

法庭科学 DNA 数据库的风险与法律规制

瓮怡洁

内容提要:法庭科学 DNA 数据库是打击犯罪的一柄利器,但是,对 DNA 样本的提取和使用却会带来很大的风险。提取公民 DNA 生物样本的行为可能侵犯身体完整权,分析和储存 DNA 分型结果会侵犯公民的资讯决定权,储存 DNA 生物样本可能严重侵犯公民的隐私权。为保护公民权利,西方国家要求建立和运用 DNA 数据库应当遵循合法性原则、司法审查原则、比例原则以及分散管理原则。我国法庭科学 DNA 数据库在筹建和运行过程中还存在一些问题,西方国家在这方面的成功经验对我国 DNA 数据库的改革与完善提供可贵的参考和借鉴。

关键词: DNA 数据库 隐私权 司法审查 DNA 鉴定 帝王条款

瓮怡洁,中国农业大学人文与发展学院法律系讲师,法学博士。

一 问题的提出

自 1995 年英国建立第一个国家法庭科学 DNA 数据库以来,世界许多国家和地区,如美国、德国、加拿大以及我国台湾地区都纷纷效仿,建立了自己的 DNA 数据库。截至 2004 年,有 76 个国家或地区已经或者准备建立 DNA 数据库。^[1] 实践证明,法庭科学 DNA 数据库在侦查实践中发挥着越来越重要的作用。例如,英国在 2008 至 2009 年间,共有 17607 起案件的侦破与法庭科学 DNA 数据库的运用有关,其中包括 70 起谋杀案件和 168 起强奸案件。^[2] 美国截至 2009 年,全美 DNA 数据库已经存储数据 745 万余条。利用数据库累计直接破案 9.3 万起。^[3] 加拿大截至 2006 年,警方每 5 个月就可以经由数据库比对筛选出 359 名犯罪嫌疑人的 DNA 型别与犯罪现场痕迹 DNA 型别相符。^[4]

由于 DNA 数据库在打击犯罪方面取得的成就日益彰显,不少建立数据库的国家和地区

[1] 参见李虎军:《DNA 数据库:更有效地识别犯罪》,《南方周末》2004 年 12 月 3 日,第 7 版。

[2] 参见刘静坤:《英国 DNA 数据库在侦查领域的应用》,《人民公安报》2010 年 6 月 12 日,第 008 版。

[3] 参见葛百川等:《赴美考察 DNA 数据库及 DNA 实验室的情况介绍》,《刑事技术》2010 年第 3 期,第 3 页。

[4] 参见唐淑美:《加拿大国家 DNA 资料库之隐私权探讨》,台湾地区《中央警察大学警学丛刊》,第 38 卷第 2 期,2007 年 2 月,第 77 页。

都希望尽快扩大数据库的适用范围,进一步提升利用数据库打击犯罪。例如,英国2001年通过了《刑事正义与警察法》(*Criminal Justice and Police Act 2001*),该法在原英国《警察与刑事证据法》(*Police and Criminal Evidence Act 1984*)第63A(1A)条中增加了1C和1D两款,即纯理论性搜索^[5]条款。不仅如此,《刑事正义及警察法》第82条还授权警察可以在犯罪嫌疑人无罪释放之后仍然保留其生物样本及相应数据,以供日后进行纯理论性搜索之用。^[6]从理论上说,如果能够不断扩大DNA数据库的规模,直至将全体国民的DNA信息都永久性地纳入其中,那么仅仅凭借“纯理论性搜索”这一项措施,就可以破获绝大多数刑事案件。基于这一原因,有英国科学家呼吁建立全民DNA数据库,截至2009年,5.2%的英国人的DNA资料都已登记在案。^[7]而我国台湾地区“法务部”也曾经就建立“全民”DNA数据库的可行性进行调研。^[8]受其他国家和地区立法和司法实践的影响,我国大陆不少学者强烈呼吁尽快建立国家级法庭科学DNA数据库。事实上,公安系统一直在积极筹建我国法庭科学DNA数据库系统,截至2010年12月,全国公安机关共建立了312个DNA实验室,其中283个与国家DNA数据库联网,DNA数据总量达700万份,居世界第二,日均破案150余起。^[9]

二 存在的风险

法庭科学DNA数据库不仅能够协助侦查机关迅速查破案件,还能利用DNA数据库储存的信息洗脱被错误追诉者的冤情,减少冤案的发生。如在美国,截至2007年,仅在纽约州就有23名被无辜定罪者借助DNA证据血洗沉冤。^[10]从这个角度考虑,应当尽快建立国家级的法庭科学DNA数据库,以提高案件侦破效率和准确性,保障无辜的人不受刑事追究。然而在此之前,应当厘清一些基本问题,否则,将严重损害法庭科学DNA数据库功能的发挥。这些问题包括:DNA数据库是不是可以无限制地扩张,甚至将全体国民的DNA信息都永久性地纳入其中?DNA数据库在打击犯罪的同时有可能会侵犯公民哪些权利?通过怎样的制度设计才能够尽可能地将DNA数据库对公民权利的侵害降到最低限度?等等。从国外的经验来看,DNA数据库可能会在以下三个层面对公民的基本权利造成损害。

(一) 提取生物样本可能侵犯公民的身体完整权

身体完整权是指自然人对其内外部肉体组织的完整性所享有的权利,这一权利不仅包括身体器官不受损害的权利,而且包括身体的任何部分不受物理性侵入的权利。身体完整不仅得到国际公约的保护,在一些国家还被规定为一项宪法性权利,比如,《德国宪法》第2条第2项明确规定,人人有生存权和肉体完整权。建立法庭科学DNA数据库需要大范围地

[5] 英文表达是“Speculative Searches”。指在受采样者还没有被怀疑为嫌疑人时,经由其书面同意参与纯理论性搜索,则该自愿参与者所交之检体及结果,将会留存于国家DNA资料库,用来供警察日后侦办犯罪案件之交互比对,且自愿参与者先前所交之同意书不可撤销。参见唐淑美:《加拿大国家DNA资料库之隐私权探讨》,第104-105页。

[6] 参见唐淑美:《刑事DNA资料库之扩增与隐私权之探讨》,台湾《东海大学法学研究》第23期,2005年12月,第105页。

[7] 参见刘静坤:《英国DNA数据库在侦查领域的应用》。

[8] 参见唐淑美:《刑事DNA资料库之扩增与隐私权之探讨》,第85页。

[9] 参见姜先华:《中国DNA数据库建设应用技术现状及发展趋势》,《中国法医学杂志》2011年第5期,第383页。

[10] Danny Hakim, *The Empire Zone: Seeking More Control on Expanded DNA Database*, *The New York Times*, May 28, 2007.

对公民进行身体检查,如抽取公民的血液,拔取其毛发,或者提取其身体自然开口处的分泌物等,而这些身体检查行为很有可能对公民的权利,甚至是宪法性权利造成损害。在西方国家,根据所采取的身体检查措施对公民权利侵害程度的不同,划分为一般身体检查和重大身体检查。一般身体检查是指对公民的宪法性权利造成一般侵害的身体检查措施;重大身体检查是指对公民的宪法性权利造成严重侵害的身体检查措施。例如,在德国,根据是否会对被检查人的身体完整权造成严重侵害,身体检查被分为非侵入性检查和侵入性检查。非侵入性身体检查在德国又被称为身体之搜索,是指仅在被检查人的身体表面和身体自然开口处进行查看并收集有关证据,不对被检查人的身体进行物理性侵入的检查方式。而侵入性身体检查,则是指用某种器械对被检查人的身体进行物理侵入并提取有关证据的检查方式,如“为确认血液中酒精之含量、腰部穿刺术等所作的抽血”。^[11] 由于抽血等身体检查措施会严重侵犯公民的宪法性权利,因而德国刑事诉讼法对这种身体检查措施的适用条件和适用程序做出了严格规范,如要求必须严格遵循司法审查原则和比例原则的要求,等等。又如在英国,身体检查被划分为隐私检查和非隐私检查。非隐私检查是指为了提取头发、指甲屑等样本而进行的身体检查。隐私检查则是指为了提取血液、精液等样本所进行的身体检查。由于在实施隐私检查的过程中很有可能侵犯公民的隐私权,因而采取这一措施必须符合严格的限制条件。值得注意的是,在 1994 年英国《刑事审判与公共秩序法》(*Criminal Justice and Public Order Act*, CJPOA) 通过之前,使用棉签提取公民口腔唾液的行为被划定为隐私搜查,因而,提取公民的口腔唾液也必须符合严格的限制性条件。1994 年,英国通过了《刑事审判与公共秩序法》,该法对隐私样本和非隐私样本进行了重新划分。这部法律的通过对英国建立和扩增法庭科学 DNA 数据库具有非常重要的意义。

在多数已经建立及准备建立法庭科学 DNA 数据库的国家,收集公民生物样本时采用的都是抽血等严重侵犯公民基本权利的方式。在此情况下,如果缺乏必要的制度设置对收集生物样本的行为进行法律规制,将对公民身体完整权构成严重侵害。

(二) 分析和储存 DNA 分型结果会侵犯公民的资讯决定权

目前,世界绝大多数国家的法庭科学 DNA 数据库分型鉴定使用的都是短串联重复(简称 STRs)分析法。短串联重复分析法只分析和检测 DNA 链条非密码区中的短串联重复,并不涉及密码区。而 DNA 链条中的非密码区不包含任何合成蛋白质或者其他细胞产品成分。换言之,非密码区并非基因产品,不对影响生物的外形——如健康或外表发挥重要作用,因而,就 DNA 分型鉴定结果本身而言,只包含非常有限的基因信息。^[12] 正因为如此,一些学者认为分析和储存 DNA 分型结果并不会对公民权利造成实质性侵害,并由此主张将全体国民的 DNA 分型结果永久性储存于国家法庭科学 DNA 数据库中。

然而,多数学者并不认同这一主张,如我国台湾地区学者郑昆山指出:“当事人资讯自我决定权,对于在做 DNA 分析时,并不是针对密码区的细部构造去多做叙述,而是确定并比较特定片段间长度上的差异而已。虽只是比较长短,可是此资讯的公开与否,当事人还是有

[11] [德]克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社 2003 年版,第 317 页。

[12] Kristina Staley, *The Police National DNA Database: Balancing Crime Detection, Human Rights and Privacy—A Report for Gene Watch UK* by Kristina Staley, Printed by Interlith (Derby) Ltd, Unit 4 Dinting Lane Industrial Estate, Glossop SK13 7NU, January 2005, p. 14.

决定的自由,所以,此时就涉及到对个人资讯自我决定之基本权的侵害。”^[13]关于公民的资讯决定权,德国联邦宪法法院在 1983 年针对“人口普查法”的一份判决中作出了精辟论述。该法院指出:“在现代化资料处理的状况下,基本法第一条第一项和第二条第一项的一般人格权包括了个人保护其本人资料不受无限制地收集、储存、利用和提供,在此限度内,就有关个人自己资讯之放弃或利用,基本权原则上保障个人自我决定的权利。而只有存在更优位的公共利益考量时,才允许限制资讯自决权。”^[14]事实上,在德国,除非“考虑到在刑事诉讼程序中尽可能广泛地发现真实的利益”,以及“顾及到作为法治国概念上重要任务之侦查重大可罚行为的利益”,国家是不能限制或侵犯公民的资讯自我决定权的。^[15]

如果无视公民的资讯决定权,强行将大量公民的 DNA 分型结果永久性地储存于国家法庭科学 DNA 数据库中,可能会对公民权利造成严重侵害。对此,英国学者克里斯蒂娜·斯特利(Kristina Staley)进行了深入分析,她指出,将公民的 DNA 分型结果储存于法庭科学 DNA 数据库中将会使这些人始终处于受怀疑的状态,而“被列入一份永久性的‘嫌疑人’名单将微妙地改变国家看待我们以及我们看待自己同类的方式。”事实上“仅仅被列入数据库名单本身就很有可能成为国家在将来进一步限制公民权利的正当根据,如拒绝某种类型的雇佣申请或者旅游申请,或者将公民列入特殊监视对象。”有些人认为,DNA 数据库只是储存 DNA 分型结果,由于 DNA 分型结果只能用于做同一认定,并不包含基因信息,因而“只有有罪的人才会担心被纳入数据库之中”。对此,克里斯蒂娜予以反驳,她认为持这种看法的人实际上遗忘了法西斯政权在欧洲滥用公民资讯的历史,并忽视了建立一个“警察社会”的危险。^[16]

(三) 储存公民的 DNA 生物样本侵犯公民隐私权

从世界各国法庭科学 DNA 数据库的实践来看,许多国家不仅会保存 DNA 分型结果,而且会同时保存公民的 DNA 生物样本。DNA 生物样本不同于 DNA 分型结果。由于 DNA 生物样本包含完整的 DNA 链条,因而采用不同的分析方法对其进行检测和分析可能会揭示大量的基因信息。事实上,随着科学技术的不断发展和进步,各种新的 DNA 鉴定方法不断涌现,而其中有些方法很有可能揭示大量的公民隐私。例如,本世纪初,两家美国公司——生物系统运用公司和兰花生物科技公司发明了一种新的 DNA 鉴定技术——SNPs 鉴定技术,不同于传统的 STRs 分析法,SNPs 技术主要比对 DNA 链条中被称为单核苷酸多晶体(简称 SNP)的区域,^[17]而 SNP 存在于基因之中,因而一旦采用这种分析方法,将揭示出被采样人大量的基因隐私。因此,如果让警察接触 DNA 生物样本,他们获得的信息要远远大于从指纹中获取的信息。^[18]

美国的司法实践已经证明了这一点。2010 年,美国警方采用家族检测的方式,借助国

[13] 郑昆山:《DNA 采样与犯罪防治——从法治国刑法观点以论》,载台湾地区《月旦法学杂志》第 167 期,2009 年 4 月,第 53-54 页。

[14] 转引自唐淑美:《刑事 DNA 资料库之扩增与隐私权之探讨》,第 111 页。

[15] 参见郑昆山:《DNA 采样与犯罪防治——从法治国刑法观点以论》,第 55 页。

[16] Kristina Staley, *The Police National DNA Database: Balancing Crime Detection, Human Rights and Privacy—A Report for Gene Watch UK* by Kristina Staley, p. 29.

[17] Constans A., *Applied Bio and Orchid Target Forensics Labs*, *The Scientist*, February 2, 2004.

[18] Kristina Staley, *The Police National DNA Database: Balancing Crime Detection, Human Rights and Privacy—A Report for Gene Watch UK* by Kristina Staley, pp. 11-12.

家法庭科学 DNA 数据库破获了一起曾经轰动全社会的陈年积案——“冷酷睡客”系列杀人案。^[19] 虽然这一案件的破获非常振奋人心,但是不少人对这种做法对隐私权的潜在危害深表担心。保护公众隐私权的支持者警告道,这一实践可能被滥用,并有效地促成有罪推定的刑事司法模式。在上述案例中,警方只是对犯罪现场遗留的检材进行进一步分析和运用,就已经对公民的隐私权构成严重威胁。可以想见,如果法庭科学 DNA 数据库在管理上存在漏洞,导致纳入数据库中的公民的 DNA 生物样本被泄露出去,将会对公民的隐私权造成更为严重的侵害。随着科学技术的飞速发展,可以预见未来将会发明出更多的 DNA 鉴定技术,这些技术可能会揭示更多的公民隐私,如果数据库中大量的基因信息被某些机构,如保险机构、招聘机构非法获取,甚至可能动摇现代社会一些制度的基础,如保险制度、公平就业制度。

三 域外的经验

DNA 数据库的建立和运用涉及到如何协调国家公权力和公民个人权利问题。无疑, DNA 数据库的建立对打击犯罪具有重要意义。但是,如果不采取必要的措施保障公民的权利,导致数据库被滥用,则会对人权保障造成极大的损害。资料显示,西方国家在建立法庭科学 DNA 数据库过程中,主要是通过以下制度设置来实现对公民基本权利的保障的。

(一) 合法性原则

合法性原则是西方国家公法领域的一项重要原则。从实践上看,多数国家都是在先制定相关立法,对警察收集、运用、储存和销毁 DNA 数据等问题作出授权和规范之后,才开始建立数据库的。

德国在 1997 年以前,警察对被指控人进行身体检查和验血的法律依据是《刑事诉讼法典》第 81 条 a,然而,第 81 条 a 是否授权警察采集被指控人的生物样本进行 DNA 分析是一个存有疑义的问题。直到 1997 年 5 月 17 日德国公布《刑事诉讼法典》修正案之后,这一状况才得以改变。修正的《刑事诉讼法典》增订了第 81 条 e(分子遗传学上的调查)和第 81 条 f(分子遗传学上的调查之命令与实施),这两个条款奠定了德国警方进行“分子遗传学上的基因调查”的法律基础。然而,从条文的内容来看,这两条只是为进行“现在的”DNA 鉴定提供了法律基础,并没有为基于“危险预测”的目的而进行“将来的”DNA 比对提供法律上的基础,也就是说,并没有为建立 DNA 数据库提供明确的法律依据。因而,1998 年 9 月 7 日,德国又公布了《DNA 身份确定法》,该法规定,为了将来刑事诉讼程序中身份确定的目的,可

[19] 1985 年至 2007 年之间,美国洛杉矶南部地区发生了 10 余起凶杀案件,种种迹象表明,这些案件都是一人所为。然而,警方将犯罪现场收集到的 DNA 信息与国家法庭科学 DNA 数据库中的信息进行比对,却没有发现任何线索。于是,加利福尼亚州的法庭科学服务局决定实施家族检测,即利用犯罪人员数据库中人员(这些人员的 DNA 信息与新发案件犯罪现场遗留的 DNA 信息不完全匹配,但是部分匹配,以至于警方有理由怀疑新发案件的犯罪嫌疑人的亲属)的一级亲属的 DNA 信息查破案件。在再次进行 DNA 比对的过程时,警方发现有 200 多人的 DNA 信息与案发现场收集到的 DNA 信息部分匹配。为了进一步缩小范围,他们分析了 Y 染色体,结果发现一名因枪械重罪的指控被定罪之年轻男子的 Y 染色体与案发现场遗留物的 Y 染色体完全匹配。但是该男子太年轻,不具备实施这一系列杀人案的年龄条件。因而,警方怀疑凶手可能是该男子的一级亲属。他们设计提取了该男子的父亲——朗尼·戴维·富兰克林的 DNA 信息,经比对,朗尼的 DNA 信息与犯罪现场遗留的 DNA 信息完全匹配,证明其就是“冷酷睡客”。参见 Natasha Singer, In Fighting Crime, How Wide Should a Genetic Net Reach? *The New York Times*, July 24, 2010。

以对“被告”实施 DNA 分析。后来,这一条被纳入《刑事诉讼法典》,成为《刑事诉讼法典》第 81 条 g(DNA 分析)。1999 年 6 月 2 日,德国又通过了《DNA 身份确定法修正法》,明确规定提取样本进行 DNA 鉴定的申请只能由检察官提出,并由享有管辖权的地方法院的侦查法官命令实施,检察官及其辅助人并不享有在紧急情况下颁布提取命令的权力。获得法律的明确授权之后,德国于 1998 年正式建立了自己的法庭科学 DNA 数据库。^[20]

再以英国为例,英国拥有规模庞大的法庭科学 DNA 数据库,然而,该数据库的建立和每一次扩容都是在立法作出明确授权的前提下实现的。根据 1984 年的《警察与刑事证据法》,英国警察有权在取得志愿者同意的情况下从医生那里获取一份血液样本进行 DNA 检验以调查严重犯罪。然而,由于缺乏必要的法律授权,当时法庭科学 DNA 技术的作用仅限于单一的样本比对。1994 年,英国制定了《刑事审判与公共秩序法》,该法的制定为英国法庭科学 DNA 数据库的建立奠定了法律基础。该立法的意义在于:一是重新划分了隐私搜查和非隐私搜查的范围,将使用棉签提取口腔唾液的行为划定为非隐私搜查。这意味着警察在必要情况下可以不经法官授权而强制提取口腔唾液。二是扩大了警察可以提取生物样本的犯罪的类别,将其由“严重犯罪”、“可捕罪”扩大为任何“可登记犯罪”,这无疑为建立和扩大犯罪人员资料库奠定了基础。1995 年 4 月,英国法庭科学服务中心建立了国家级法庭科学 DNA 数据库(NDNAD)。此后,由于该数据库在打击犯罪方面取得了一系列惊人的成绩,英国立法机构又通过 1997 年、2001 年、2004 年等数次修订法律的活动,扩大了警察提取和保留 DNA 样本的权力。^[21]

(二) 司法审查原则

司法审查原则是现代法治国家公法领域又一项重要原则。司法审查亦称“违宪审查”,是西方国家通过司法程序来审查、裁决立法和行政机关是否违宪的一项基本制度。法庭科学 DNA 数据库的建立和运作可能侵犯公民的身体完整权和隐私权等宪法性权利,因而,收集 DNA 样本和分析运用 DNA 档案等行为也应当遵循司法审查原则。

德国《刑事诉讼法典》第 81 条 f 明确规定:“基于第 81 条 e 所实行的分子遗传学上调查只能由法官命令之”,也就是说,分析和运用 DNA 档案必须严格遵守司法审查原则。但是,在收集 DNA 生物样本的过程中是否必须严格遵守司法审查原则曾经引发过争议。根据德国《刑事诉讼法典》第 81 条 a 和第 81 条 g 的有关规定,收集 DNA 生物样本主要通过抽血的方式实施。由于抽血侵犯了身体完整权这一德国宪法明确规定的公民基本权,因而有必要遵循司法审查原则。但是对于这一问题,德国《刑事诉讼法典》第 81 条 g 并未明确作出规定,只是在第 3 项指出:“第 81 条 a 第 2 项以及第 81 条 f 亦有适用”。德国《刑事诉讼法典》第 81 条 a 第 2 项规定:“命令权为法官所有,在延误就可能影响侦查结果时,检察院和它的辅助官员也有权命令。”根据这一条款,一般情况下,收集 DNA 生物样本必须取得法官的授权命令,但是在紧急情况下,检察官及其辅助官员也可以命令实施该行为。而与此同时,德国《刑事诉讼法典》第 81 条 f 则作出了不尽相同的规定,该条规定:“基于第 81 条 e 所实行的分子遗传学上调查只能由法官命令之”。也就是说,除了法官之外,其他任何官员,包括

[20] 本段内容参见吴俊毅:《德国刑事诉讼程序中 DNA 鉴定相关规定之介绍(上)》,载台湾地区《军法专刊》第 47 卷第 3 期,2001 年 3 月,第 16-17 页,注释 9。

[21] Kristina Staley, *The Police National DNA Database: Balancing Crime Detection, Human Rights and Privacy—A Report for Gene Watch UK* by Kristina Staley, p. 26.

检察官及其辅助官员都没有权力命令实施采取血样等与 DNA 鉴定有关的事宜。对于这一立法上的疏漏和矛盾之处,德国学者认为:“第 81 条 g 的采取行为,其最终目的系为了 DNA 鉴定样本的分析,就此,应该与第 81 条 f 之规定等量齐观,在第 81 条 f,分子遗传学上的调查只允许由法官命令之,所以,在依第 81 条 g 实施采取行为的情形,也应该做相同的解释而认为检察官及其辅助人的‘紧急权限’并不存在。”^[22]德国联邦宪法法院对此问题也持相同的观点,其认为,“较严重的侵害命令必须总是保留给法官”。^[23]基于这些原因,1999 年 6 月 2 日,德国联邦众议院通过了《DNA 身份确定法修正法》,该法第 1 条第 1 项 b 明确要求,有权命令实施抽血等采样行为的机关仅限于“有土地管辖权限之地方法院的侦查法官”。^[24]可见,在德国,所有与 DNA 数据库有关的诉讼行为,包括 DNA 生物样本的采集以及分析等行为,都必须严格遵循司法审查原则,只有在取得了法官签发的命令之后方能实施。

在英国,提取 DNA 生物样本的行为不是通过抽血的方式进行,而是通过提取口腔唾液的方式进行。就提取 DNA 生物样本而言,英国并不存在类似德国的事前司法审查机制。但是,与 DNA 数据库有关的其他诉讼行为,如 DNA 档案的储存则同样要受到司法审查原则的约束,这一点主要是通过一系列判例确立的。最典型的案例是 1992 年的 R. v. Nathaniel 案、1997 年的 R. v. Weir 案和 1999 年的 R. v. Attorney General 案。这几个案件有许多共同之处:警方基于侦查破案的目的合法地提取了犯罪嫌疑人的 DNA 生物样本,后来犯罪嫌疑人的涉案嫌疑被排除。本来按照《警察与刑事证据法》第 64 条的规定,犯罪嫌疑人的涉案嫌疑被排除之后,其 DNA 生物样本以及由此产生的 DNA 档案应当被及时销毁,但是由于警方渎职等原因,嫌疑人的 DNA 档案并没有被销毁,而是一直保留在 DNA 数据库中进行比对。在后来的比对过程中,警方发现该被释放的犯罪嫌疑人的 DNA 型别与其他案件现场遗留物的 DNA 型别相符,并据此向法院起诉犯罪嫌疑人。审理这几起案件的法院均认为,由于警察没有及时销毁 DNA 档案的行为违反了《警察与刑事证据法》第 64 条的有关销毁提取的指纹和样品的规定,因而由此得来(或衍生来)的证据不具有证据效力。在这几个案件中,检察机关都提起了上诉,但是上诉法院均支持原审法院的主张。在 1999 年的 R. v. Attorney General 一案中,检察总长最终将该案上诉到上议院,上议院特别强调了法院的司法审查权,认为“法庭将允许拥有自由裁量权去决定该项来自不应允许调查证据之证据能力”。^[25]可见,法院虽然没有在事前对提取 DNA 生物样本的行为进行司法审查,但是却在审理案件的过程中通过判断证据可采性的方式对警方储存 DNA 档案的行为进行了司法审查。通过这种事后的司法审查机制,同样能够有效地规制警察运用 DNA 数据库的行为,进而实现对公民权利的保障。

(三) 比例原则

比例原则被誉为西方国家公法领域的“帝王条款”,为合理界分国家公权力与公民个人权利提供了极具可操作性的标准,西方法治发达国家都要求国家公权力在运作过程中必须严格遵循比例原则的要求,“任何国家公权力之行为,违反了这个原则,会导致违宪的法律

[22] 转引自吴俊毅:《德国刑事诉讼程序中 DNA 鉴定相关规定之介绍(上)》,第 15 页。

[23] 转引自吴俊毅:《德国刑事诉讼程序中 DNA 鉴定相关规定之介绍(上)》,第 16 页。

[24] 参见吴俊毅:《德国刑事诉讼程序中 DNA 鉴定相关规定之介绍(上)》,第 16 页。

[25] 参见唐淑美:《刑事 DNA 资料库之扩增与隐私权之探讨》,第 100-104 页。

后果。”^[26]比例原则的基本含义是要求国家在保护公民个人权利与保护社会公共利益之间应保持一种合理的比例和平衡关系。具体而言,这一原则又内含三项子原则:适当性原则、必要性原则和相称性原则。其中,适当性原则是指国家机关所采取的每一措施都必须以实现宪法或法律所规定的职能为目标,并且每一项措施都有利于其法定职能和目标的实现。必要性原则是指国家机关在实现某一职能目标时,如果必须对公民权利加以限制,应当选择对公民权利损害最小的手段。相称性原则是指国家机关在实施任何职权行为的过程中,其对公民个人权利造成的损害不能大于该行为所能保护的社会利益。^[27]

法庭科学 DNA 数据库是国家公权力与公民个人权利之间可能发生激烈冲突的领域。如果过分强调打击犯罪,放松提取样本的程序要求,无限扩大数据库的采样对象,并且延迟销毁 DNA 档案的时间,可能会对公民个人权利造成较为严重的侵害。反之,如果过分强调保障人权,则会导致数据库规模过小、效率低下,进而严重影响数据库打击犯罪功能的发挥。因而,如何协调好两者之间的关系,在充分发挥 DNA 数据库打击犯罪功能的同时尽可能实现对公民权利的保护是各国在建立 DNA 数据库时面临的重要课题。比例原则为解决这一问题提供了行之有效的具体方法和途径。具体而言,比例原则对建立 DNA 数据库的要求主要体现在以下几点:

1. 严格限制 DNA 数据库的使用目的

根据适当性原则,国家建立法庭科学 DNA 数据库的目的是为了打击犯罪、维护社会安宁与秩序,因而数据库的使用只能服务于打击刑事犯罪等社会公益事业,而不能用于实现其他不正当目的。

对这一点,德国和美国立法都作出了明确的规定。如德国《刑事诉讼法典》第 81 条 g 第 2 项明确规定:“被采集的身体细胞只允许为了在第 1 项当中所称之分子遗传学上的调查而被使用;一旦对此目的而言不再是必要时,此身体的细胞应该即刻被销毁。在调查时,其他对于 DNA 鉴定样本的查明系必要的确定不允许被实行;针对这些目的的调查是不被允许的。”又如美国 2000 年的《DNA 分析延迟销毁法案》(*DNA Analysis Backlog Elimination Act*, 2000)中明确规定:一旦 DNA 样本加入数据库之后,除非基于以下原因,否则不得批露:“(1)为刑事司法机构作法律鉴定的目的;(2)在司法程序中;(3)为了刑事辩护的目的,被告人应当有权接触样本并进行与其被指控的犯罪有关的鉴定活动;(4)用于人口统计数据库,拟定发展的目的,或者质量控制目的。”^[28]也就是说,在美国,DNA 数据库的资料只能服务于打击犯罪以及立法明确规定的某些公益性目的,而不能用于招聘、保险等盈利性目的。不仅如此,根据该法律的规定,“任何人在没有授权的情况下,以任何方式将本条 a 款所定义的样本或结果泄露给任何无权接受、获取或使用该信息的人,将被处以 25 万美元以下的罚款或者被判处一年以下的监禁刑。根据本款,任何泄漏、获取或者使用的情形都构成独立的犯罪。”^[29]

[26] 陈新民:《德国公法学基础理论(下册)》,山东人民出版社 2001 年版,第 376 页。

[27] 参见陈永生:《侦查程序原理》,中国人民公安大学出版社 2003 年版,第 132 - 145 页。

[28] *DNA Analysis Backlog Elimination Act of 2000*, 42 U. S. C. § 14132(b)(3). Available at <http://ftp.resource.org/gpo.gov/laws/106/publ546.106.pdf>, 最后访问时间:2012 年 1 月 16 日。

[29] 同上注。

2. 严格限制数据库的采样手段

就 DNA 数据库的采样手段而言,有几种不同的方式:侵入式采样和非侵入式采样;隐私采样和非隐私采样。这些不同的采样方式对公民权利的侵害程度是不同的。根据必要性原则的要求,收集 DNA 生物样本时,一般应当采用对公民权利损害较小的非侵入式采样和非隐私采样,只有采用这两种方式确实无法采集到样本时,才能采取侵入式采样和隐私采样,并且在提取样本的时候,应当采取必要的措施尽可能降低对公民权利侵害的程度。以英国为例,英国警方主要是通过提取口腔唾液的方式采集 DNA 样本。1994 年《刑事审判与公共秩序法》将提取口腔唾液的行为划定为非隐私检查,而非隐私检查被认为不会对公民的基本权利构成严重侵害,因而适用条件较为宽松。事实上,正是这一立法的通过,使得警方提取 DNA 生物样本的难度大大降低,在一定程度上为英国 DNA 数据库的建立和发展创造了条件。又如在德国,为了尽可能减少采样行为对公民权利的侵害,德国对实施采样行为的医师提出了严格的要求:“这里的‘医师’,系指以医师身份执业或是有权广泛地实行医师职业的医事人员。”^[30] 又如在我国台湾地区,根据“去氧核糖核酸采样条例”第 10 条的规定,去氧核糖核酸采样,应依医学上认可之程序及方法行之,并注意被采样人之身体及名誉。^[31]

此外,就 DNA 数据库的采样方式而言,如果被采样公民实施的是比较轻微的犯罪,而采样行为会对公民的身体权造成严重侵害,或者会严重损害公民的人性尊严,将被认为违反比例原则的要求。如在德国,“在采取行为实施时,首先要注意‘比例原则’,也就是说,任何对身体完整性的侵害,相较于行为的情节以及嫌疑的强度之间应存在一个相当的关系;另外,被采取人的人性尊严也应注意,当采取行为违反人性尊严时,此行为同时也是违反比例原则。”^[32]

3. 严格限制 DNA 数据库的入库对象

数据库入库对象的界定合理与否对于能否最大限度地实现 DNA 数据库的价值至关重要。DNA 数据库的入库对象界定合理与否涉及两个方面的问题:何种犯罪的 DNA 信息可以纳入数据库之中? 何种人的 DNA 信息可以纳入数据库之中。比例原则为合理解决这两个方面的问题提供了具体的操作准则。根据比例原则, DNA 数据库的入库对象应当符合以下条件:

第一,纳入数据库的应当是有可能在案发现场遗留 DNA 信息的一类犯罪。法庭科学 DNA 数据库建立的目的是为了通过数据库的比对破获案件,因而数据库中收集的 DNA 信息应当有利于破获案件。可见,对于那些有可能在案发现场遗留 DNA 信息的犯罪,如强奸罪、伤害罪、杀人罪等犯罪,有必要将其 DNA 信息保留在数据库中。反之,对于那些不可能遗留 DNA 信息的犯罪,如伪证罪、贪污贿赂罪、渎职罪等,则没有必要收集和储存 DNA 信息,以免对公民的权利造成不必要的侵害。如我国台湾地区的“去氧核糖核酸采样条例”第 5 条规定,数据库的采样对象仅限于“性犯罪或重大暴力犯罪”。2012 年,台湾地区对该条例进行了修订,进一步明确了纳入数据库的罪名。根据新修订的“条例”第 5 条第 1 款的规定,对于犯罪嫌疑人和被告人,只有在触犯了台湾地区“刑法”所规定的“公共危险罪”、“妨

[30] 吴俊毅:《德国刑事诉讼程序中 DNA 鉴定相关规定之介绍(上)》,第 16 页。

[31] 我国台湾地区“去氧核糖核酸采样条例”的具体内容见“月旦法律网”: <http://www.lawdata.com.tw/anglekmc/lawkm?@742706693810710711@1988363743>,最后访问时间:2012 年 1 月 30 日。

[32] 吴俊毅:《德国刑事诉讼程序中 DNA 鉴定相关规定之介绍(上)》,第 16 页。

害性自主罪”、“杀人罪”、“伤害罪”、“抢夺强盗及海盗罪”、“恐吓及掳人勒赎罪”等章节的某些罪名时,才能要求其接受“去氧核糖核酸之强制采样”。同时,根据该条第 2 款的规定,对于被法院判决有罪的犯罪人,只有当他们因为触犯某些罪名被法院判决有罪,并且又再次触犯这些罪名时,才能要求其接受“去氧核糖核酸之强制采样”,这些罪名包括:“公共危险罪”、“妨害自由罪”、“窃盗罪”、“抢夺强盗及海盗罪”、“违反‘枪炮弹药刀械管制条例’罪”以及“违反‘毒品危害防制条例’罪”等章节中的某些罪名。上述所有这些犯罪均可能在案发现场遗留 DNA 信息,因而都是可以借助 DNA 数据库破获的,这无疑体现了适当性原则的要求。

第二,纳入数据库的 DNA 信息必须来源于已经被法院认定为有罪的人。如果将无罪者的 DNA 信息纳入数据库之中,将会违背相称性原则的要求。首先,就保护的社会公共利益而言,由于无罪的人实施犯罪的可能性非常低,因而将其 DNA 信息纳入数据库对打击犯罪的作用非常有限。其次,就对公民权利造成的侵害而言,如果允许将无罪者的 DNA 信息纳入数据库,将会导致许多公民的隐私权和资讯自我决定权受到侵犯,甚至有将整个社会都置于国家公权力监控之下的风险。可见,将无罪者的 DNA 信息纳入数据库之中对公民权利造成的侵害要大于该行为所能保护的社会利益,是违反相称性原则的要求的。

这里需要强调的是,能够被纳入数据库并长期保存的只能是被法院认定为有罪的人的 DNA 资料,犯罪嫌疑人和被告人在法律上被视为无罪的人,因而其 DNA 信息不能被长期储存于 DNA 数据库之中。虽然在案件侦查、起诉和审判过程中,出于查明案件事实真相的需要,可以将犯罪嫌疑人、被告人的 DNA 信息与数据库中的信息进行比对,但是一旦排除他们的涉案嫌疑之后,必须及时删除其 DNA 信息。如德国《联邦刑事局组织法》第 8 条规定,如果根据某人的基本情况有理由认为应当对其启动刑事追诉程序时,联邦刑事局可以将该人的有关资料(包括 DNA 鉴定样本)存入总部的资料当中,加以改变与使用。相反,如果一个人的涉案嫌疑已经被排除,如法官对其作出了无罪判决,那么就不能对该人的 DNA 鉴定样本作储存、变更与使用,不仅如此,还应当尽快地将该鉴定样本销毁。^[33] 美国 2000 年的《DNA 分析延迟销毁法案》也规定,DNA 样本的采集对象包括:因触犯刑法被定罪或者曾被定罪在监狱服刑的人,因上述原因处缓刑、假释、被监督释放的人。^[34] 再如在台湾地区,“去氧核糖核酸采样条例”第 12 条第 2 款规定:“依第 5 条接受采样之人,受不起诉处分或经法院无罪判决确定者,主管机关应删除其去氧核糖核酸样本及记录;被采样人亦得申请删除。”事实上,绝大多数国家立法都规定,能够长期储存于 DNA 数据库中的只能是被法院认定为有罪者的 DNA 资料。“对于无罪之犯罪嫌疑人之 DNA 资料,大部分国家在排除犯罪嫌疑人或者犯罪嫌疑人被无罪释放后,则自行将犯罪嫌疑人之相关检体及资料从国家刑事 DNA 资料库中删除”。^[35]

在这个问题上,英国 DNA 数据库的发展具有典型的说服力。2001 年,两名谢菲尔德人分别被英国警方逮捕,最终两人都洗脱嫌疑,但两名嫌疑人都被提取了 DNA 样本。当两人被无罪开释后,他们提出销毁 DNA 样本的请求均被警方拒绝。两人在英国提起数次诉讼均

[33] 参见吴俊毅:《德国刑事诉讼程序中 DNA 鉴定相关规定之介绍(下)》,载台湾地区《军法专刊》第 47 卷第 4 期,2001 年 4 月,第 12 页。

[34] *DNA Analysis Backlog Elimination Act of 2000*, 42 U. S. C. § 14135a - b.

[35] 唐淑美:《加拿大国家 DNA 资料库之隐私权探讨》,第 88 页。

遭败诉后,他们以警察保留样本的行为违反了《欧洲人权公约》第 8 条的规定,侵犯了他们的隐私权为由,将案件诉至欧洲人权法院。欧洲人权法院以罕见的强烈措词宣称,他们被英国警方在数据库中无限期地保留 DNA 资料之做法的“粗疏武断和不分青红皂白的本质所震惊”,并裁决英国收集和储存所有嫌疑人(甚至那些最终被认定无罪者)的 DNA 信息的做法侵犯了个人隐私权。欧洲人权法院在裁决中指出,英国的做法“超越了任何可以接受的保持公民个人权利和社会公共利益平衡关系的底线”。^[36] 2010 年,英国内政部表示,已经将无罪者留下的 DNA 档案删除。这意味着,英国警方 510 万份 DNA 档案中的 80 万份将被删除。今后警方将不能在未确定嫌疑人是否有罪的情况下,对嫌疑人的 DNA 数据进行储存。^[37]

4. 明确 DNA 分型结果以及 DNA 生物样本储存和销毁的时间

DNA 数据库中储存的信息包括两种:一是 DNA 分型结果,二是 DNA 生物样本。储存这两种 DNA 信息可能对公民权利构成的风险是不同的,因而对这两种 DNA 信息储存和销毁的时间要求也应有所不同。

第一,对于 DNA 分型结果,一般可以储存相对较长的时间。通过 STRs 分析法分析和检测的数据只包含非常有限的基因信息,一般不会对公民的隐私权构成严重威胁,因而可以储存相对较长的时间。但即便如此,由于无限储存 DNA 分型结果会对公民的资讯决定权构成较大威胁,因而许多国家和地区还是对 DNA 分型结果的储存时间作出了一定的限制。如根据比利时、丹麦、德国、匈牙利、荷兰、瑞士、瑞典、斯洛文尼亚等国的相关立法,DNA 的相关资料至多只能在 DNA 数据库中保留 5 至 20 年,达到这一期限之时,相关资料将从数据库中删除。^[38]

第二,对于 DNA 生物样本,根据其来源的不同,储存的时间亦有所不同。根据来源的不同,DNA 生物样本可以分为两种:一是从特定人员身上提取的血液、唾液等生物样本(简称 CJ 样本);二是从案发现场提取的血液、头发等生物样本(简称 SOC 样本)。

对于从特定人员身上提取的 DNA 生物样本,应当严格限制储存和销毁的时间。长期储存 CJ 样本违反相称性原则和必要性原则的要求。不仅如此,对特定人员的 DNA 样本进行鉴定后,如果因为特殊原因(如鉴定结论遭到诉讼一方当事人的质疑)需要重新鉴定,再次从其身上提取 DNA 样本就可以了,没有必要长期储存其生物样本。因此,如德国、比利时、荷兰和挪威等国都规定,一旦 DNA 分型鉴定完成,就要立刻销毁被采样人的生物样本。^[39]

对于从案发现场提取的 DNA 生物样本,即 SOC 样本,则可以保留相对较长的时间。原因很简单,案发现场提取的 DNA 生物样本与公民的隐私信息并无直接联系,因而长期储存这种样本并不会对公民的隐私权构成威胁。不仅如此,随着新的 DNA 鉴定技术的不断出现,很多传统方法无法破获的案件很可能通过新的方法被突破。即便如此,SOC 样本仍无必要保留过长时间,英国学者克里斯蒂娜·斯特利就认为,SOC 样本的保存期限不能超过追

[36] Sarah Lyall, European Court Rules Against Britain's Policy of Keeping DNA Database of Suspects, *The New York Times*, December 4, 2008.

[37] 参见容若:《全世界最大 DNA 数据库侵权 无罪民众档案将被删除》,载《中国档案报》2010 年 1 月 11 日,第 002 版。

[38] 参见唐淑美:《刑事 DNA 资料库之扩增与隐私权之探讨》,第 107 页。

[39] Kristina Staley, *The Police National DNA Database: Balancing Crime Detection, Human Rights and Privacy—A Report for Gene Watch UK* by Kristina Staley, p. 28.

诉讼时效的期限。超过追诉时效期限,即使抓获了犯罪嫌疑人,也不可能对其实施处罚,因而没有保留 SOC 样本的必要。此外,经历的时间越长,DNA 鉴定中的错误越难以被发现,也就越容易造成错案。她认为,“在经历很长一段时间之后,对于‘比对成功’的其他解释可能无法被发现了:因为在收集和分析样本的过程中出现的错误可能无法被觉察,或者能够证明被采样者清白的证人已经死亡或者失踪。”^[40]

(四)分散管理原则

为避免管理和使用数据库的权力过分集中,以致有关机关滥用权力侵犯公民个人权利,必须建立科学合理的数据库管理模式。要实现数据库管理和使用的有效监督,一个重要的方式就是确立分散管理原则。从西方国家的经验来看,主要通过以下两条途径实现对数据库的分散管理。

1. 从宏观上设置相应的机构对数据库的整体运作进行监督

以加拿大为例,加拿大于 2000 年初成立了国家 DNA 资料库咨询委员会,该机构的主要职责是对国家 DNA 资料库运行的有效性和安全性进行监督,针对国家 DNA 资料库的建立与运作定期向加拿大皇家骑警提供建议。为了突出对公民隐私权的保护,咨询委员会的成员之一必须由加拿大隐私权委员会的代表担任,以确保国家 DNA 资料库在个人隐私权方面能得到专家的建议。^[41]而在英国,为了避免掌控数据库的权力过于集中,英国设置了几个不同的机构共同行使对数据库的监管权。具体而言,英国的国家法庭科学 DNA 数据库管理机构由主管机关、策略委员会和执行单位三个机构组成。其中,主管机关隶属于内政部,主要负责制定标准作业程序以及核准监督各个实验室。策略委员会由内政部、英国警察首长联席会、警察协会以及人类遗传学会委员会组成,主要负责监督 DNA 资料库的运作情况以及资料使用情况。执行单位是法庭科学服务中心,主要负责受理、登录 DNA 型别以及查询比对 DNA 资料等相关事宜。^[42]在有不同的机构参与对数据库的监督和管理的情况下,任何一个机构(特别是警察机构)使用数据库的权力都会受到有效的制约,公民的基本权利能够得到有效的保护。

2. 从微观上设置不同的机构对被采样者的自然信息和 DNA 信息分别进行储存和管理

需要指出的是,由不同的机构对被采样者的自然信息和 DNA 信息分别进行储存和管理对于保护公民的隐私权具有非常重要的意义。在这种管理模式下,储存和管理被采样者自然信息的机构无权知晓被采样者的 DNA 信息,因而不可能获知被采样者的生物隐私,也就无法实施侵犯和泄漏公民隐私的行为。同理,储存和管理被采样者 DNA 信息的机构由于无权知晓被采样者的自然信息,因而也无法实施侵犯和泄漏隐私的行为。这样,通过两个机构的相互制约,有利于实现对公民隐私权的保护。

不仅如此,由不同的机构分别管理被采样者的自然信息和 DNA 信息还有利于确保被追诉人获得公正的对待,防止其受到错误追诉。原因在于,从犯罪现场提取的生物检材可能因为各种自然条件的影响而发生分解,也可能被其他物质污染,因而鉴定人在进行 DNA 比对应会面临许多模糊的情形,这就要求鉴定人秉持客观公正的立场进行分析和判断。如果鉴

[40] 同上注,第 43 页。

[41] 参见唐淑美:《加拿大国家 DNA 资料库之隐私权探讨》,第 80 页。

[42] 参见罗元雅、柳国兰、程晓桂:《欧美刑事 DNA 资料库简介》,台湾地区《刑事科学》2007 年第 62 期,第 12 页。

定人存在某种有意或者无意的偏见,那么在面临模糊的比对结果时,鉴定人应当对结果作出“有利于案件事实的解释”。^[43]事实上,由于鉴定人对 DNA 鉴定结论作出错误解释而引发的错案并不鲜见。美国俄克拉荷马州的蒂莫西·德拉姆一案就是例证,1993年,蒂莫西·德拉姆被指控强奸了一名11岁的少女,在法庭上,德拉姆提供了11名目击证人证明案发时他在另一个州,然而,法庭还是认定德拉姆有罪并判处他3000年的监禁刑。支持控方指控的证据主要有三项:被害人的指认;案发现场收集到的一根头发,该头发被证明来源于德拉姆;一份DNA鉴定结论,该鉴定结论显示德拉姆的DNA分型结果与女孩体内精斑的DNA型别相匹配。然而,后来重新鉴定的结果显示,前一份鉴定结论因为没有正确解释混合样本而发生了错误。1997年,德拉姆被无罪释放。^[44]由于鉴定人很可能出于偏见对DNA信息作出错误的解释,因而必须采取有效的措施防止这种偏见的产生,“通过让一个不知道涉案嫌疑人或案件信息的独立的鉴定人做DNA鉴定的方式可以避免偏见的发生。”^[45]

事实上,很多国家都设置了由不同机构分别管理被采样者自然信息和DNA信息的数据库管理机制。例如在加拿大,根据《DNA鉴别法》的有关规定,当被采样者的DNA信息第一次被纳入国家DNA数据库时,被采样者除了被要求提供DNA检材之外,还被要求在指纹鉴定卡上捺指纹,以保持身份的统一性。^[46]身份确认之后,被采样者的DNA检材和指纹鉴定卡等材料将由国家DNA资料库接收处贴上内部跟踪号码(SUN),^[47]交由不同的机构分别保存和管理。指纹鉴定卡以及被采样者的个人相关文件将被移送到加拿大的犯罪记录资讯服务中心(CCRIS);而被采样者的DNA检材则被移送到国家DNA数据库进行DNA分析。只有当犯罪现场收集到的生物样本的DNA型别与罪犯索引系统内的档案DNA型别比对相符合时,加拿大的犯罪记录资讯服务中心才会联络送检的实验室,进一步与其个人资料连接。^[48]又如在德国,立法者为了确保被采样者的隐私权免遭侵犯,同时为了确保鉴定结果的客观公正,《刑事诉讼法》第81条e明确规定“……必须藉由技术上以及组织上的措施来保障……不被允许之分子遗传调查以及无权第三人的知悉业已被排除”,该条进一步强调:“调查资料应不公布被告的名字、住址及出生月日而交付鉴定人。”^[49]

四 困境与出路

我国很早就开始了法庭科学DNA数据库的筹建工作。早在1989年,我国法医学界以及公安和科技部门就提出了建立法庭科学DNA数据库的构想。1998年,司法部司法鉴定科学技术研究所启动并完成了“中国犯罪DNA数据库模式库”项目的研究。2002年,公安部物证鉴定中心起草了《法庭科学DNA实验室规范》,主要从技术层面规定了建立法庭科

[43] Kristina Staley, *The Police National DNA Database: Balancing Crime Detection, Human Rights and Privacy—A Report for Gene Watch UK* by Kristina Staley, p. 21.

[44] 同上注,第22页。

[45] 同上注,第21页。

[46] 这里建立指纹档案的目的是确认DNA档案的统一性,此处的指纹档案不能被用于其他刑事鉴定。

[47] 这个号码的目的在于做顺序编号以及目录建档,所有的信息连接工作都通过这个追踪号码完成。参见唐淑美:《加拿大国家DNA资料库之隐私权探讨》,第79页。

[48] 同上注,第79-80页。

[49] 转引自吴俊毅:《德国刑事诉讼程序中DNA鉴定相关规定之介绍(下)》,第9页。

学 DNA 实验室应当遵循的基本要求。2003 年,公安部五局在沈阳召开专家研讨会,明确提出,法庭科学 DNA 数据库应当建立在公安机关。同年,公安部物证鉴定中心起草了《法庭科学 DNA 数据库建设规范》(以下简称《规范》),该《规范》主要立足于技术层面,简要地规定了数据库的结构、功能、检验方法以及基因座的选择等问题。2005 年 5 月,公安部下发《全国公安机关 DNA 数据库建设任务书》,明确提出各级公安机关应当建立法庭科学 DNA 数据库,并明确了建立数据库的任务、职责、目标和工作要求。截至 2010 年 12 月,全国公安系统共建立了 312 个 DNA 实验室,DNA 数据总量达 700 万份,日均破案 150 余起。^[50]

应当承认,实践部门筹建数据库的初衷是值得肯定的,然而,从立法路径、价值取向以及制度保障等方面来看,当前我国法庭科学 DNA 数据库的建构存在严重问题:

(一)先建数据库后立法的做法违反了合法性原则的要求

先试点、后立法是近年来我国惯常采用的一种路径。这一路径有利于克服法律固有的僵化刻板和修改程序复杂的缺陷,符合我国处于社会转型时期、国情复杂的现状。同样,法庭科学 DNA 数据库的构建也顺理成章地采取了这种立法路径。

然而,需要指出的是,先试点、后立法的路径并不适用于所有法律制度的建构,对于法庭科学 DNA 数据库这种可能严重侵犯公民基本权利的制度,是不能采用这一立法路径的。在现代法治国家,对公民基本权利——即宪法性权利的限制和剥夺,必须严格遵循一定的限制条件。正如我国台湾学者陈新民所总结的,“人民基本权利的限制,其条件即为:①基于(广义的)公共利益之考量;②公益考量的必要性;及③须以法律来限制等三个条件存在时,方可侵犯人民的基本权利。”^[51]根据这些要求,在刑事诉讼中,对公民的基本权利进行限制或剥夺,除必须有打击犯罪的公共利益之考量外,还必须取得立法的授权,即必须遵循合法性原则的要求。

隐私权是世界各国宪法公认的公民的一项基本权利,根据合法性原则,对公民的隐私权进行限制或剥夺,必须取得法律的明确授权。事实上,许多国家宪法都明确规定,只有在法律有明文规定的情况下,才能对公民的隐私权进行限制或剥夺。如《荷兰王国宪法》第 10 条第 2 款明确规定:“议会法令制定有关记录和公布私人数据的法律,以保护个人的私生活。”^[52]前文所述及的西方国家法庭科学 DNA 数据库的建立也证明了这一点,绝大多数国家都是在制定了相关立法之后,才开始建立数据库的实践活动的。

根据当前的实践,公安部门在尚未取得立法机关授权的情况下,就开始了法庭科学 DNA 数据库的筹建,这种做法违背了合法性原则的要求,对公民的隐私权构成严重威胁。事实上,由于缺乏统一的立法,各地公安机关建立数据库时几乎没有权威有效的规范性文件可资遵循。虽然 2003 年公安部物证鉴定中心起草了《法庭科学 DNA 数据库建设规范》,但该《规范》的落脚点在技术层面,并未从法律层面对数据库的建设提出要求。不仅如此,《规范》效力位阶太低,根本无法规范全国范围内的数据库建设活动。实践中,对于建立数据库过程中面临的一些基本法律问题:如入库对象的选择、提取生物样本的方式、DNA 分型结果和生物样本储存和销毁的时间、数据库的管理模式和监督机制等问题,各地公安机关各自为

[50] 姜先华:《中国 DNA 数据库建设应用技术现状及发展趋势》,第 383 页。

[51] 陈新民:《德国公法学基础理论(下册)》,山东人民出版社 2001 年版,第 347-348 页。

[52] 姜士林等主编:《世界宪法全书》,青岛出版社 1997 年版,第 926 页。

政,没有统一的标准和要求;更有甚者,许多地方的公安机关在建立数据库时甚至完全无视上述法律问题。在这种情况下,DNA 数据库建立和运作过程中公民隐私权等重要权利的保护状况,将完全依赖于各地公安机关的执法态度和工作人员的法律素养,这将对公民权利构成极大的威胁。为了解决这一问题,建议我国尽快进行 DNA 数据库的相关立法,在立法机关颁布了统一而严密的 DNA 数据库法律之后,再在全国范围内开展法庭科学 DNA 数据库的建设活动。

(二)片面重视数据库控制犯罪的功能而漠视对公民权利的保障

对于法庭科学 DNA 数据库这把双刃剑,法治发达国家的态度是严格遵循比例原则的要求,一方面重视 DNA 数据库打击犯罪的作用,另一方面强化对公民权利的保护,尽可能实现法庭科学 DNA 数据库在控制犯罪与保护公民个人权利之间的平衡。反观我国 DNA 数据库筹建的实践,公安机关关注的仅仅是如何利用数据库更加准确有效地查明案件事实,进而实现打击犯罪的功能,对于在运用数据库的过程中如何实现对公民个人权利的保护几乎没有给予关注。这一价值取向导致法庭科学 DNA 数据库在控制犯罪与保障人权方面出现了严重的价值失衡,甚至有可能使数据库沦为片面打击犯罪的工具。

为实现法庭科学 DNA 数据库在维护国家利益与保护公民个人权利之间合理的比例和平衡关系,西方国家以比例原则的三项子原则为标尺,对国家公权力的行使设定了严格的界限。而我国公安机关在建立数据库时并未考虑国家利益和公民权利之间合理的平衡关系的要求,这导致公权力机关在运用数据库时缺乏必要的行为尺度,也使公民个人权利的维护和救济丧失了重要依托。

以采样方式为例,西方国家为了避免对公民权利造成不必要的侵害,根据必要性原则的要求,规定在采集 DNA 生物样本时,一般应当采用对公民权利损害较小的非侵入式采样和非隐私采样,只有在采取这两种方式无法实现预期目标时,才能实施侵入式采样和隐私采样。而我国公安机关在提取样本时仅仅考虑提取工作的便捷性,根本不考虑采样行为可能对公民权利造成的侵害。公安部物证鉴定中心起草的《规范》并未对采样方式提出明确要求,根据该规定,采样方式既可以是抽取血样,也可以是提取口腔拭子,并且从措词来看,更倾向于对“前科”人员采用抽血的采样方式。^[53] 由于法律规范的缺位,各地公安机关几乎都是以提取血液这种侵入性方法提取 DNA 样本,并且没有设置必要的机制以降低采样行为对公民权利的侵害。如根据上海市公安局的有关规定,各看守所、拘留所和待遣送场所设置两名兼职采样员,以指尖采血的方式提取 DNA 生物样本。^[54]

再以入库对象为例,如前所述,西方国家为避免数据库规模过大,对公民权利构成不必要的威胁,根据比例原则,规定 DNA 信息纳入数据库的犯罪只能是有可能在案发现场遗留 DNA 信息的犯罪,DNA 信息纳入数据库的人员只能是被法院认定为有罪的人。反观我国,公安机关在界定数据库的入库对象时考虑得更多的是强化数据库打击犯罪的功能,因此尽可能扩大数据库的规模,并未对入库对象作过多限制。例如,根据《规范》第 3 条第 3 款的规定,“前科”库的入库对象为“违法犯罪人员”。根据这一规定,数据库的入库对象不仅包括犯罪人,而且包括有违法行为的人;入库对象实施的可以是有可能在案发现场遗留 DNA

[53] 参见《法庭科学 DNA 数据库建设规范》第 8 条第 1 款“检材的提取、保存和送检”之规定。

[54] 参见陈连康等:《上海市公安局“法庭科学 DNA 数据库”介绍》,载《刑事技术》2003 年第 5 期,第 4 页。

信息的违法犯罪行为,也可以是根本不可能在案发现场遗留 DNA 信息的违法犯罪行为。而实践中,许多地方公安机关甚至将犯罪嫌疑人(而不仅仅是罪犯)的 DNA 信息纳入数据库中长期储存和比对。如北京地区公安机关已经将“……所有案件中嫌疑人的分型结果均录入相应数据库”,并认为“目前,全国有许多实验室均在进行案件的法医 DNA 检验,如充分收集这些分散数据,可以在经费有限的情况下,发挥巨大的效益。”^[55]

又以 DNA 信息储存和销毁的时间为例,西方国家为了避免对公民的隐私权造成过度侵害,对 DNA 信息储存和销毁的时间作出了明确的限制性规定。然而在我国,受片面追求控制犯罪的价值取向的影响,公安机关普遍认为,与长期储存 DNA 信息在打击犯罪方面带来的利益相比,该行为可能对公民个人权利造成的侵犯是不足为虑的,因而公安部的《规范》对 DNA 信息储存和销毁的时间只字未提,各地公安机关在建立数据库时几乎没有注意这一问题。这导致公民的 DNA 信息一旦被纳入数据库中,将长期处于国家的掌控之中,这无疑对公民的隐私权构成了极大的威胁。因此,在未来立法时,应当强化对公民权利的保护,实现 DNA 数据库在控制犯罪和保障人权方面的平衡和协调。

(三) 缺乏其他机构的参与和监督,容易导致权力的滥用

在我国,DNA 数据库系统始终由公安机关一个机构负责筹建,其他机关,甚至立法机关都没有参与数据库的筹建活动。这导致 DNA 数据库的运用缺乏必要的监督和制约,很容易导致权力被滥用。

首先,我国没有确立司法审查原则。与西方国家不同,我国并不存在由法官对警察的行为进行事前审查的司法审查机制,这导致法庭科学 DNA 数据库的运作如同其他侦查手段一样,游离于司法权的控制之外。这意味着,在我国采集 DNA 生物样本、进行 DNA 分析比对以及储存 DNA 数据等行为都不需要经过法官的审查和批准。不仅如此,就 DNA 数据库的运作而言,我国也不存在事后的司法审查机制。虽然 2012 年修正的《刑事诉讼法》第 54 条已经明确规定了非法证据排除规则,但是根据该条的规定,排除非法证据的范围仅限于“采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述”,以及通过“可能严重影响司法公正的”的不合法程序收集得来的,并且无法“补正或者作出合理解释”的物证和书证。运用 DNA 技术获取的鉴定意见,显然不属于排除的范围。

其次,我国没有确立分散管理原则。一方面,在宏观层面上,我国没有设置一定的机构对数据库的运作进行监督。如前文所述,由于我国的法庭科学 DNA 数据库是由公安机关一个机关负责筹建的,由于认识上的局限性,同时也囿于打击犯罪的职业利益追求,公安机关并没有,也不可能请求或允许一个独立的外部机构对数据库的建立和运作进行监督。例如,根据公安部《规范》第 4 条的规定,虽然我国的法庭科学 DNA 数据库在结构上分为三级,即中央 DNA 数据库、省级 DNA 数据库和市级 DNA 数据库,但进行这种分级的目的是为了实现在 DNA 数据的汇总和信息的快捷比对,并非为了实现对数据库管理和运用的监督和制约。不仅如此,这三级数据库均设置在公安机关内部,根本不存在由外界的独立机构对数据库进行监督和制约的空间。另一方面,在微观层面上,我国 DNA 数据库系统内部对被采样者 DNA 信息和自然信息的管理极不科学,很容易导致隐私被泄漏。如前文所述,西方国家为

[55] 焦章平等:《建立法医 DNA 数据库的初步探讨》,载《中国法医学杂志》2003 年第 1 期,第 58 页。

为了避免公民的隐私被不当泄漏,设置了不同的机构分别对被采样者的自然信息(如姓名、年龄等信息)和 DNA 信息进行储存和管理。而我国的情况则完全相反,在公安机关看来,同时储存被采样者的自然信息和 DNA 信息有利于更好地发挥 DNA 数据库打击犯罪的功能。“根据公安部科技强警信息建设要求,数据库储存与 DNA 鉴定相关联的人员及案件的自然信息,如人员,案情,物证等等。目的是将 DNA 信息与其他公安信息系统相关联,利用信息碰撞发现或实现关联,充分利用信息作用串并案件,为公安机关提供破案线索。”^[56]在这一思路的指导下,很少有公安机关专门设置不同的机构分别管理被采样者的 DNA 信息和自然信息。尽管有个别地方的公安机关注意到了这一问题,如上海市公安系统实现了对犯罪嫌疑人 DNA 信息与其自然信息的分开管理。其中, DNA 信息储存于“法庭科学 DNA 数据库”中,由 DNA 实验室管理;自然信息储存于“上海市违法犯罪人员信息系统”,由情报中心管理。^[57]但遗憾的是,这一先进的做法并未引起其他地方公安机关的关注和效仿。这导致掌握和了解被采样者 DNA 信息的机构很容易获取其自然信息,不仅不利于对被采样者隐私权的保护,也不利于对案件的公正处理。

基于上述原因,建议我国未来立法时借鉴国外的成功经验,在制度层面强化对 DNA 数据库管理和运用的监督和制约。尽管赋予法官对 DNA 数据库的运作以司法审查权在短期内可能难以实现,但至少可以尝试建构由检察机关对 DNA 数据库的管理和运行进行监督的机制。此外,我国还应当确立分散管理原则,强化对 DNA 数据库管理和运用的监督和制约。在宏观层面上,可以建立一个专门的机构负责对 DNA 数据库的运作进行监督,在微观层面上,可以考虑设立两个独立的机构,分别负责 DNA 数据库中被采样者的 DNA 信息与自然信息的储存。

[Abstract] The forensic DNA database serves as a very effective tool to fight against crime. However, the extraction and use of DNA samples may result in great risk, as the extraction of citizens' DNA bio-samples may infringe upon their body integrity, analysis and storage of DNA profiles may encroach on citizens' right to determination of information, and storage of DNA bio-samples may grossly violate citizens' right to privacy. In order to protect citizens' rights, western countries require that the establishment and use of DNA database should abide by principles of legitimacy, judicial review, proportionality and decentralized management. Many problems have arisen in the preparation for construction and operation of DNA database in China. We should draw on successful experiences of western countries so to perfect our own DNA database.

(责任编辑:王雪梅)

[56] 姜先华:《中国法庭科学 DNA 数据库》,第 261 页。

[57] 参见陈连康等:《上海市公安局“法庭科学 DNA 数据库”介绍》,第 5 页。