

现代侦查取证程序

现代|侦查|取证|程序

XIANDAI ZHENCHA QUZHENG CHENGXU

孙长永/主编

随着刑事科学技术的迅速发展，人体体液、血液等在控制犯罪中的地位愈来愈重要，因此，有专门机关对人体体液、血液等的强制收集权力。但是此强制收集权力之运用极易侵犯人权。保障人权是当代刑事诉讼的两大目的，因此揭示强制采样与人权保障之紧张冲突，并在此基础之平衡，对于实现刑事诉讼的双重目的无疑具有重要的意义。

一、刑事诉讼中强制采样与人权保障之紧张冲突

刑事诉讼中的强制采样是指公安司法机关未经被采样人的允许和同意而强制从其体内或者体外采集样本。强制采样的目的是为司法鉴定提供材料。采集样本的范围包括人体血液、唾液、精液及人体其他分泌物、毛发、阴毛、指甲、指纹、掌纹及身体任何其他部位类似的印记。刑事诉采样作为一种强制性的侦查手段，它与被采样人的人身自由权、身体权和隐私权等密切相关。揭示强制采样与人权保障之紧张冲突，揭示强制采样与人权保障之冲突机理，是实现强制采样与人权保障前提。为此，有必要对强制采样与人权保障之冲突分析如下。

（一）强制采样与人身自由权之紧张冲突

人身自由权，即人的身体自由不受国家权力之非法侵犯的权利。它是最古老的宪法权利之一。《自由大宪章》以来的宪法中，基本上都对此做出了规定。与其他自由权相比，人身自由权是其中最基本自由权。若无此，其他自由权当然与禁止奴役、酷刑及信仰自由权利不同，人身自由权只是一种相对性的权利。在一定的条件下可以被克减。正是基于此，人类

XIANDAI ZHENCHA QUZHENG CHENGXU

现代侦查取证程序

XIANDAI ZHENCHA QUZHENG CHENGXU

孙长永/主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

现代侦查取证程序/孙长永主编. —北京: 中国检察出版社, 2005
ISBN 7-80185-386-5

I. 现… II. 孙… III. ①侦查-证据-学术会议-文集②人权-
保护-学术会议-文集 IV. D918-53 ②D913.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 130884 号

现代侦查取证程序

孙长永 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010) 68630385 (编辑) 68650015 (发行) 68650029 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 787mm×960mm 16 开

印 张: 23.75 印张

字 数: 424 千字

版 次: 2005 年 12 月第一版 2005 年 12 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-386-5/D·1365

定 价: 43.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序 言

2005年6月12日，由西南政法大学与重庆市人民检察院第一分院联合举办了“侦查取证与人权保护理论研讨会”，国内60余名学者、专家和实务工作者莅临会议，发表了很好的意见，进行了热烈的讨论。不能亲临的几位学者，如中国人民大学陈卫东教授、中国政法大学宋英辉教授和顾永忠教授、德国科隆大学魏根特教授等，还寄稿作书面发言；法国马赛第三大学刑事法研究中心主任西玛蒙蒂教授也在会后提交了论文，以备会议文集出版时收入。应当说这是一次主题突出、很有收获的学术研讨会。

会议的主题是侦查取证与人权保护。众所周知，刑事裁判，必须以事实为根据，而认定事实，只能凭证据。因此收集证据，发现案件事实的侦查活动，是全部犯罪追究活动的基础，在这个意义上可以说，侦查环节，是刑事司法活动最具有实质意义的环节。即使在审判中心主义之下，侦查也成为审判的前提与基础。而在我国三机关分工负责、互相配合、互相制约的体制中，侦查的效能与质量，对整个刑事诉讼更具有决定性的意义。因此，对侦查程序与侦查取证的实务问题，诉讼法学应当充分关注。

关注侦查取证，也是由于目前的司法实务暴露出一些问题，如从湖北余祥林案等冤假错案中，我们应当吸取教训，应当反思我们的制度设计与实际操作。由于各方面的原因，我们诉讼法学者对侦查程序，尤其是侦查实务长期关注不够；或者即使关注，也未能从实务的角度，深入地分析有关问题，以致出现了理论与实践严重脱节的情况。我曾经说过刑事司法的显规则、潜规则以及言规则严重脱节，甚至出现一种我所谓的“理论反对实践”的现象。例如侦查活动中的律师会见，虽然法律与一系列规范性文件的规定十分明确，但会见权的保障并不到位。又如，法律和司法解释对侦查取证手段尤其是人证的取证手段作了一系列限制，但在实践中违背法律

禁止性规定采用侦查取证手段的并不罕见。

侦查活动中理论与实践的矛盾，显规则与潜规则的冲突，实际上就是有效侦查与人权保护之间相互矛盾的体现，这种矛盾也就是刑事司法中最基本的，甚至可以说是永恒的矛盾：打击犯罪与保障人权的矛盾。我们研究侦查程序以及侦查取证的实际活动，就是要研究如何在中国目前的情况下处理好侦查取证与保护人权的关系，尤其是要注意对侦查取证进行技术性的深入分析，从一般化的法理阐述中深入下去，细致地把握侦查中的法律技术问题，并且把理论与实践较好地结合与统一起来，产生具有真知灼见，能够充分解释实践，并能有效指导与影响实践，促进实践改进的研究成果。

我们西南政法大学刑事诉讼法学科，在学术上不断探索，学科建设不断发展。徐静村教授主持的关于刑事诉讼法修改的学者建议稿，经过长期努力，几易其稿，已经定稿并提交有关部门。孙长永、牟军等教授在侦查、审判程序、证据制度等方面也有深入研究，而且卓有成效。学术梯队里的其他学者也积极努力，产生一些后起之秀。我们希望加强与国内外学术界、实务界的交流，进一步加强学科建设，推动学术发展。

西南政法大学校长、教授
诉讼法与司法改革研究中心主任

龙宗智

目 录

序言 _____ 龙宗智 (1)

一 侦查取证的各种方法

强制采样与人权保障之冲突与平衡 _____ 陈光中 陈学权 (1)

- 一、刑事诉讼中强制采样与人权保障之冲突 / 1
- 二、强制采样与人权保障之平衡：域外之考察 / 5
- 三、强制采样与人权保障之失衡与矫正：中国的问题与出路 / 14

论秘密侦查及其对刑事司法制度的挑战 _____ 陈卫东 程 雷 (20)

- 一、研究背景与主题 / 20
- 二、理论分析的起点：秘密侦查与主动型侦查的界定 / 23
- 三、秘密侦查、主动型侦查对刑事司法制度的挑战 / 28
- 四、理论与实践的回应方案断想 / 37

刑事侦查中秘密拍照手段的运用与人权保护 _____ 樊学勇 林铁军 (41)

- 一、刑事侦查中秘密拍照技术的运用及其特征 / 41
- 二、秘密拍照运用中惩罚犯罪与人权保护的冲突 / 42
- 三、域外关于秘密拍照立法、实务、理论的考察 / 44
- 四、完善秘密拍照立法，强化人权保护 / 47

论卧底侦查 _____ 杨 明 (51)

- 一、卧底侦查的法理基础 / 52
- 二、卧底侦查的适用 / 56
- 三、卧底侦查的法律补救 / 58

监听手段的合理运用及其限制 _____ 李 明 (61)

- 一、监听的必要性——打击犯罪维护国家安全 / 61
- 二、监听的危害性——侵犯公民基本权利并导致司法伦理困境 / 66
- 三、冲突的解决——监听的合理运用及其限制 / 71

毒品犯罪中的监听与人权保护 _____ 戴萍 张涛 (86)

- 一、我国目前将监听作为特殊侦查措施规范化的规定 /86
- 二、利用普通侦查措施打击毒品犯罪案件所面临的难题及司法实践中的做法 /87
- 三、监听侦查技术法制化在打击毒品等严重刑事犯罪中的实践必要性 /88
- 四、监听侦查技术法制化在平衡打击犯罪与人权保护两大价值取向之间冲突的法理正当性 /90
- 五、我国在监听立法中确定人权保护内容的切实可行的构建模式 /93
- 六、结语 /96

关于搜查、扣押电子资料的立法完善问题 _____ 宋英辉 (97)

- 一、关于搜查、扣押电子资料的立法模式 /97
- 二、关于截取计算机网络传输的信息 /98
- 三、关于搜查、扣押电子资料的决定权 /99
- 四、关于协助义务 /100
- 五、关于保守秘密及保护当事人和相关人的合法权益 /101

我国侦查程序中辨认制度之构建 _____ 郭云忠 (103)

- 一、辨认前的预备行为 /103
- 二、辨认的进行 /106
- 三、辨认笔录及其证据价值 /110

侦查程序中犯罪嫌疑人年龄证据的保全与人权保障

——刘炳松故意伤害案研究 _____ 杨建广 (113)

- 一、背景材料 /113
- 二、判例内容 /114
- 三、案件争议焦点与基本证据 /116
- 四、法理分析 /120

二 侦讯与供述

人权保障视野中讯问方法的合理运用 _____ 李建明 (124)

- 一、人权保障原则对讯问犯罪嫌疑人制度的制约 /124
- 二、讯问方法面临的价值冲突 /128
- 三、讯问方法合法性与非法性的判断 /130
- 四、提高讯问效率与提高人权保障水平 /136

对刑法第 43 条的反思 _____ 刘梅湘 (138)

- 一、审讯策略中的欺骗、威胁、引诱讯问方法之考察 /138
- 二、欺骗、威胁、引诱讯问方法之道德许容性 /142
- 三、欺骗、威胁、引诱讯问方法之禁区 /145
- 四、对非法讯问方法的重新界定 /148

人权保护维度下的口供获取 _____ 冀祥德 刘 玥 (149)

- 一、口供的特殊性与人权保护的必要性 /149
- 二、人权保护维度下口供获取的若干规则 /151
- 三、人权保护维度下口供获取的若干程序性保障 /161
- 四、人权保护维度下口供获取的激励机制 /163
- 五、结语 /165

翻供之辨析与翻供者人权之保障 _____ 周国君 史立梅 (166)

- 引言 /166
- 一、翻供概念辨析 /167
 - 二、翻供性质与效力辨析 /171
 - 三、翻供原因辨析 /174
 - 四、翻供者人权之保障与翻供对策研究 /177

刑事沉默权与人权保护 _____ 杨 晓 (186)

- 一、沉默权的概念及内容 /186
- 二、沉默权的价值析解 /189
- 三、我国刑事诉讼法确立沉默权的立法构想 /191

三 侦查阶段的律师帮助

关于建立侦查讯问中律师在场制度的尝试与思考 _____ 顾永忠 (196)

- 一、试验的基本情况 & 试验结果 /197
- 二、对本次试验结果与未参加试验案件的对比分析 /199
- 三、本次试验存在的不足 /203
- 四、启示与思考 /204

论侦查阶段的控辩平衡

——从侦查阶段应建立指定辩护制度谈起 _____ 王圣扬 朱广宇 (207)

- 一、侦查阶段律师辩护的必要性 /207
- 二、侦查阶段建立指定辩护制度的必要性 /210
- 三、侦查阶段建立指定辩护所应解决的问题 /211

关于在侦查程序中设立指定辩护制度的构想 _____ 李佑标 (215)

- 一、侦查程序设立指定辩护制度的学术争议 /215
- 二、侦查程序设立指定辩护制度的必要性 /216
- 三、侦查程序设立指定辩护制度的可行性 /219
- 四、侦查程序设立指定辩护制度的若干构想 /221

侦查阶段律师帮助权的范围比较研究 _____ 郭明文 (224)

- 一、前言 /224
- 二、侦查阶段律师帮助权的价值 /225
- 三、侦查阶段律师帮助权的范围比较法考察 /227
- 四、我国侦查阶段律师帮助权范围的检视与完善 /234
- 五、结语 /239

四 侦查行为的司法审查

刑事侦查中的司法令状制度探析 _____ 孙长永 高峰 (240)

- 一、令状的种类和适用范围 /240

- 二、令状的要件 /246
- 三、令状的申请、签发和救济程序 /253
- 四、令状制度的价值 /259
- 五、对令状制度的反思 /263
- 六、关于我国建立司法令状制度的立法思考 /269

试论强制侦查行为在我国的司法审查

——以审前逮捕措施为例谈对司法审查“法院行使论”的不同看法——余捷 (278)

- 一、强制侦查行为在我国应由检察机关进行司法审查 /278
- 二、强制侦查行为在我国由检察机关进行司法审查的理由 /279
- 三、结语 /287

技术侦查及其司法控制 _____ 陈胜才 刘昌强 (289)

- 一、技术侦查的概念 /289
- 二、技术侦查措施对刑事侦查的重要意义 /290
- 三、技术侦查的立法缺陷及运用中存在的问题 /291
- 四、国外对技术侦查及其司法控制的立法例 /292
- 五、对技术侦查的立法及司法控制机制构想 /294

检察环节刑事程序性审查制度初探 _____ 曾军 (299)

- 一、引言 /299
- 二、构建检察环节刑事程序性审查制度的必要性 /299
- 三、检察环节程序性审查制度性质、功能及基本原则 /301
- 四、检察环节程序性审查制度设计的构想 /304

⑤ 关于侦查取证的立法建议

在权力与权利之间

——刑事诉讼法再修正中侦查取证立法的基本构想 _____ 潘金贵 (308)

- 一、引论：侦查取证立法——权力与权利的博弈 /308
- 二、在权力和权利之间：侦查取证立法的基本构想 /310
- 三、结语：侦查取证立法——徘徊在理想与现实之间 /324

论侦查程序与人权保障

——兼论侦查程序、人权保障与侦查效率的关系 _____ 管光承 刘莹 (326)

- 一、国内对侦查程序与人权保障的研究现状 /327
- 二、刑事侦查程序中对犯罪嫌疑人和被告人的人权保障 /330
- 三、刑事侦查程序中对被害人、证人、举报人和警察的人权保障 /334

⑥ 域外法制

德国现代侦查程序与人权保护 _____ [德]托马斯·魏根特著 刘莹译 (338)

- 一、前言 /338
- 二、现代侦查技术 /338
- 三、警方讯问 /343
- 四、法律帮助 /345
- 五、侦查程序的司法控制 /348

Perben II 法与法国刑事诉讼中的

权利保障 _____ [法]西尔维·西马蒙蒂著 施鹏鹏译 (352)

- 一、检察院职权的强化与司法保障的间接弱化 /353
- 二、造成司法保障直接弱化的诸项改革 /359

后 记 /368

① 侦查取证的各种方法

强制采样与人权保障之冲突与平衡

陈光中* 陈学权**

随着刑事科学技术的迅速发展，人体体液、血液等采样标本在控制犯罪中的地位愈来愈重要。因此，有必要赋予国家专门机关对人体体液、血液等的强制收集权力，但是此强制收集权力之运用极易侵犯人权。控制犯罪与保障人权是当代刑事诉讼的两大目的，因此，揭示强制采样与人权保障之紧张冲突，并在此基础上谋求两者之平衡，对于实现刑事诉讼的双重目的无疑具有重要的意义。

一、刑事诉讼中强制采样与人权保障之冲突

刑事诉讼中的强制采样是指公安司法机关未经被采样人的允许和同意而强制从其体内或者体外收集样本或标本。强制采样的目的是为司法鉴定提供材料，采集样本的范围包括人体血液、唾液、精液、尿液、粪便及人体其他分泌物、毛发、阴毛、指甲、指纹、掌纹及身体任何其他部位类似的印记。刑事诉讼中的强制采样作为一种强制性的侦查手段，它与被采样人的人身自由权、身体权和隐私权等密切相关。分析强制采样与人权保障之紧张冲突，揭示强制采样与人权保障之冲突机理，是实现强制采样与人权保障平衡之基本前提。为此，有必要对强制采样与人权保障之冲突分析如下：

（一）强制采样与人身自由权之冲突

人身自由权，即人的身体自由不受国家权力之非法侵犯的权利。它是最古

* 中国政法大学终身教授、博士生导师。

** 中国政法大学诉讼法学博士生。

老的宪法权利之一，自1215年《自由大宪章》以来的宪法中，基本上都对此做出了规定。与其他自由权相比，人身自由权是各种自由权中之最基本的自由权；若无此，其他一切自由权皆为空谈。当然，与禁止奴役、酷刑及信仰自由等绝对性权利不同，人身自由权只是一种相对性的权利，在一定的条件下可以被克减。正是基于此，人类关于人身自由权保障的奋斗理想并不是完全废除剥夺或限制自由的国家措施，而是注重从程序上的合法控制，即“人们所不赞成的并不是剥夺自由本身，而是任意的和非法的剥夺。它使国家立法机关有义务准确地界定允许剥夺自由的情况和应该适用的程序，并使独立的司法机关有可能在行政机关或执法公务人员任意或非法剥夺自由时采取迅速的行动。”^①关于人身自由权之保障，联合国《公民权利和政治权利国际公约》第9条第1款规定：“人人有权享有人身自由和安全。任何人不得加以任意逮捕或拘禁。除非依照法律所确定的根据和程序，任何人不得被剥夺自由。”该条第2款、第3款、第4款和第5款还对国家剥夺人身自由的法律程序和救济机制进行了规定。我国宪法第37条规定：“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由，禁止非法搜查公民的身体。”

在强制采样过程中，国家对人身自由权之剥夺或限制主要体现在：其一，强迫被采样人到指定的场所接受采样是对其人身来去自由之限制。对已经被合法逮捕或拘禁的人，因其人身来去自由本来已经受到了限制，也就不存在所谓的强制采样对其人身来去自由之侵犯。但是，对没有被逮捕或拘禁的人，在正式实施强制采样之前，被采样人往往被强制带到指定的场所接受采样，这实际上就是对其人身来去自由之限制。其二，在强制采样的过程中，被采样人的人身行动自由受到了压制。为便于强制采样之正常进行，在强制采样过程中被采样人的相关器官或组织往往在采样人的控制之中，如采样人从被采样人身体内获取血液、唾液、精液等，无不需被采样人的相关器官或组织予以配合。其三，强制采样结束之后，相关法律手续之履行也会在一定的程度上限制被采样人之人身自由。基于程序正当之要求，强制采样一般都要制作采样笔录，被采样人往往被迫在此笔录上签名。不仅如此，基于防止误判之精神，强制采样后对其采集的样本封存时被采样人往往也被迫签名或捺印。这些被迫之签名或捺

^① [奥] 曼弗雷德·诺瓦克著，毕小青等译：《人权公约评注——联合国《公民权利和政治权利国际公约》》，三联书店2003年版，第160页。

印显然也是对被采样人人身自由之限制。

（二）强制采样与身体权之冲突

关于身体权之内涵和外延，德国学者认为：“身体权，应指以自然人内外部之肉体为标的而所享有之权利。具体而言，身体权又称人身不受侵害权，亦即保持人之躯体、四肢完全、不受他人妨害、任意使用或侵害为内容之权利，其不仅止于健康之保护而已，其他侵害身体完整性之行为，亦在概念之中，例如发式之变更、血液之抽取，亦属之。”^①我国民法学学者一般认为，身体权仅指自然人保持其身体组织完整并支配其肢体、器官和其他身体组织的权利；而自然人保持身体机能正常和维护健康利益的权利则属于健康权之范畴；身体权和健康权两者均属于人格权之基本范畴^②。鉴于身体完整权和健康权两者有时存在密不可分之关系，如折断人的肢体，则既侵犯人的身体完整权，又侵犯人的健康权，因此本文关于“强制采样与身体权之冲突”语境中的身体权乃广义之身体权，即包含健康权和身体完整权。

作为基本民事权利的身体权，有的国家甚至将其作为一项宪法权利予以保障。如联邦德国《基本法》第二章第2条规定：“每个人都有生命和人身完整之权利。”再如葡萄牙共和国1976年宪法第25条、西班牙1978年宪法第15条等也都对身体完整权做出了规定。另外，《经济、社会和文化权利的国际公约》第12条将健康权作为一项基本人权予以了规定；联合国《公民权利和政治权利国际公约》将身体完整权作为隐私权的组成部分在第17条予以了规定^③。

刑事诉讼中强制采样对身体权之侵犯主要体现在：其一，对人体血液、唾液、头发等之强制收集侵犯了人的身体完整权。保持身体组织的完整并支配其肢体、器官、血液等是身体完整权之核心。在强制采样的过程中，人体体液等组织被强制与人体分离，从而侵犯了被采样人身体之完整性，而且强制收集的人体体液等组织之司法使用也违背了被采样人对自己的身体组织之支配权。其二，有些强制采样方法严重侵犯了被采样人的健康权。如在德国1963年的“脊髓抽查案”中，一名地区法官命令被告人接受抽取腰部脊髓的医疗检查以

① Theodor Maunz、Reinhold Zipplius，陈敏等译：《德国宪法学》，“台湾国民大会”宪政研讨委员会1986年版，第131页。

② 王利明主编：《民法》，中国人民大学出版社2000年版，第514—516页。

③ 同注①，第294页。

决定其精神状态，后被告人以其严重侵犯身体健康为由向宪法法院申诉，宪法法院支持了被告人的申诉请求，而将案件发回重审^①。再如追诉机关有时为了收集被犯罪嫌疑人吞咽的毒品、物品等，通过强制服药等方式迫使犯罪嫌疑人呕吐而收集样本。类似这样的强制采样无疑有可能会对被采样人的身体健康产生负面影响。

（三）强制采样与隐私权之冲突

“隐私权”作为一个正式的法律概念，是在一个多世纪以前，美国两位著名法学家萨缪尔 D. 沃伦和路易斯 D. 布兰戴斯在《哈佛法律评论》1890 年第 4 期发表的《隐私权》（The Right to Privacy）一文中出现的，其最先之概念，原仅在侵权行为法之层次^②。正是由于隐私权概念提出较晚，而且给其下一个统一的定义非常困难，因而世界各国大部分成文宪法和国际人权公约都没有明确提及隐私权之概念，而是采用“私生活”（Private life）之提法，如联合国《世界人权宣言》第 12 条规定：“任何人的私生活、家庭、住宅和通信不得任意干涉，他的荣誉和名誉不得加以攻击，人人有权享受法律保护，以免受这种干涉或攻击。”联合国《公民权利和政治权利国际公约》第 17 条第 1 款规定：“任何人的私生活、家庭、住宅和通信不得加以任意或非法干涉，他的荣誉和名誉不得加以非法攻击。”关于隐私权之范围，存在着广义与狭义之说。狭义的隐私权仅指不包括住宅、通讯自由等在内的其他私生活权，广义的隐私权则包括住宅、通讯自由权等所有与个人私生活相关的权利^③。关于住宅自由、通讯自由等宪法性权利，各国宪法和国际人权公约一般都做出了明确规定。至于狭义的隐私权之范畴，各国宪法和国际人权公约一般都没有明确的界定，不过联合国人权事务委员会和欧洲人权法院一般认为它包括：个人的身份；个人的外表；性的选择权和身体权；身体完整权；决定是否进行医疗权以及个人资料的保护等^④。

我国宪法关于隐私权之保障，主要体现在宪法第 38 条、第 39 条和第 40

① 张千帆：《西方宪政体系》（下册），中国政法大学出版社 2001 年版，第 394 页。

② 林建中：“隐私权概念初探——从美国法之观点切入”，载《宪政时代》23 卷第 1 期，第 55 页。

③ 同上一页注①，第 293 页。

④ 国际人权法教程项目编写组：《国际人权法教程》（第 1 卷），中国政法大学出版社 2002 年版，第 200 页。

条关于公民的人格尊严权、住宅不受侵犯权和通讯自由权的规定中。至于公民私生活权之法律保障，从理论上我们可以将隐私权纳入一般人格权之下位概念，以宪法第38条作为我国私生活隐私权之宪法根据。在我国司法实践中，对公民私生活之侵犯，常常将其作为侵害名誉权处理^①。关于隐私权之具体内容，我国民法学者一般认为，它包括个人生活安宁权、个人生活信息保密权、个人通讯秘密权和个人隐私使用权四个方面^②。这与国际社会关于隐私权保护的内容也基本是一致的。

刑事诉讼中强制采样对隐私权之侵犯主要体现在：其一，强制采样之实施过程侵犯了公民的个人生活安宁权。所谓个人生活安宁权，是指权利主体有权按照自己的意志从事或者不从事与社会公共利益无关的活动，而不受干扰之权利。在强制采样的过程中，被采样人被迫暴露身体某些部位，被迫让采样人从其身体上抽取某些体液，这难免会让被采样人感到一些屈辱和羞耻，精神上也会受到很大的压抑和打击。甚至在一些强制采尿场合，被采样人被迫暴露生殖器，由采样人将导尿管插入尿道或膀胱获取尿液^③。这类强制采样行为无疑严重侵犯了个人尊严。其二，样品之分析可能会严重侵犯个人不愿公开的信息资料和秘密。在有关血液分析以及DNA鉴定过程中，与个人信息密切相关的个人血型、健康状况、身体缺陷、既往病史以及遗传基因等可能会被显示。尤其是随着生命科学的飞速发展，承载着个人独特信息的基因逐渐被认为是个人隐私的深层次内容和核心部分^④。因此，在样品分析过程中，国家实际上已经侵入了公民隐私的最核心内容；而且一旦这些基因信息被泄露和滥用，个人的隐私权将被再次受到严重的侵害。

二、强制采样与人权保障之平衡：域外之考察

尽管强制采样与人权保障之间存在着紧张的冲突关系，但是国家基于控制犯罪之需要对公民权利进行适当的限制依然是必要的，这诚如英国著名法官丹宁所言：“每一社会均须有保护本身不受犯罪分子危害的手段，社会必须有权

① 见最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第140条的规定。

② 王利明主编：《民法》，中国人民大学出版社2000年版，第514—516页。

③ [日]田口守一著，刘迪等译：《刑事诉讼法》，法律出版社2000年版，第73页。

④ 刘大洪：“基因技术与隐私权的保护”，载《中国法学》2002年第6期，第76页。

逮捕、搜查、监禁那些不法分子。只要这种权力运用适当，这些手段就是自由的保卫者。”^① 因此，强制采样与人权保障冲突之消除，并不是意味着必须禁止强制采样手段之运用，而关键应是保证国家强制采样权“运用适当”。他山之石，可以攻玉。基于此，在具体建构中国强制采样“适当运用”之前，本文拟先对域外寻求强制采样与人权保障平衡之做法做一番考察。

（一）英美法系国家：以美国和英国为代表

1. 美国

尽管强制采样违背了被追诉人的意志，有使其自证其罪之嫌；但是，美国法院的判例认为对被追诉人强制采样并没有侵犯宪法第五修正案规定的不自证其罪特权。1966年美国最高法院在施默伯诉加利福尼亚州（Schmerber V. California）一案中明确表示：不自证其罪仅局限于不被强制说出对自己不利之事实或提供不利自己之文书，抽血及作化学分析之报告不在此特权保障范围之内^②。随后于1983年美国最高法院在南达科塔州诉内维尔（South Dakota V. Neville）一案中又指出，强制从被告人身上抽取的血液属于物的证据，这并不违反宪法第五修正案^③。对此，美国著名的证据法学家威格摩尔（J. Wigmore）曾言：“若回溯其（不自证其罪特权）历史发展，应将其适用对象限于口头供述及书面供述等具有意思传达性格之提出。”^④

但是，这并不意味着在美国对被追诉人强制采样不受法律约束。实际上，在美国对强制采样之司法控制主要是由宪法第四修正案完成的。宪法第四修正案规定：“人民的人身、住宅、文件和财产有不受无理搜查和扣押的权利。”该修正案以保障公民的隐私为其理论根据，对此美国著名的证据法学者华尔兹（Jon R. Waltz）教授曾指出：“我们必须承认，美国公民有权实现隐私权的合理预期是隐藏在第四修正案之后的价值观念。联邦最高法院也是以这种观点来看待第四修正案的。”^⑤ 根据第四修正案，对公民进行强制采样视为是对其进行的人身搜查和扣押，也即扣押的标的物除了一般的物品外，还包括人体毛

① [英] 丹宁著，李克强等译：《法律的正当程序》，法律出版社1999年版，第109页。

② Schmerber V. California, 384 U. S 757. (1966) .

③ South Dakota V. Neville, 459 U. S 553. (1983) .

④ 谢秉琦：“论我国身体检查之缺失”，载台湾《军法专刊》47卷第20期，第34页。

⑤ [美] 乔恩·R. 华尔兹著，何家弘等译：《刑事证据大全》，中国人民公安大学出版社2004年版，第256页。