入造成的个人信息泄露风险。另一部分是对人监管的数据,这部分数据采集的方式和范围以必要性为原则,即只采集证明顾客真实离岛的个人信息,人脸识别采用“1对1”模式,在降低个人信息泄露以及由此引发的诉讼风险的同时,也避免由“1对N”模式人脸信息采集带来的主体平等风险和技术滥用风险。

(二)由物及人监管模式的实现路径

1. 以对物监管为基础,延长对物监管链

离岛免税走私监管应当针对其后续走私的本质,将监管对象的重点从人转向物,实现对物监管全覆盖,不仅覆盖全部免税品,而且覆盖走私全流程,这就需要延长现有监管链,补足现有对走私实行行为的监管漏洞,即对物监管延伸至离岛后的销售牟利行为。延长对物监管,并不需要对顾客正常持有和使用免税

品的行为予以限制,而是通过“一物一码”技术实现对物监管全覆盖,即通过对免税品技术编码,跟踪监控其从进口到离岛,再到离岛后的流转,识别符合异常流转特征的货物,由物回溯可疑人员,从而实现全程无感、无阻监管。

从技术上,区块链、物联网技术为“一物一码”对物全程监管提供了重要支撑。免税品现有包装上的“中国关税未付(China Duty Not Paid)”是一种免税品标识,但其不能满足“一物一码”的监管需要,而目前普遍适用的二维码和条形码,则难以避免提货后条码被拆除、更换而使货物脱离监管。当前射频识别(RFID)技术的应用为实现“一物一码”的全程监控提供了技术支持。射频识别是一种无线通信技术,可以通过无线电讯号识别特定目标并读写相关数据,而无需系统与特定目标之间建立机械或者光学接触。无线电的信号是通过调成无线电频率的电磁场,把数据从附着在物品上的标签上传送出去,以自动辨识与追踪该物品^①。与条形码不同的是,射频标签可以嵌入被追踪物体之内,也不需要处在识别器视线范围之内。目前,国际上已经将射频识别技术应用于许多行业,其在供应链和库存跟踪领域的应用与离岛免税走私“一物一码”监管具有极大的共性,可以借鉴应用。

从制度上,离岛免税走私对物监管虽然在国内没有其他现成的制度可以照搬,但各地海关对后续走私的监管,尤其是对保税区内保税货物的监管措施已有很多值得借鉴之处。从国内来看,上海海关实地设立了互联网监控中心,建立海关和企业的账册信息化管理系统,对货物的进、出、存、销等情况全程记录,还引入区块链手段,通过汇集进口各环节主体数据,追溯记录货物全流程信息^②。对于货物走私的防范,主要依靠物流环节上采用射频识别技术,在集装箱上安装电子标签,在运输检查站或中转站设置阅读器,了解货物的具体位置^③。天津海关多举措推广区块链应用试点项目促进贸易便利化,搭建全国首个“海运+空运”跨境贸易区块链平台,在国内率先将区块链应用于跨境贸易全流程,不仅区块链技术平台实现了落地运行,而且区块链平台上的监管创新得到了落实和验证,区块链验证试点项目在天津正式上线,并建设成“海关区块链应用创新实验室”^④。从国际上来看,韩国济州岛和日本冲绳的离岛免税政策与我国最相近。韩国济州岛海关设立总务处、监察局、调查局、合作局并配备专门的信息管理人员来整合离岛免税企业提供给海关的货物信息,依据《关于在济州自由国际城指定免税店营业的公告》,经营者需要以电子文件的形式报给海关货物管理信息系统,以强化监管部门对物的监管力度^⑤。日本冲绳海关在离岛免税反走私治理中,与其他部门进行合作,将其所收集的信息进行共享,组织特别调查队对物品进行不定期抽样调查,建立 AEO(授权经济运营商)系统,将入关系统分类,其中在离岛免税政策下海关创设了“特殊进口报关系统”“冲绳型指定免税店系统”。监管部门还注重对所收集的货物信息进行分析处理,建立相关走私预防机制,对物品监管和查处设备进行持续升级改造^⑥。综上可见,无论是国内相对成熟的自贸区,还是国外离岛免税政策与我国最为近似的韩国济州岛和日本冲绳,其对走私监管的重心均放在加强、完善对物监管的措施上。

2. 由物及人,有限采集、使用个人信息

在由物及人的监管模式下,对人监管是第二个层次的手段,从信息采集范围上,在由物及人监管模式下,对个人信息的采集应当限制在目前“1对1”的技术模式范围内,即在购物和提货环节核对个人身份和离岛信息,目的是确认购物和提货人具备离岛免税购物的资格,因为除此以外的其他个人信息对于离岛免税购物不具有必要性,故不应采集;从信息利用的范围上,放弃普遍信息比对,转为对特定人群信息的精准回溯,即在全面对物监管模式建立后,根据免税品的异常货物流向回溯该免税品的购物和提货人,以此作为走私犯罪侦查的线索;从锁定重点监管对象的手段上,“顺藤摸瓜”所依赖的“藤”不是人而是物,即利用射频识别技术,直接从异常货物流向发生的时间和地点,查找货物和货主,以快速确定走私的实行犯和主

① 王艳红,霍然,张晓:《射频识别技术在特种设备制造过程中的应用》,《智能制造》2016年第10期,第59-61页

② 吴宇:《进博会“催生”上海首个保税展示展销场所》,《平潭时报》2019年10月17日第4版。

③ Q. Liu, “Automated Logistics Management and Distribution Based on Rfid Positioning Technology”, *Telecommunications and Radio Engineering*, Vol.79, No.1.2020, PP.17-27.

④ 陈瑜:《天津海关将区块链用于跨境贸易全流程》,《科技日报》2020年1月17日第4版。

⑤ 参见《关于在济州自由国际城指定免税店营业的公告》(2019年部分修订)第5条(《제주국제자유도시 지정면세점 운영에 관한 고시》)。

⑥ 日本海关冲绳地区关税网, <https://www.customs.go.jp/okinawa/index.htm>, 2021年6月6日访问。

犯。典型的离岛免税走私不同于正常离岛免税购物,因为走私者在离岛前对货物进行了“化整为零”,因此在离岛后通常需对货物“化零为整”,货主需要将分散在代购者手中的货物集中,再发往各买家,对于这种异常货物流向,监管部门可以直接锁定免税品的仓储地或集中地布控侦查,精准打击货主,而此时的货主通常系销售牟利或组织走私的主犯,由此查获的免税品、物流信息通常是可以用于定案的直接证据。采取这种个人信息的采集处理方式,不仅避免了个人“信息池”潜在的风险,而且提高了监管的精准度和效率。

四、结语

现代海关具有监管和为货物物品流通提供服务的双重功能,但不得不承认这两项功能之间存在一定的内在矛盾,在原有监管模式下,强化监管必然会导致货物流通的效率有所减损。《海南自贸港法》提出的“低干预,高效能”监管,旨在要求海关通过创新监管模式消解二者之间的矛盾关系。具体到离岛免税走私监管而言,从走私监管模式上化解游客消费便利与走私监管之间的价值冲突是根本出路。由物及人监管模式与现行二元平行监管模式最重要的不同在于扩大了对物监管的覆盖范围,并将其作为走私监管的第一层次,同时缩小了对人监管的信息采集和应用范围,并将其作为走私监管的第二层次。该模式利用对物监管介入的无感知性,最大程度地降低监管对消费活动的介入性,同时从离岛免税走私后续走私的本质出发,直接以走私实行行为为切入点加强监管反馈功能的精准性,从而提高监管效能。将物作为监管重点,将人作为服务重点,是实现海关监管与服务功能统一的必然选择。

[责任编辑:王 怡]

Review and Improvement of the Supervision Model for Smuggling Through Offshore Duty-Free Channels: On the Supervision Principle of Article 15 of *Hainan Free Trade Port Law of the People's Republic of China*

LIU Rong

(College of Law, Hainan University, Haikou, Hainan 570228)

Abstract: With the adjustment of Hainan's offshore duty-free shopping policy as well as the issuance of *Hainan Free Trade Port Law of the People's Republic of China*, the unprecedented challenges exist for the supervision of smuggling through Hainan's offshore duty-free channels. Under this situation, the shortcomings gradually emerge from the current dual-factor parallel supervision model, which fail to meet the “low-intervention and high-efficiency” requirements in *Hainan Free Trade Port Law of the People's Republic of China*. Fundamentally, the essence of smuggling through offshore duty-free channels is a new form of follow-up smuggling. However, the current supervision measures adopted by the customs are still confined by the traditional ideas of supervision for smuggling through the customs and smuggling through bypassing the customs, lacking the in-depth research and timely response to the new features of offshore duty free. It is suggested that the supervision for smuggling through offshore duty-free channels should be based on the full supervision over the goods. Then the supervision can be extended to target the abnormal customers by detecting the abnormality in logistics, gradually forming the “low-intervention and high-efficiency” supervision model that transfers from the goods to the people.

Key words: offshore duty-free; follow-up smuggling; supervision over goods; supervision over individuals