

日本规制跨境网络赌博犯罪的程序适用经验 引介

孙鹏庆¹, 冯诗尧²

¹北京师范大学刑事法律科学研究院, 北京

²北京师范大学法学院, 北京

收稿日期: 2023年4月6日; 录用日期: 2023年5月24日; 发布日期: 2023年5月31日

摘要

随着网络信息时代的来临, 跨境网络赌博犯罪的追诉问题也日益凸显。通过引入比较法研究的视角, 日本规制跨境网络赌博犯罪的程序适用为我国提供了有益经验。具体而言, 日本跨境网络赌博犯罪面临着司法证明困境、证据收集与审查判断困境、国际司法协助困境。日本通过与域外机关的紧密协助、引入社会主体的参与回应司法证明困境, 采取网络卧底侦查、专门的数据法庭科学技术、群组共用服务器的特殊搜查方法解决证据收集与审查判断困境, 认可代为取证的方式, 并在个案中创制外国制度的追认有效制度以及与欧盟建立司法互助路径从而纾解了国际和区际司法协助困境。

关键词

跨境网络赌博犯罪, 程序适用, 犯罪治理, 比较法研究

Introduction to Japan's Experience in Regulating the Application of Procedures for Cross-Border Internet Gambling Crimes

Pengqing Sun¹, Shiyao Feng²

¹College for Criminal Law Science, Beijing Normal University, Beijing

²Law School, Beijing Normal University, Beijing

Received: Apr. 6th, 2023; accepted: May 24th, 2023; published: May 31st, 2023

Abstract

With the advent of the Internet information era, the problem of recourse for cross-border online

文章引用: 孙鹏庆, 冯诗尧. 日本规制跨境网络赌博犯罪的程序适用经验引介[J]. 社会科学前沿, 2023, 12(5): 2725-2732. DOI: 10.12677/ass.2023.125371

gambling crimes has become increasingly prominent. By introducing the perspective of comparative law research, the application of procedures for regulating cross-border online gambling crimes in Japan provides useful experience for China. Specifically, Japanese cross-border online gambling crimes are faced with judicial proof dilemma, evidence collection and review judgment dilemma, and international judicial assistance dilemma. Japan has responded to the judicial proof dilemma by closely assisting with extra-territorial authorities, introducing the participation of social subjects, adopting undercover network investigation, special data court science and technology, special search methods of group shared servers to solve the dilemma of evidence collection and examination and judgment, recognizing the way of taking evidence on behalf of the court, and creating the effective system of retroactive recognition of foreign systems in individual cases as well as establishing the path of mutual legal assistance with the EU so as to alleviate the international and inter-regional judicial assistance dilemma.

Keywords

Cross-Border Online Gambling Crime, Procedural Application, Crime Governance, Comparative Law Studies

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

近年来, 跨境赌博违法犯罪活动日益猖獗。跨境赌博致使大量资金外流, 严重侵害国家金融安全和社会秩序。同时, 互联网领域黑灰产业助推传统赌博和跨境赌博犯罪向互联网迁移, 跨境网络赌博违法犯罪活动呈高发态势, 严重威胁人民群众人身财产安全和社会公共安全。为规制跨境网络赌博犯罪, 《刑法修正案(十一)》更是增设了组织参与国(境)外赌博罪, 从而使其成为学界研究的新兴热点。然而, 通过系统性阅读发现, 现存跨境网络赌博犯罪的研究局限于实体法问题的研究, 并且缺乏对域外经验、成果的引介。但是, 跨境网络赌博犯罪具有鲜明的国际性特征, 呼唤着比较法的研究成果。因此, 本文便以日本程序适用的经验为理论研究样本进行分析。日本法平成 28 年(2016 年), 日本通过《关于推进特定复合观光设施区域维护的法律》「特定複合観光施設区域の整備の推進に関する法律」, 这是一部以振兴旅游业与地方经济, 并改善财政状况为目的的法律。经由该法日本境内解禁了相当一部分的赌博行为, 使其在官方监管之下运作, 也就不再具有违法性。目前, 日本对线下赌博行为历来采取三分法来认定。¹但通过网络实施的赌博行为仍然属于禁止之列, 通过考察发现, 作为区域法系相近的日本法, 其对跨境网络赌博犯罪的立法、司法、执法实践以及理论研究提供了有益的经验与启示。因此, 本文综合分析了能够搜寻到的日本相关研究成果, 聚焦于跨境网络赌博犯罪的司法证明困境、证据收集与审查判断困境、国际和区际司法协助困境, 并就日本如何进行解决进行体系性的介绍, 以期为中国跨境网络赌博犯罪的追诉困境提供比较法经验。

¹第一种是小钢珠及其钢珠机的赌博, 由于不符合《关于风俗业等规制与业务正当化的法律》的赌博类犯罪的构成要件所以不具有违法性; 第二种是赌马、彩票这种特别承认其合法的赌博类型。第三种是巴卡拉纸牌、赌棒球等前述两种类型以外的其他类型, 这属于法律规制的范围。野村和孝、浅见祐香、嶋田洋德: 《违法性を伴うギャンブルの問題への心理学的アプローチに関する今後の展望》, 《Journal of Health Psychology Research》2018(30), 第 211 页。

2. 跨境网络赌博犯罪的日本追诉困境

2.1. 司法证明困境

日本跨境网络赌博犯罪的司法证明困境情形与国内所存在的情形具有一定的同质性。这种证明困境的产来自于信息网络通信技术本身的特点, 具体来说, 其技术特点决定了在传统物理空间上不会留痕, 而作为通信痕迹的运行记录又不会在入侵的服务器、网络服务供应商、中间服务器中所保存, 这就造成了对犯罪嫌疑人的事后追踪的巨大困难[1]。也有学者指出, 通过网络实施的赌博犯罪的追诉难题就是对犯罪嫌疑人的追踪与确定。其中主要在于 IP 地址的追踪与确定[2]。实践中还有利用 Tor 洋葱头工具等高度匿名化的技术后, 就会无法确定传输者。因此也就具备了无法确定嫌疑人的属性「アトリビューション」(attribution)。²同时, 司法实践中还出现难以确定作案设备或者设备持有人是否为违法行为实施者, 而发生了逮捕错误(誤認逮捕)的事件。在我国同样无法完全避免对犯罪嫌疑人认定错误的情形, 加之我国的犯罪嫌疑人在侦查阶段的权利保障制度还不够完善, 律师参与不足、羁押率较高等迫使我们必须正视证明困境带来的疑难问题。

2.2. 证据收集、审查判断困境

本在日本司法实务中, 存在两种跨境网络赌博犯罪的取证手段: 一是通过获得对方的承诺, 直接依照本国国内法的程序对处于该国的对象进行取证。但无法保证相互主义(对方寻求我国协助时要求的事项在未来我国寻求对方协助时对方必须提供保证)的实现因而难以实行。二是委托对象国的侦查机关代替本国进行取证(又称为国际搜查、司法协助)[3]。但这里存在一个问题, 即依照对方的法律制度所进行的取证工作得到的证据, 其证据能力的认定问题。实践中, 因为日本存在缺少相应制度, 但受委托国家存在该制度进而获取证据的情况, 此时证据能力的认定不能仅仅因为与外国的制度差异, 就顷刻间否认证据的能力。判断要点的确定以及是否违宪、违法的判断至关重要。证据能力的判断框架, 主要是证据法则、否定证据能力的各原则、原理, 国际协助过程中可能产生的程序龃龉, 伴随权利侵害的权利内容[4]。此外, 在实践中也出现了因被追诉人无返回日本接受审判的意愿, 只能在美国本土接受审判, 这种情况下存在一个问题: 在外国接受审判的人, 本国委托该外国主管机关取证的, 该证据的合法性如何判断。进而可以探讨利用日本并没有的刑事免责制度, 检察官根据日本《刑事诉讼法》第 248 条作出的不起诉决定是否违法? 这些都是需要回应的问题。而对这些问题的梳理与释明也有助于探索境外取证制度的中国智慧。

2.3. 国际司法协助困境

实际上, 由于在境外建立的网络赌场可以网络信息技术特点漏洞逃避国内管辖权, 因此如果不依靠该国及地区的侦查机关的协助, 追诉是十分困难的。通常国内的侦查机关无法直接行使侦查权[1]。同时还存在实体法层面的管辖困境: 即是否符合双重犯罪原则。网络犯罪若要轻易实现跨境取证等国际协助, 其前提条件就是确保符合双罚性原则[5]。否则, 相关行为人就能够通过双重犯罪原则的处罚漏洞逃脱刑事制裁。因此, 日本在国际、区际司法协助的需求是现实存在的, 同时其也存在现实的困境。

日本既有的司法协助制度, 不以“国内犯罪行为的证据通常只能在境外收集”这种事态为前提, 因

²洋葱路由器 Tor(The Onion Router)作为一种众所周知、广为接受的 Internet 匿名方案, 已经有很长的历史, 它发源于美国海军研究实验项目。Tor 是一个世界范围的计算机网络, 在请求开始点以加密方式转发请求, 直到到达网络中最后一台称为出口节点(exit node)的计算机。出口节点会对请求进行解密并传输到目标服务器。出口节点是专门用于流量离开 Tor 网络的最后一跳, 也是用于返回流量的第一跳。Tor 网络中其他系统不能确定具体位置, 因为实质上只是转发流量, 并不知道流量的实际来源。请求的响应将返回系统, 但对于 Tor 网络而言, 流量源仅充当了路径中的一跳。简单来说就是匿名化。

此也就给网络犯罪侦查带来了极大的困难, 数据收集的实效性会受到影响。犯罪场域的改变导致了以往的处置措施趋于无效, 因而 2001 年 11 月, 欧盟 26 个成员国及美国、加拿大、南非、日本共同签署网络犯罪公约, 这相当于跨出了规制网络犯罪国际协助制度构建的极其重要的第一步。³ 该公约有三个目标: 1) 规定一定的犯罪行为的共同定义, 追求国内法统一化; 2) 规定适用于网络空间环境下侦查、追诉犯罪的手段, 使得各国刑事程序法的靠近成为可能; 3) 无论是既有的犯罪还是新型犯罪, 规定为解决网络犯罪的国际协助的方法及措施。但这些并不是最有效的制度, 最有效的仍然是跨境计算机搜查(越境コンピューター搜索), 只是这一部分内容未获得起草国的一致同意。⁴ 原因在于跨境计算机搜查在法地位方面存在不确定性。具体而言, 按照国际惯例及公约精神, 一般禁止未经外国同意而直接在其境内侦查取证。即要遵守“域外侦查活动禁止”原则, 这是与一国主权密切相关的[6]。但问题在于, 该原则在网络犯罪侦查方面的有效性值得商榷。

这一问题的实质是: 不在物理空间上侵入外国领域, 而是通过计算机、云端等远程操作获取保存在境外的数据的执法行为是否被国际法禁止。禁止的原因为其实则侵犯的是一国的主权。尽管有学者赞成这种行为, 其主张关于这种由国家行使的权力是否能够成为被容忍的事物的判断, 其合法性不应当通过国家主权概念直接判断, 因为国家主权的概念本身也并非一成不变的[7]。此外, 国家也并未完全禁止任何来自外部事物的影响, 原本国家就是通过对领域内的权力对外国的人及财产产生间接规制的[6]。实际上在宇宙空间所进行的未经对象国的许可的远程探查活动及信息收集活动, 也有被认为是合法的。而否定远程取证合法性的论断主要是将其与警察机构所实施地对他国领域内的物理性侵入所类比而得出的, 但这并没有说服力。正如宇宙空间的活动与远程取证活动这两者都是利用世界各国开放的媒介而收集有关他国国内状况的信息。反对意见则认为, 这种行为意味着国家不仅规制对其领域内产生影响的域外行为, 还通过领域内采取的措施搜查了外国人或外国财产, 这种情形下必须先分析主权原则的功能。尽管基于效果理论, 主张搜查国通过立法管辖权的延长线能够实施跨境搜查, 但是对于被搜查国来说却是不折不扣的侵犯领域内利益的侵害行为[8]。

各国的官方及其学者都对跨境侦查的问题没有达成一致意见, 因而也就没有规定这一侦查形式, 没有得到缔约国及相关国家的承认。这说明至少从各国的态度上来说, 跨境侦查仍然是一个不可触及的领域, 短期内也无法达成共识, 需要权衡与舍弃的都是诸如主权、司法管辖权、国家安全、数据安全等重大利益, 与此相比, 侦查效益就相形见绌了。

3. 日本跨境网络赌博犯罪追诉困境的程序纾解

3.1. 司法证明困境的纾解

除日本拥有网络犯罪公约、刑事司法协助公约、国际刑警组织、网络犯罪 24 小时联络机制、与欧美等国侦查机关的个案信息交换等紧密协助关系, 能够使得感染恶性软件的沦为犯罪工具的计算机网络崩溃, 并根据外国主管机关的协助封锁处于境外的服务器。2015 年, 警视厅也开展了由民营企业协助的“网络银行病毒灭活化作战行动”「ネットバンキングウイルス無力化作戦」⁵ 由于数据匿名性等特性, 在网

³Convention Cybercrime (ETS no.185,Budapest,23.XI.2001), I.L

⁴Crime in Cyberspace: First Draft of International Conventional Released for Public Discussion (Draft number 19), at <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/>.

⁵根据平成 27 年警察白皮书第 133 页, 平成 27 年 4 月, 警视厅根据对用于违法汇款的网上银行 C & C (Command and Control server) 服务器的监测, 发现国内外大约有 82,000 台设备被感染病毒, 该种病毒是一种可以显示引诱性的输入一次性密码的画面, 并自动进行违法汇款的违法程序, 随后警方采取了防止损害结果扩大的措施。具体来说, 通过运营商提醒国内的感染设备的使用者注意该情况以及通过警察厅将信息提供给外国侦查机关。这种有效的防止损害结果扩大的措施在使得违法程序无害化方面也取得了成功。具体可参见日本经济新闻 Web. “警視庁, 不正送金ウイルス無力化民間とプログラム開発”。

http://www.nikkei.com/article/DGXLASDG09HA2_Q5A410C1MM0000/

络犯罪案件的司法证明方面, 存在同一认定的困难, 很难证明行为当时的操纵者就一定是数据注册的主体, 也就难以实现主体的特定。日本是通过所谓的社会主体的参与来在一定程度上解决这一问题的, 相当于侦查权的社会化, 这也符合我国现代侦查权运行过程中, 拥有强大信息资源的第三方主体参与侦查工作。比如通过提供数据库进行比对, 或者辅助公安机关进行数据保全、位置信息确认等工作。这是我国可以去借鉴的, 同时也可以与外国的侦查机关或者特定企业主体签订合作备忘录等文件, 互相帮助进行侦查活动, 在保证国家安全等情况下最大限度地向跨境侦查方向靠拢。

3.2. 证据收集与审查判断困境的纾解

目前, 日本司法实践中主要用于跨境网络赌博犯罪证据收集以及审查判断的方法, 有以下三种。

第一, 侦查官员伪装身份在网络上与犯罪人进行接触, 即所谓的“网络卧底侦查”「サイバー潜入捜査」。这不禁让人想到类似毒品、药物、枪支等违禁物品交易的侦查中, 所采用的诱惑侦查手段, 只是将其转移到了网络平台中, 变成了“网络诱惑侦查”。美国联邦调查局已经在某些案件中有所实施。⁶我国对于这类犯罪也可以考虑采取内部击破的方法, 通过安插特情人员进入组织中输送情报、收集证据, 也可以借助网络性质远程表达出参与赌博的意愿, 并根据对方反应采取相应的措施。

第二, 网络犯罪的新形态催生了专门的数据法庭科学技术(digital forensic, DF): 这是一种法律所允许的适用于搜查、扣押的技术, 以确保证据的客观性为目的。其要求电子记录以某种形态收集的情况下, 允许将硬盘的内容复制到其他记录媒介中, 以尽可能符合最佳证据规则(best evidence), 其真实性由 DF 来保障, 并通过法定的宣誓书来担保。在这种情况下, 相当于运用了某种侦查技术手段, 需要警察以外的专业人员参与, 在侦查过程中采用技术手段支持是必不可少的, 同时也可以结合案件性质等减少侦查成本。我国公安机关也在积极探索网络犯罪侦查技术的发展, 同时也培养了一批网络警察以应对新形态的犯罪。

第三, 关于群组共用服务器「グループウェアサーバ」的搜查问题, 有学者指出应当由法院进行事前审查以保证所获取的数据不涉及犯罪嫌疑人以外的主体。这是对个人隐私的保障, 侦查手段不能随意扩张至与案件无关的人, 否则违反正当法律程序的精神[9]。这里的有效限制的确是值得深入思考的, 数据安全关系到某些个人所不愿意被外界所感知的领域, 但由于成本、便利程度等因素的限制, 不可能每个人都拥有自己的服务器, 也不可能每一个服务器内的用户都与案件相关, 因此限制搜查范围并建立事后的被遗忘权等新型数据权利是十分重要的。

3.3. 国际、区际司法协助困境的纾解

3.3.1. 消解国际司法协助困境的日本路径

在日本, 因为跨境网络赌博犯罪的管辖权冲突严重, 其确定的基本态度为: 若因并不符合双重犯罪原则进而无法实现追诉, 那么本国的侦查机关应当尊重该外国的主权与刑事法律的有效性, 而不应当将过度将触手甚至另一国领域内, 否则将有干涉他国内政之嫌疑。因此, 日本积极探索出了国际、区际的司法协助机制, 用以一定程度上回应这一问题。

理论上有两种方法可以消解网络犯罪侦查存在的难题, 其一是构建多国之间的侦查体制, 赋予对相关数据迅速扣押及访问的快速许可, 这是对司法协助制度本身的完善; 其二是由一方行使跨境计算机搜查或者承认基于国际公约的跨境搜查权, 这是通过条约直接赋予一国在他国的侦查权, 并不需要外国同意[6]。根据域外管辖传统原则, 应当基于跨境计算机搜查于域外搜查时会给相对的国家造成何种损害来

⁶ 尽管在日本, 也有在现实空间进行药物侦查活动中使用诱惑侦查手段的案例, 最高裁判所也认定为合法。具体可参见最决 2004 年 7 月 12 日, 裁判所。 http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/063/050063_hanrei.pdf

判断是否妥当。一方面, 相对国拥有对因搜查国实施域外搜查活动所带来损害的规制利益。另一方面, 相对国还对引发这种搜查活动的损害行为进行实质性规制的利益(即对境内犯罪行为本身的属地管辖利益)。因此, 只有在这两种利益都能够实现的前提下讨论直接侦查权才有意义。然而又难以兼顾这些利益的同时实现, 因此跨境直接刑事侦查权并非能够短期内实现的目标。由此, 日本司法实践探索出了一些替代措施, 主要有代为取证与外国制度的追认有效。

一方面, 日本采取国外代为取证的方式。日本的司法实践中, 出现了许多国外代为取证的案件, 主要是对供述的代取。同时还有突破国内法的规定而创造出“新法”适用于个案的情况。首先, 通过几个相关的个案案例可以窥见各国对供述代取的态度。首先是角川可卡因走私案件, 这一案件中告知了被告人沉默权、在面对美国侦查官员以及日本检察官时告知其作任意供述, 并且整个过程在公证人面前进行, 认定为特信情况因而能够肯定证据能力。⁷所谓特信情况并无法定意义, 可以理解为类似于公文书证规制中的官员在职权范围内基于职务行为所产生的书证以及任何从业人员在业务范围内的业务行为所产生的书证具有证据能力一般, 在某些特定条件下承认证据能力的一种制度。其次在韩国事件中, 告知有权拒绝陈述后所得到的自愿性供述, 符合特信情况的能够肯定证据能力。而在福冈灭门案中, 在中国被羁押的共犯被告知享有沉默权, 并且供述并没有受到精神、肉体的强制, 因而肯定证据能力。所有这些案件都是基于处在境外的被告人以外的人的供述, 考虑到该国的取证制度或者取证的具体情况, 判断特信情况的要件, 最后得到肯定证据能力的结论。从这一点上, 也可以看出日本司法对境外获取供述的宽容态度, 只要履行了依照国内法的规定告知其享有的沉默权并且不是在其肉体、精神受到强制的情况下作出的供述, 就基本可以肯定供述的可采性。这对我国的刑事司法协助具有一定的参考意义, 我国也可以采取这种较为宽容的态度, 更何况我国并未规定沉默权, 这些有助于在我国引渡条约签订数量较少因而引渡措施难以运行的情况下, 制裁的组织境外赌博的犯罪人。

另一方面, 日本在个案中积极探索, 实现了突破国内法的规定而创造出“新法”。在ロッキード事件中, 刑事免责制度得到了新的规定。基于日本的司法协助请求, 对居住在美国的贿赂共犯进行委托证人询问, 并且日本检察官宣誓做出约定, 对未来就此产生的罪名, 在日本国内不予起诉, 所获得的供述等也不会在今后的审判中作为对其不利的证据而使用, 这在事实上形成了刑事免责效果。具体而言, 刑事免责制度就是基于拒绝自证其罪特权所行使拒绝作证权时, 发生了无法获得证明犯罪事实成立的必要的供述的事态, 而对共同犯罪人等关系中的一部分人适用的, 能够使其拒绝自证其罪特权无效并强制作供, 而将所获得的该供述用作证明其他人有罪的证据的制度。但根据日本宪法, 日本并无明文规定可以因某人的证言有利于指证主谋或者实现行政目的对事故进行调查而对某人不予起诉, 但美国有这一规定⁸。因此产生了争议。由于日本没有明文规定, 所以国外有明文规定的国家依照其规定收集的证据在日本就无法使用, 这其实是一种形式论。仅仅依照这种形式论, 可以说对以法制的不同为前提所进行的司法协助的实效性造成了较大损害, 因此是不合理的判断。最高裁也并没有采取这种立场, 并未大幅度否决其有效性。尽管是在日本国内, 未有明文规定的侦查手段就不具有合法性这样的判断也不是能够直接推导出来的。⁹此外, 因国外法律规定存在区别, 在通过国际司法协助获取证据时, 只要相对国的程序不违反我国宪法或者刑事诉讼法的基本理念因而属于难以容忍的违法事物就应当予以认可。只是在这一过程中我国检察官对有关外国的法律采取了必要且有效的措施, 将其行为限制于国内法容许的范围内就不应当视为违法。但也有人主张刑事免责制度应当由立法机关进行规定, 如果仅仅根据检察官的申请由法院才批准, 总是难免会被怀疑违法。公共权力限于国内法所容许的范围内即属合法[4]。根据规范说, 政府

⁷松田岳士「判批」ジュリスト臨時増刊一二六九号(平成一五年度重要判例解説)二〇〇頁。

⁸See 18 U.S.C. 6001 6005

⁹参照最決昭和 44 年 4 月 25 日刑集 23 卷 4 号 248 頁、強制採尿について最決昭和 55 年 10 月 23 日刑集 34 卷 5 号 300 頁。

使用违反宪法所得到的结果本身就是违宪的。但是平成七年的判决并不能解释成已经违反了宪法而被宪法否定。根据司法健全性维持说, 如果法院允许侦查机关使用违法手段所获取的证据出现在法庭上, 则会具备支持违法活动的外观, 从而丧失国民的信赖。但本来排除相关证据致使真正的犯人逃脱法律制裁也会招致国民的不信任^[10]。判断公正的刑事免责制度要考虑的因素: 交易的性质、可能招致的对共犯之间处罚的不平等性、无责任的虚假供述所具有的危险^[11]。在我国未来的司法实践中, 也可以在涉外刑事程序方面考虑采取这种制度设计, 其符合国家上的通行做法, 同时也能够保障国家追诉利益的实现, 还没有丧失人权保障的目的。

3.3.2. 日本与欧盟建立司法协助路径

1998年11月27日, 在欧盟的参与下, 会议上制定出《跨境计算机搜索与证据扣押条文草案》(Draft Articles on Trans-border Computer Search and Seizure For a Convention), 该法的第2条规定了跨境搜查必须事后通知被搜查国。由此产生了搜查所得信息的合法使用、通报程序等。第5条规定了应当使用被搜查国内法律所允许的方式进行跨境计算机搜查。¹⁰其第9条第1款同时规定, 若缔约国认为有充足的理由相信对保存在其他缔约国管辖下的计算机系统中的数据进行即时搜查或者扣押, 对于防止人员死亡或者造成重大危害却有必要, 但实施基于第8条(数据保存的法律协助)及(数据搜查或者迅速扣押的法律协助)的措施所花费的时间对于防止前述的人员死亡或者造成重大危害难以实现的情形下, 可以依照第11条(事后通报)的规定, 由该缔约国依照其国内法对涉案数据进行搜查或者扣押。¹¹此后在专家委员会的讨论中, 根据1999年3月的公约起草组织的会议记录中得知, G8的高科技犯罪研讨组中并没有就公约草案的敲定得出一致结果。Piragoff委员所最终提交的草案修正案中也反映了这一点。为尽可能达成一致, 基本形成如下三种形式: 第一, 如果数据是在公开的网站上能通过一般方式得到的, 执法机关通过搜查也能获取。第二, 如果数据在通过跨境访问不经意间从私人数据源获取, 受到影响的国家应当予以通报, 这在参与了条约草案制定的八个国家(G8)中取得了一般的合意。但是部分国家认为关系到国家安全与公共利益的场合, 也没有通报的必要。第三, 如果搜查是有意对域外的数据源进行访问的, 只有两种情况下这种跨境搜索才能够被容忍。其一, 生命或危害存在紧迫性; 其二, 作为证据的数据有灭失或被破坏的危险的。

1999年G8的高科技犯罪活动部会确定一项原则, 该原则包含预测司法共助的公开请求并对数据进行保全的“迅速保全现状(fast freeze)”以及对公开司法共助请求进行迅速处理的劝告。其国内法及程序科以国家确保保存在计算机系统内的数据迅速保全的义务。此外, 赞成一定形态的合意访问以及确认无须被搜查国许可即能够对可公开利用的数据进行访问。退一步讲, 虽然通过达成合意, 基于国际条约进行跨境搜查是最好的解决办法, 但是仍然直面一个问题, 即与数据保护相关的各国法律的差异, 对于构建国际机制来说并非能够简单跨越的障碍。同时, 条约也需要各国广泛参与签订。条约科以缔约国实时协助确保保存的数据内容以及路径数据与内容的义务。但仍未确立跨境直接侦查的制度^[6]。

3.4. 日本跨境网络赌博犯罪的救济程序

除上述程序适用问题外, 日本还对跨境网络赌博犯罪的程序救济问题进行了规定, 现对其进行介绍。首先, 是对于涉案数据保全的期间, 日本法规定90天的立法期限应当是最长期限, 不得再延长, 而不能认为30、60、90天都是可延长的期限。如此规定只是考虑到外国提出的司法协助通常需要较长时间予以

¹⁰PC-CO/Docs 1998, PC-CY (98) 17 rev2, Draft Articles on Transborder Computer Search and Seizure For a Convention on Computer-related Crime, By Donald Piragoff, Canada, Strasbourg, 27 November 1998.

¹¹PC-CO/Docs 1999, PC-CY/10e. 99 PC-CY (99)10, 5 원을 meeting of the Drafting Group (Strasbourg, 25-29 January 1999)Trans-Border Computer Searches amended proposals by D. K. Piragoff, Department of Justice, Canada.

回应,因而设置了可延长的条款[9]。其次,非法证据排除规则是对该类犯罪的犯罪人进行程序救济的有效手段,而在适用过程中,小川佳树认为非法证据排除规则应当考虑:在证据收集违法的情况下,证据采用本身是否会违反正当程序的原则、是否损害了司法的无暇性以及抑制未来可能发生的违法取证方面是否妥当[12]。此外还有不公正程序证据排除规则,内容为“某种证据收集的程序与犯罪相关者产生直接利害关系,影响刑事程序上重要事项的制度”。但理论与实践都存在诸多疑问[4]。最后,宪法与电子通信从业法均明确规定保护通信秘密,如此一来国家对通信的检查、监视等就受到了严格限制。特别是对于通信内容本身的监控[2]。但是这种规定在犯罪控制模式下的我国是否还有存在的制度土壤,是存在疑问的。

4. 结语

跨境网络赌博犯罪具有高度的跨境性与国际性,这也意味着需要通过对他国的法律理论与实践资源进行考察,从而为我国跨境网络赌博犯罪的治理提供智识。我们无意从研究者上升为“立法论者”,一定程度上背离了学术研究的初衷。在此理念的指引下,本文以日本的立法、司法、执法以及理论为研究样本,就日本规制跨境网络赌博犯罪的程序适用困境进行分析,并介绍了日本针对以上困境的应对措施。虽然我们认为,日本法的研究具有相当的启迪意义,但是也需要警惕比较法研究的“拿来主义”,基于中日两国不同的制度背景,只有具体制度具有功能上的等同性,再进一步适用于我国,才是理性的、科学的比较法研究范式。应当指出的是,本文对于日本规制跨境网络赌博犯罪的程序适用经验引介是初步的,相关的问题仍待学界予以探索,我们也期待更多的成果予以显现,共同助力我国跨境网络犯罪的有效治理。

基金项目

最高人民法院 2022 年度司法研究重大课题“赌博犯罪法律适用问题研究”(项目编号: ZGFYZDKT202208-01);北京师范大学法学院 2022 年学术型研究生专项科研基金课题“跨境网络赌博犯罪的程序适用问题研究”(项目编号: 2022LAW015)。

参考文献

- [1] 岡部正勝. サイバー空間の脅威にどう立ち向かうか法執行機関の闘い[J]. 情報管理, 2017(10): 685.
- [2] 上原哲太郎, 奥村晴彦, 森本栄一. サイバー犯罪における追跡可能性と「不可能性」[J]. 日本行動計量学会大会抄録集, 2014(42): 106-107.
- [3] 杉山治樹. 「国外における捜査活動の限界」平野龍一ら編『新実例刑事訴訟法』[M]. 東京: 青林書院, 1998: 50-60.
- [4] 三明翔. 国際捜査・司法共助により獲得された証拠の証拠能力とロッキード事件最高裁判決の証拠排除の論理[J]. 法学新報, 2014(5/6): 159-175.
- [5] 石井徹哉, 渡辺友美. ネットワーク犯罪[J]. 刑法雑誌, 2014(53): 451.
- [6] 王志安. 越境コンピューター捜索の法的地位-サイバー犯罪条約が残した課題[J]. 駒澤法学, 2004(3): 117-129.
- [7] Goldsmith, J.L. (2001) The Internet and the Legitimacy of Remote Cross-Border Searches. *University of Chicago Legal Forum*, 2001, 103-118. <https://doi.org/10.2139/ssrn.285732>
- [8] Bellia, P.L. (2001) Chasing Bits across Borders. *University of Chicago Legal Forum*, 2001, 35-102.
- [9] 指宿信. サイバー犯罪をめぐる手続法的諸問題[J]. 刑法雑誌, 2007(46): 292-293.
- [10] 柳川重規. 毒樹果実法理の適用と裁判所の証拠排除権限[J]. 法学新報, 1995(3/4): 32.
- [11] 井上正仁. 刑事免責と囑託証人尋問調書の証拠能力(二)[J]. ジュリスト, 1995(172): 142.
- [12] 小川佳樹. 刑事免責による供述強制, 田口守一ら編. 判例演習刑事訴訟法[M]. 東京: 成文堂, 2004: 234-244.