

XINGSHI DNA ZHENGJU DE
FALI JICHU HE YINGYONG JIAZHI

刑事DNA证据的 法理基础和应用价值

汪 枫◎著

安徽师范大学出版社

皖南医学院博士科研启动资金资助项目结项成果

XINGSHI DNA ZHENGJU DE
FALI JICHU HE YINGYONG JIAZHI

刑事DNA证据的 法理基础和应用价值

汪 枫◎著

 安徽师范大学出版社

· 芜湖 ·

图书在版编目(CIP)数据

刑事DNA证据的法理基础和应用价值 / 汪枫著. — 芜湖: 安徽师范大学出版社, 2019.3
ISBN 978-7-5676-3812-9

I. ①刑… II. ①汪… III. ①脱氧核糖核酸-法医学鉴定-应用-刑事诉讼-证据-研究 IV. ①D919.2 ②D915.313.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第236765号

刑事DNA证据的法理基础和应用价值

汪 枫 著

责任编辑: 丁 立 陈贻云 丁 翔

装帧设计: 丁奕奕

出版发行: 安徽师范大学出版社

芜湖市九华南路189号安徽师范大学花津校区

网 址: <http://www.ahnupress.com>

发 行 部: 0553-3883578 5910327 5910310(传真)

印 刷: 江苏凤凰数码印务有限公司

版 次: 2019年3月第1版

印 次: 2019年3月第1次印刷

开 本: 700 mm × 1000 mm 1/16

印 张: 10.75

字 数: 164千字

书 号: ISBN 978-7-5676-3812-9

定 价: 36.00元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与发行部联系调换。

目 录

1	绪 论	001
1.1	研究缘起	001
1.2	研究现状	007
1.3	研究意义	012
1.4	研究思路与方法	015
2	刑事DNA证据概述	017
2.1	DNA简介	018
2.2	刑事DNA分型常见遗传标记及命名	022
2.3	犯罪现场DNA证据	024
2.4	刑事DNA证据的分子生物学基础	032
2.5	刑事DNA分型方法的缺陷	042
3	刑事DNA证据的应用与挑战	047
3.1	刑事DNA证据应用演进	047
3.2	刑事DNA证据面临的挑战	056
4	刑事DNA样本采样、分析与基本人权保障	062
4.1	刑事DNA样本采样	062

4.2	刑事DNA样本采样与身体权	068
4.3	刑事DNA采样与人身自由权	070
4.4	刑事DNA样本采样与反对强迫自证其罪特权	071
4.5	刑事DNA样本采样与隐私权	073
4.6	刑事DNA分析与基因隐私权	075
5	刑事DNA样本采样、分析的法律规制	082
5.1	刑事DNA样本采样的法律规制	082
5.2	刑事DNA分析的法律规制	102
6	刑事DNA证据的证据资格	108
6.1	刑事DNA证据属性	110
6.2	刑事DNA样本的证据资格	112
6.3	刑事DNA鉴定意见的证据资格	115
6.4	刑事DNA证据与证据规则	123
7	刑事DNA证据的证明价值	133
7.1	影响刑事DNA证据证明价值的因素	135
7.2	刑事DNA证据的证明力评估	143
7.3	刑事DNA证据质证	155
	参考文献	164

1 绪 论

1.1 研究缘起

科技为侦查插上翅膀,智慧乃侦查的灵魂。现代化的科学技术能给侦查插上翅膀,使刑事侦查对犯罪事实的发现能观之有形、听之有声、查之有据,但科技的运用更有赖于人类的智慧。刑事审判是为了获得正确判决,所获得判决的正确性有时偏重于实体正义,有时偏重案结事了,所以,刑事诉讼程序其实是一种认知程序。由于被追诉人的供述及证人证言具有不稳定性及罪犯屡屡使用科技或专业技能实施犯罪或实现脱罪的目的,因此,司法机关为了发现案件事实真相,避免冤及无辜,不得不依赖于科学证据的广泛应用,如指纹鉴定、DNA鉴定、血液鉴定、死因鉴定、毒物鉴定等。

真实发现系刑事诉讼目的之一,然而对于如何通过刑事诉讼程序寻找犯罪事实,则是人类不断苦思的问题。在人类社会初期,人们会以异常的自然现象为违背神意的表征,并据此来判断犯罪嫌疑人是否有罪。嗣后,随着人类对于自然现象认知的增进,对于事实的判断则主要依据经验与理性,因而人们逐渐相信证据的价值,特别是被追诉人的口供,并将其奉为证据之

王。而今日看来,这些证据或事实认定的过往,或许荒诞无比,但是人类的审判方式是随着人类知识的不断积累而发展的,人类不断寻找最适当的方法来协助审判者查明案件事实真相。

在科学技术高度发达的当下,人类日常生活莫不与科学知识、技术息息相关。科学也是人类理性知识的表达,在此背景下,科学知识被逐渐运用于诉讼,因此,现代刑事诉讼制度深受科学的影响,甚至认定案件事实的证据必须具备科学性的经验法则和逻辑法则。众所周知,DNA证据对于个人身份识别具有相当重要的价值。对于适用DNA知识和技术的DNA证据,人们固然信任其效力,但DNA证据所运用的科学知识和技术是否确实可靠?或者我们应以何种态度面对DNA证据?法官是否有能力掌握DNA证据的强大效力?面对种种疑问,笔者将重新思考DNA证据对于刑事诉讼的价值。

美国证据法大师威格莫尔曾推崇交叉询问制度,认为这是发现案件真相的伟大发明。美国纽约州法官哈里斯则认为,将DNA指纹鉴定技术运用于诉讼程序,是自交叉询问制度后,在发现真实上的又一伟大成就。刑事司法科学可分为两类,一类为分类及定量之法科学,另一类为个别化之法科学。前者主要是援引化学、生物及一般科学原理,目的是为了将一些物质、物体或事件加以分类,即定性研究。在定性研究的基础上还可以进一步进行定量研究,例如驾驶员血液中是否含有酒精成分及其血液酒精浓度的判定。后者也被称为刑事司法指认科学,此种特殊的指认是建立在认定世界上所有的人、物均有其个别性且与他人及他物均存在差异的基础之上。其中,DNA比对是此一指认科学家族的新成员。

在刑事侦查技术变革中,有学者提出科学侦查的概念以区别于传统侦查行为。传统侦查行为多先取得被追诉人之自白,并以该自白为线索查找物证,以求查明案件事实。所谓科学侦查是利用科学技术手段而实施的证据收集和分析活动,克服了传统侦查的刑讯逼供和误判的风险。因此,侦查机关逐渐将DNA证据作为侦查犯罪之利器,积极将其作为被追诉人个人身份识别和收集犯罪证据的手段,而在刑事法庭审判中,以DNA证据作为定罪量刑主要依据的案例也逐渐增加。

刑事DNA证据在洗刷冤屈上发挥了举足轻重的作用。1996年6月,美国司法部的法务计划局发表了一本名为《陪审团定罪,科学免罪——判决确定后因DNA鉴定证明无罪之案例研究》的报告,列举了28个由于DNA鉴定技术介入而平冤昭雪的案例。所有案例至真相大白之日,被告人平均服刑已达7年,其中不乏自白认罪者^①。

在DNA证据问世之初,对于刑事DNA样本的提取、包装、保存、送检、检测技术、匹配概率的计算及其运用于刑事诉讼的证据能力和证明力如何,学界见解不一。然而随着DNA检测分析技术的日益成熟,该技术本身的可靠性获得肯定,DNA检测也成为刑事侦查实务中常见的取证手段之一。如采集性侵害案件中被害人身体内遗留的被追诉人的精斑、提取犯罪现场遗留的血液和唾液等生物性物证已成为办理此类案件的标准化流程。而为了进一步确定被害人体内和现场遗留的生物性物证是否为被追诉人所遗留,则须采集被追诉人的DNA样本进行分析比对,以排除或确认被追诉人涉案的可能性。

有学者认为,科学侦查对人权可能造成侵害的风险是不容忽视的。虽然DNA证据具有先天性的优势,但任一DNA证据都可以不加区分地具有可采性和毋庸置疑的证明力吗?答案显然是否定的。笔者存在以下几点忧虑:①如何从被追诉人身体采集DNA样本以供比对?②各种DNA样本的采样行为是否涉及侵犯公民的基本权利?③应有哪些应对措施以防止公民的基本人权在刑事诉讼过程中被过度侵害?对此,部分国家和地区进行了比较详细的法律规范。和我国台湾地区《去氧核糖核酸采样条例》对强制采样的案件类型进行了法律规制,仅适用于性侵害犯罪和重大暴力犯罪案件,而对于其他类型的案件,则以犯罪嫌疑人被拘留或逮捕到案为前提。

自1970年后,以科罗拉多州为代表的美国7个州,陆续以立法或修改法院规则的方式确立了由司法警察或检察官向法院申请司法令状对被追诉人采集指纹、血液、唾液等以进行个体身份识别的制度。该制度最大的特点在

^①参见朱富美著:《科学鉴定与刑事侦查》,北京:中国民主法制出版社,2006年版,第271-272页。

于限定犯罪类型为一定范围的重罪,并赋予被追诉人更多的程序性权利。同时授权法官在审查此类令状时,其心证仅需达到“合理怀疑”的程度即可,这与美国传统判例认为对公民的搜查行为必须达到“相当理由”有所不同。而我国《刑事诉讼法》和相关司法解释并没有对DNA样本强制采样的案件类型和程序保障进行法律规制。

还有一种情形是在发生性侵害或重大暴力犯罪案件时,警方虽在被害人身上或现场采集到被追诉人所遗留的唾液、精液,但在送往鉴定机构进行比对查无匹配的对象时,因欠缺进一步的线索,而使案件侦办完全陷于停滞。在欧美等国均曾出现警方在辖区内发生震惊社会的连环杀人案或性犯罪等案件后,为求破案只得大规模采集所有与案发现场有地缘关系或与被害人曾有接触的人的DNA样本进行检验比对的案例。这种方式在侦查实务中被称为全面采验DNA,也被称为撒网式采验DNA,意思在于这种采集DNA样本的方法如天罗地网般、毫不区分个人的可疑程度,而在征得被采样人同意后,有的甚至未经被采样人同意,对其进行强制采样。

欧美刑事侦查实务中均曾发生过某些小镇为查出凶犯,请全镇居民同意提供DNA样本。最早的案例是1987年发生在英国的一件强奸杀人案。继英国后,欧洲也有数个国家采用撒网式检验DNA,如1998年法国为了指认强奸罪的嫌犯,对169名男子采集身体物质检验DNA。1998年3月至5月间,德国进行了史上最大规模的撒网检验DNA程序,总共对16400名男子进行DNA检验,结果查获一名30岁男性犯罪嫌疑人。

美国也曾小规模进行此种地区性DNA检验,对与犯罪有所牵连的特定范围内的公民进行无令状采验DNA。1998年,在马里兰州的医院里,一位主管护士被勒死在办公室内,全身被捆绑并被性侵害。当地警察局对四百名医院服务人员及当日曾经到访者收集唾液检验DNA^①。但撒网式检验DNA却引起了美国各界的激烈争论。撒网式检验DNA案件具有以下共同特点:无法锁定特定个人,实施对象为特定范围的人;多为最后的手段,用其他手

^①参见朱富美著:《科学鉴定与刑事侦查》,北京:中国民主法制出版社,2006年版,第286-287页。

段无法发现嫌犯;无法官签发的司法令状;缺乏对个人的个别怀疑。在美国,采集被追诉人的血液、唾液等样本以检验DNA的行为属于搜查行为,依据美国联邦宪法规定,需具有相当理由并申请搜查票方可执行。美国国内对于撒网式检验DNA是否具有相当理由的问题存在巨大分歧。赞成者认为,美国联邦宪法第四修正案并未限制警察取得市民同意而协助调查,并认为此种撒网的本质不构成联邦宪法第四修正案的搜查或扣押。对此持保留态度者则认为,此种检验DNA的方式可能构成非法搜查,侵犯联邦宪法第四修正案保障的公民隐私权^①。

近年来,中国媒体关于撒网式采验DNA的新闻报道也屡见不鲜,并引发公众的广泛争论。如武汉某女大学生身亡,警方要求邻近四所高校男性师生“集体采血验DNA”。警方的这一行为引起了公众和学者的普遍质疑。质疑一:集体采血验DNA的成本由谁承担?质疑二:集体采血验DNA的侦查手段是否合法?质疑三:集体采集血液样本是否适当?质疑四:集体采血验DNA是否侵犯了无辜平民的人权?对于上述质疑,笔者概括为:第一,应以何种方式来获取哪些公民的何种DNA样本?第二,立法应进行怎样的程序设计来保障无辜公民的基本权利?对这些问题,我国《刑事诉讼法》和相关司法解释均未给出相应的答案。笔者认为对于上述问题,立法必须进行相应的制度设计和程序规范,在惩罚犯罪与保障人权之间达到价值均衡。

证据能力是指证据得以提出于法庭调查,以供作为认定犯罪事实之用所应具备的资格,此项资格必须是证据与待证事实之间具有相关性,符合法定形式,且未受法律的禁止或排除。有学者认为,判断刑事DNA证据的证据能力,应以DNA鉴定技术为基础来进行探讨,可分为两个方面:第一,DNA鉴定技术的适当性;第二,DNA鉴定技术运用的正确性。DNA鉴定技术的适当性是指只要对DNA鉴定拥有专门知识和技术的人,依据适当的方法进行鉴定,其鉴定结果对法官不致产生主观上的不当偏见,就要承认其证据能力。DNA鉴定技术运用的正确性是指DNA鉴定样本或管理上不存在瑕疵。例如DNA鉴定意见书的日期有无错误、鉴定对象有无错误、鉴定人有无

^①参见王兆鹏著:《刑事诉讼讲义(一)》,台北:元照出版公司,2003年版,第75页。

签名等必要的程序性要件有无欠缺,此时则发生可否补正的问题,若可补正,法院得命其补正,拒不补证,则DNA鉴定意见不具有证据能力。在DNA样本的保存和管理上发生瑕疵,如血痕和精斑等生物性检材受到温度、湿度等环境因素的影响而分解,则以其为基础的DNA鉴定意见的可信性将令人怀疑,则可以排除DNA鉴定意见的证据能力。我国《刑事诉讼法》只从鉴定意见这一法定证据形式上对鉴定意见的证据资格进行了法律规范,但鉴定意见所包括的范围很广,且涉及多个不同学科领域,因此,笔者认为应就刑事DNA证据的证据资格问题进行系统的探讨,以指导刑事司法实践。

物证检验结果根据性质可以区分为具有类别性特征的物证和具有个别化特征的物证两大类。前者的鉴定结果仅能归纳为同一类,无法认定该物证归属某一特定个体,如ABO血型证据等。后者是独有或特有的物证,如刑事DNA证据、指纹证据等。在证明力的判断上,前者可供刑事侦查排除或缩小侦查范围,证明力较为薄弱。后者因具有特定性、排他性特征,其证明力则具有极高盖然性。根据刑事诉讼基本原理,证据的证明力由法官自由心证判断。这种判断包括两个方面:第一,证据可靠性的判断;第二,证据事实可认定何种事项的判断。对于证据的评价方式法律并未加以规定,而是由法官依自由心证原则进行判断,但证据评价过程是法官个人主观确信的建构过程,法官内心心证的形成并非可以恣意而为,而应依经验、逻辑法则或其他证据法则进行,也就是其建构过程必须具有客观性、逻辑性。因此,本书研究的目的之一在于为法官提供系统的审查和判断刑事DNA证据的证明力大小的参考依据,以提高法官审查判断刑事DNA证据的能力。

1.2 研究现状

1.2.1 国内研究现状

1.2.1.1 刑事DNA证据与基本人权保障

近年来,我国大陆学者对刑事DNA证据基础理论问题的研究并没有专门的著作或论文。笔者查阅相关文献检索数据库,发现陈光中教授等对强制采样与公民的人身权、公民自由权和隐私权之间的紧张关系进行了论述,并建议将强制采样界定为一种独立的侦查行为,并对强制采样的对象和适用程序进行法律规制,同时应构建被采样人的权利救济机制。该研究认为两大法系国家对于强制采样的法律规制应遵守法律保留原则、比例原则和令状原则。同时认为我国《刑事诉讼法》中的身体检查制度本质上不同于强制采样制度,我国刑事诉讼有关强制采样的立法近乎空白,并分析了美国、英国、日本、德国等法治发达国家关于强制采样的刑事诉讼立法,提出中国强制采样的三种立法模式:第一,美国模式;第二,英国模式;第三,德日模式^①。学者毛建平等也撰文对强制采样与基本人权的保障问题进行了初步探讨^②。从刑事DNA数据库的角度,学者邱格屏对刑事DNA数据在采集、储存及使用中的隐私权保护问题进行了研究。该研究对支持和反对刑事DNA数据库侵犯基因隐私权的不同观点进行了详细的分析和论述,认为正方和反方的观点并非不可调和,而应对DNA样本的保留时间、DNA样本的使用目的和使用DNA数据库的主体等方面进行法律规范,以实现惩罚犯罪和保障人权的平衡^③。刘晓丹撰文对惩罚犯罪和保护公民隐私权之间平衡的问

①参见陈光中,陈学权:《强制采样与人权保障之冲突与平衡》,载《现代法学》,2005年第5期。

②参见毛建平,段学明:《强制采样与人权保护》,载《人民检察》,2005年第9期。

③参见邱格屏:《刑事DNA数据库的基因隐私权分析》,载《法学论坛》,2008年第2期。

题进行了论述,提出应对DNA强制采样的对象与程序、DNA样本的保留与销毁作出明确的规定,并通过完善立法以适应DNA数据库的应用^①。

1.2.1.2 刑事DNA采样和分析规范研究

笔者查阅国内相关文献检索数据库发现,我国大陆学者发表的关于刑事DNA样本采样规范的论著仅有几篇。学者赵兴春对刑事DNA证据立法进行了研究,主要内容涵盖以下五个方面:第一,刑事DNA检测分析的目的;第二,刑事DNA样本来源的合法性;第三,刑事DNA样本取证主体的合法性;第四,DNA检测鉴定过程中,刑事DNA样本采样程序的法律规范;第五,刑事DNA样本保存和销毁的法律规制^②。2012年华东政法大学硕士研究生王琼在其硕士论文《论我国刑事强制采样程序的合理构建》中,对刑事案件DNA的采样进行了相应的研究,主要包括强制采样的概念、性质、特征、分类以及强制采样的正当性;分析了我国强制采样刑事诉讼立法和司法实践中存在的缺陷;参照域外法治国家相关立法的经验,构建我国强制采样的程序规范。

1.2.1.3 刑事DNA证据的证据能力和证明力问题

我国理论界对刑事DNA证据的证据能力和证明力问题的研究较少。目前我国学界对刑事DNA证据的证据能力和证明力问题的研究大多集中在以下几个方面:①DNA鉴定的检验和结论的分析研究。如俞树毅教授不仅研究了刑事DNA样本采样程序的法律规范,同时也对DNA鉴定结论的证明力和证据能力问题进行了探讨,并建议立法赋予被追诉人刑事DNA鉴定启动权^③。②刑事DNA证据的证明力研究。如邱格屏教授认为,对DNA的检测和分析是由鉴定人实现的,其中或多或少掺杂着人的因素,因此,不能排除

①参见刘晓丹:《DNA样本强制采集与隐私权保护》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》,2012年第3期。

②参见赵兴春:《刑事案件DNA检验采样与鉴定立法现状》,载《证据科学》,2009年第1期。

③参见俞树毅:《科学证据DNA检验及其结论之研究》,载《兰州大学学报》,2005年第2期。

人的因素对DNA检测结果准确性的影响。法律工作者在评判DNA证据的证明力时应保持谨慎的态度^①。赵兴春等人对建立适合中国国情的DNA实验室质量保证标准问题进行了探讨,从DNA鉴定程序中的检测质量控制、鉴定人员配置、人员组织管理、检测用仪器设备、样本管理、鉴定技术评估、实验步骤、检测仪器校准和维护、鉴定报告的审核和鉴定机构资质测试等方面对保证DNA证据的可靠性等进行技术规范^②。2011年西南政法大学魏丹撰写硕士论文《论DNA鉴定的程序规范》,对DNA检体的采集和保管、DNA的实验室鉴定程序、DNA鉴定结论审查判断存在的缺陷等问题进行了论述。

1.2.2 国外研究现状

1.2.2.1 刑事DNA证据与基本人权保障

西方国家对刑事DNA证据与公民的人身自由权、身体不受侵犯权、公民的资讯隐私权及反对强迫自证己罪特权的关系进行了大量的论述。如为了对个人进行DNA检材的采样,除了经逮捕或羁押的被追诉人其身体自由已被公权力限制外,对于其他未受逮捕或羁押的被追诉人而言,在采集DNA样本过程中会采取限制人身自由的强制措施。例如传唤被追诉人于特定时间到侦查机关或医院采集其唾液或血液样本,均会对被追诉人的人身自由造成某种程度的限制。在刑事诉讼过程中,为个体身份识别的目的,不论是从被追诉人体内采集血液样本,还是从被追诉人口腔内或体表采集口腔脱落细胞、毛发等,其采样过程均可能涉及对被追诉人的身体完整性和人身自由权的侵害,因此,基于对被追诉人权利的保障,我国立法需要进行明确的法律规范。

1.2.2.2 刑事DNA样本采样规范研究

(1)英美法系国家刑事DNA样本采样规范研究。以美国为例,在1914

①参见邱格屏:《走出DNA证据的误区——对DNA证据“不可质疑性”的质疑》,载《福建公安高等专科学校学报——社会公共安全研究》,2001年第5期。

②参见赵兴春,刘健,姜成涛等:《法庭DNA鉴定实验室质量保证标准》,载《公安大学学报(自然科学版)》,2001年第3期。

年威克斯诉合众国案中,美国联邦最高法院首次宣布违法搜查扣押的证据应被排除^①。美国将DNA样本采样界定为搜查,因此必须受联邦宪法第四修正案的规制。DNA样本采样可分为两个层面:第一个层面是对于犯罪现场的采样,这部分在美国法上没有疑虑。第二个层面是对被追诉人进行的采样。这种DNA样本的采集基本上是通过抽取血液或以其他方式采集被追诉人的身体细胞来完成,对这一行为在美国法上是否合法的讨论是从检测驾驶员的血液酒精浓度的采血行为开始的。

(2)大陆法系国家刑事DNA样本采样规范研究。德国《刑事诉讼法》以检查对象是否为被追诉人,对侵犯性身体检查的要件和程序进行了分类。例如对被追诉人进行身体检查的要件和程序为:①为确定诉讼上重要事实而有必要。②原则上须得到被追诉人的同意,除非采集血液样本和其他由医生依据医疗规则以检查为目的的行为,对被追诉人的健康无不利影响者。③取自被追诉人的血液样本或其他身体细胞,限于以其为基础的诉讼程序才可以进行。当不再需要时,即应毁弃。

1.2.2.3 刑事DNA证据的证据能力和证明力问题

目前在美国文献论述中,认为刑事DNA证据可采性的判断标准有两个:第一是佛莱伊(Frye)法则,第二是道伯特(Daubert)法则。佛莱伊法则是指为了使新的科学证据在法庭上被法官采纳,其首要条件是在科学领域得到科学家的普遍认同。法官会以专家证人的证词是否符合佛莱伊法则为判断标准,如果不符合该法则,该专家证言应被排除。目前,佛莱伊法则已成为美国联邦及州法院评估专家证言是否具有可采性的依据。佛莱伊法则本身建立了两项基本原则,其适用顺序为:首先,确认专家学者意见是否属于科学技术的领域和范围。其次,再核对该意见涉及的科学技术是否已广泛地被同领域的团体、专家学者所接受或认同。随着时光的流逝,佛莱伊法则成为美国“几乎所有法院”的法律。但佛莱伊法则也遭到了广泛的批评,主要

^①参见尹腊梅:《美国非法证据排除规则的确立、发展及趋势》,载徐静村主编:《刑事诉讼前沿研究(第五卷)》,北京:中国检察出版社,2006年版,第307页。

原因在于对该法则的严格适用妨碍了基于新兴科学和跨学科研究成果的科学证据的使用^①。在科学领域,流行的主流范例被随后的证明先前结果为伪的研究所推翻是经常发生的事。因此,即使某科学理论符合佛莱伊法则中的普遍接受原则的要求,所得的数据也可能会表明该理论缺乏经验有效性。因此,依赖表象可能会导致采纳“垃圾”或者站不住脚的科学。

1993年道伯特诉梅里尔·道药品公司案中,美国联邦最高法院通过对制定法的解释得出结论,认为《联邦证据规则》第702条根本就没有将“普遍接受”确立为科学证据可采性的一个绝对前提条件。但美国联邦最高法院在该案中指出佛莱伊法则被《联邦证据规则》所取代,并不意味着这些规则本身对于科学证据的可采性没有任何限制,也不意味着法官不能对这类证据进行审查。相反,根据《联邦证据规则》的规定,法官必须确保所采纳的所有科学证据既具有相关性,又具有可靠性。道伯特法则是指可疑的科学证据被提出于法庭时,法官担任守门员的角色,应当阻止其进入法庭作为判断的依据。现在该科学证据的范围延伸至所有的专家证言或陈述。这种灵活的判断标准应由法官去掌握,其结果是许可或拒绝专家证言进入法庭,从而避免对被告人的诉讼防御权造成不利影响。1993年6月28日,美国联邦最高法院在对道伯特案件的判决中明确提出以下判断标准:第一,该科学理论是否可以通过实验来验证;第二,该专家所提的证据是否曾提供给其他同行验证过;第三,应参考已知的科学误差;第四,是否被相关专业领域的专家所认同。该法则对证据的可采性、可信性和相关性进行了审查,且确认法官是上述审查的决定者^②。总的来看,道伯特法则、证据规则以及对抗制都是被用来过滤科学知识的,以防止无根据的、未经检验的或者纯粹臆测的研究进入并污染法律决策过程。

①参见[美]罗纳德·J.艾伦,理查德·B.库恩斯,埃莉诺·斯威夫特著:《证据法:文本、问题和案例(第三版)》,张保生,王进喜,赵滢译,北京:高等教育出版社,2011年版,第727-728页。

②参见刘晓丹著:《论科学证据》,北京:中国检察出版社,2010年版,第61页。

1.2.2.4 刑事DNA证据的审查判断问题

在域外法治国家,法官对于以刑事DNA证据为代表的科学证据的审查和判断通常从以下两个方面进行:第一,刑事DNA证据的证据能力问题;第二,刑事DNA证据的证明力问题。只有先解决证据资格问题后,才需再由法官去判断证据的证明力大小。在美国,刑事DNA证据通常以专家证言的形式提交于法庭,法官通常需要审查DNA样本采样的合法性,如是否取得法官的司法令状等。再审查专家证人是否具有相应的专业知识、能力、实验条件等以及出具专家证言的证人是否出庭接受质证。以德国为代表的大陆法系国家,刑事DNA证据通常以鉴定意见书的形式提交于法庭,所以对于刑事DNA鉴定意见书的审查就相当重要,需对鉴定人是否具有相应的资质,DNA鉴定实验室是否获得国家的认可,鉴定意见书的法律形式是否完备,鉴定人是否出庭作证等方面进行审查。

1.3 研究意义

1.3.1 刑事DNA证据研究的理论意义

为了准确界定刑事DNA证据的内涵,本书所探讨的刑事DNA证据包括刑事DNA样本证据和刑事DNA鉴定意见证据。刑事DNA证据是非常重要的法定证据种类之一,包含在鉴定意见和物证等法定证据之中。对刑事DNA证据进行系统的研究对于完善我国的证据制度具有重要理论意义。因此,本书力求系统、深入地研究刑事DNA证据的理论基础、功能价值以及反思我国刑事诉讼实践中存在的问题,并在此基础上提出解决问题的方法。本书对刑事DNA样本采样、分析与基本人权保障、刑事DNA样本采样和分析的法律规制问题进行了系统的研究,并提出了相应的立法完善建议。同时笔者也系统研究了刑事DNA证据制度的核心问题,即刑事DNA证据的证据资格和证明价值问题。