

非法实施人类基因医疗技术之刑法规制

——以“基因编辑婴儿”事件为例

● 戴琬瑜

摘要:由于刑法对非法实施人类基因医疗技术行为的缺位,导致基因医疗犯罪只能挂钩于其他罪名,如《刑法修正案(十一)》(草案)第二十三条将非法基因编辑行为以非法行医罪纳入犯罪范畴。非法实施人类基因医疗技术不仅会侵犯社会伦理道德,甚至会冲破人类社会的稳定,危害公共安全,刑事立法亟待设立专属罪名予以规制——基因医疗犯罪。设立基因医疗犯罪时,必须坚守底线,禁止实施突破伦理道德的人类基因医疗技术;在此基础上强化红线,禁止以生殖为目的的人类基因医疗技术的临床应用;明确罪与非罪的边界,以预防和治疗疾病为目的的人类基因医疗技术非犯罪。

关键词:基因医疗犯罪;基因编辑;刑法规制

[DOI]10.12279/j.issn.1004-0927.2021.01.184

一、问题之提出:非法实施人类基因医疗技术缺乏专有罪名

贺建奎团队于2018年11月26日对外宣称,一对名叫露露和娜娜的全球首例基因编辑婴儿于中国诞生,这对婴儿经过基因编辑,具有天然对抗艾滋病的能力。事件发生后,引发了一场医学界、法学界等社会各界的轩然大波,国际社会也对该事件争论不休。

那么,“基因编辑婴儿”事件到底给人类社会产生了什么影响?首先,贺建奎团队未经申请和审批便进行了基因编辑行为,根据国办发[1998]36号《人类遗传资源管理暂行办法》第二条、第四条^①的规定,贺建奎的实验是违法违规的。其次,贺建奎对婴儿进行基因编辑真的有必要吗?2017年3月至2018年11月期间,贺建奎对外招募了8对艾滋病病毒抗体男方阳性、女方阴性的夫妻,对人类胚胎的基因(CCR5)进行编辑后植入女方体内,使胎儿出生后天生便能获得抵抗艾滋病病毒的能力。然而,就目前的医疗技术和水平,通过成熟的洗精和阻断技术便可以成功避免上述父母的孩子遗传艾滋病。贺建奎在实验的早期已经做了洗精,胎儿此时已经不会遗传父亲的艾滋病。也就是说,贺建奎为提高个人名利,将实质上属于基因增强的实验谎称为基因编辑实验,世界各国均有类似实验,但都停留在胚胎阶段,并没有实质性的科研突破。因为基因编辑涉及诸多伦理问题,最先触碰的就是生命伦理,突破了人类自然生殖方式,破坏了生存法则,经济能力强悍的人群可以自由选择自己或者后代的智慧水平、样貌等,滥用基因技术面临巨大风险,人类社会将进入猛烈动荡之中。^②所以,绝大多数国家禁止编辑人类胚胎。最后,这对被修改基因的婴儿露露和娜娜的人生谁来负责?在这次案件中,露露和娜娜作为胚胎,无意思自治和表达能力时,基因即被修改,且这次实验造成“脱靶效应”^③,使露露和娜娜面临严重的生命及健康风险。

贺建奎所进行的基因编辑婴儿研究是一项没有任何必要性和先进性、有着重大动机不纯可能性的违法行为。将个人名利以科学的名义——预防艾滋病做伪装,凌驾于法律和道德伦理之上,罔顾可能对两个女孩、对孩子母亲、对整个人类可能导致的风险。然而,纵观我国法律体系,刑法对于非法实施人类基因医疗技术规制的缺位,导致贺建奎等人的违法行为只能挂钩在其他罪名之上^④。因此,非法实施人类基因医疗技术亟待在刑法中设立专有罪名,并明确实施人类基因医疗技术的刑法边界。

对于非法实施人类基因医疗技术的行为,刑法应当设立专有罪名——基因医疗犯罪,由于基因医疗犯罪不仅会引发伦理问题,还会冲击人类社会稳定,危害公共安全。因此,应将基因医疗犯罪放入刑法分则第二章危害公共安全罪中。基因医疗犯罪其基本构成要件是违反国家有关规定,滥用人类基因医疗技术,冲击医疗卫生秩序,足以危害公共安全的行为。

二、非法实施人类基因医疗技术刑法规制之必要性

人体实验虽然在一定程度上有利于社会进步,但当专注于医学研究、科学进步的同时也应当重视该项研究的合伦理性、合法性。二战时期,德国医生和医学家在纳粹集中营中对战俘进行的“纳粹人体实验”便是人类史上惨痛的教训。科学崇尚的是真实,而这些科学家、医学家与纳粹沆瀣一气,为了提高个人名利及社会地位,进行人体实验活动,他们以罪恶代替了良知,双手沾满了无辜者的鲜血。如双胞胎实验,纳粹关押1500个双胞胎进行研究,仅有大约200人存活。斯特凡妮和安妮塔是其中一对双胞胎,在实验过程中,她们的眼睛被注射化学药剂,她们的器官被相互移植,以比较她们是否有不同的反应。在纽伦堡军事审判庭医学专门法庭大量调查取证后,针对在战俘和集中营囚犯身上做医学试验的行为进行审判,惨绝人寰的人体实验最终落下帷幕。这是第一次在全球范围内对非法进行人体实验的审判,厘清科学需要与伦理原则之间的内在关系是关键所在。

二战后,纽伦堡国际军事法庭颁布《纽伦堡法典》,其中规定了关于人体试验的十项基本原则。在此之后,许多国家针对相关科技与伦理进行了相关立法。如,法国的第一部关于生命伦理的法律《生命伦理法》,该部法律进行了多次修改,不断完善,要求临床医学在进行人类基因研究时,对人体组织和器官的使用必须充分尊重人体与伦理。^⑤德国对人类体外胚胎在法律上有一套相对完整的保护体系,在民法上,虽然体外胚胎在损害发生之时没有相应的权利能力,但体外胚胎的保护范围不低于儿童。德国的《胚胎保护法》专门规定了人类体外胚胎相关刑法规制问题^⑥,若根据德国《胚胎保护法》第3a条及第5条的规定,“基因编辑婴儿事件”中贺建奎等人,可能被判处5年以下自由刑或相应刑法。由此可以凸显出德国各界对于人类胚胎、人类基因编辑技术等相关问题的重视。

虽然人类基因医疗技术的发展日新月异,但该技术仍具有不

确定性、不可控性。人类基因医疗技术若没有限度的发展,霍金预想的“超级人类”可能会出现,超级英雄也不会只出现在漫威电影中,但这必定会对法律规范以及相关制度产生影响。^⑦目前,我国刑事立法中尚无利用基因医疗技术进行犯罪的专属罪名,而是将该类行为挂钩在其他罪名之上。如,非法行医罪,在刑法修正案(十一)草案第二十三条中,国家立法机关将非法基因编辑行为以刑法第三百三十六条之一的形式纳入非法行医罪的范畴。因此,为防止滥用基因医疗技术犯罪,应对高技术时代带来的风险^⑧,亟待设立基因医疗犯罪,以实现刑法对风险社会的管控^⑨。

三、非法实施人类基因医疗技术之刑法规制建议

正如上文所言,为防止滥用基因医疗技术犯罪的频发,应当尽快设立基因医疗犯罪,从刑事立法上对该类犯罪进行全面规制。在进行立法的同时,必须明确使用人类基因医疗技术的刑法边界,对于造福于人类的研究应当予以保护,对于违反道德伦理与法律规范的研究应当予以规制。^⑩设立并完善基因医疗犯罪有如下建议:

(一) 坚守底线:禁止实施突破伦理道德的人类基因医疗技术

法律是道德的最后一道防线,突破伦理道德的人类基因医疗技术不仅会破坏、解构自然,也会破坏、结构人性,^⑪法律必须坚守这道防线。规范违法说认为,刑法规范的实质是社会伦理规范,非法实施人类基因医疗技术的行为也是违反刑法背后的社会伦理规范。人类基因医疗技术必定会走向成熟,但就算拥有成熟的人类基因医疗技术,仍可能违反社会伦理规范,刑法必须对打破伦理道德底线的利用人类基因医疗技术的犯罪行为进行规制。

一方面,人类基因医疗技术会引发伦理问题。成熟的人类基因医疗技术不仅可以改变人类的外貌、声音、身高等外在因素,甚至通过对人类生殖细胞、胚胎的修改,可以提升人类的智商等内在因素。那么,人们会费尽心机改善自己及后代的基因,提高竞争力。例如,在北美、欧洲等国家,女性可以购买精子通过试管婴儿的方式进行人类剩余辅助类手术,不仅可以对捐精人的人种、身高、年龄进行选择,甚至可以挑选捐精人的学历、职业等,此时婴儿与父母的伦理关系必须予以重视。另一方面,人类基因医疗技术会对人类社会的稳定产生威胁。“物竞天择,适者生存”是从古自今自然生存法则,霍金在自己的遗作《对大问题的简明回答》中提到:“法律可能会禁止对人类做基因改造,但是一些人可能抵挡不住改善记忆、抗病力、寿命等的诱惑。”^⑫也就是说,一旦人类基因医疗技术发展成熟,就算法律禁止利用基因医疗技术改造人类,但是人类抵挡不住成为“超级人类”的诱惑,就会出现基因改造的超级基因人类。这不仅会妨害“物竞天择,适者生存”的自然生存法则,还会使社会倒退到“强者愈强、弱者愈弱”的不平等局面。因此,须对人类基因医疗技术这把双刃剑有清晰的认知,对于利于人类社会发展的基因医疗技术应予肯定与支持,对于突破社会伦理道德的人类基因医疗技术必须严格把控,坚守底线。

(二) 强化红线:禁止以生殖为目的的人类基因医疗技术的临床应用

虽说人类基因医疗技术必定会走向成熟,但现实是人类基因医疗技术尚未成熟,以生殖为目的应用人类基因医疗技术所带来的损害是不可控的,不仅损害后果的出现周期长短不可控,损害后果的程度等等均不可控。就拿娜娜和露露这对基因编辑婴儿来说,这对双胞胎的染色体上没有一个完全符合 CCR5 Δ 32,娜娜莫名其妙多出来两端不明未知的片段,11个氨基酸和9个氨基酸,造成移码突变,露露完全脱靶。贺建奎在明知错漏百出的情况下,让婴儿降生,其宣称基因编辑项目进行测序后确保序列无误才移植

胚胎其实是谎言。此时有不少声音认为应当安乐死娜娜和露露,她们是中华人民共和国公民,她们的生命权和追求幸福的权利受中华人民共和国宪法和法律的保障。未经专业严谨公开的司法审判,任何人的生命权都不可以被剥夺。由于目前人类基因医疗技术存在不可控性,必须在干扰露露和娜娜成长的前提下,对其进行持续且专业观察。禁止人类基因医疗技术的临床应用,在国际社会中已经达成共识^⑬。因此,为避免类似事件的发生,在人类基因医疗技术尚处不成熟阶段,必须强化红线,禁止以生殖为目的的人类基因医疗技术的临床应用。

(三) 明确边界:以预防和治疗疾病为目的的人类基因医疗技术非犯罪

以预防和治疗疾病为目的的人类基因医疗技术有益于社会发展与科技进步,应当予以鼓励与支持。随着风险社会理论问题的探究,刑法作为社会的保障法,必须对科技社会带来的风险予以预防,由此带来的后果是——犯罪圈的扩大,刘艳红教授认为必须处理好风险社会时代刑法安全治理与权力保障之间的关系^⑭。因此,以预防和治疗疾病为目的的人类基因医疗技术不仅符合社会伦理道德,也能推进科学研究进步,必须将其排除在犯罪圈外。但值得注意的是,以预防、治疗为目的与以增强为目的的人类基因医疗技术不同,以增强为目的实施人类基因医疗技术很大程度上会造成“超级人类”,如增强记忆力、智力等,必定会违反社会伦理。其次,须辨别以预防、治疗疾病为幌子,实际是为了个人名利而实施人类基因医疗技术的非法行为,贺建奎的“基因编辑婴儿”事件与二战时期的“人体实验”就是最好的例子。

[注释]

①《人类遗传资源管理暂行办法》第二条:本办法所称人类遗传资源是指含有人体基因组、基因及其产物的气管、组织、细胞、血液、制备物、重组脱氧核糖核酸(DNA)构建体等遗传材料及相关的信息资料。

②《人类遗传资源管理暂行办法》第四条:国家对重要遗传家系和特定地区遗传资源实行申报登记制度,发现和持有重要遗传家系和特定地区遗传资源的单位或个人,应及时向有关部门报告。未经许可,任何单位和个人不得擅自采集、手机、买卖、出口、出境或以其他方式对外提供。

③于慧玲. 人类辅助生殖基因医疗技术滥用的风险与刑法规制——以“基因编辑婴儿事件”为例[A]. 东岳论丛. 2019(12): 165-172.

④脱靶效应是指未能达到预先设定的目标,有所偏移的现象。

⑤《刑法修正案(十一)》(草案)第二十三条将非法基因编辑行为作为第三百三十六条之一纳入非法行医罪范畴:违反国家有关规定,将基因编辑的胚胎、克隆的胚胎植入人类或者动物体内,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;情节特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。

⑥李久辉、徐静香、陈晓云、樊民胜. 法国《生命伦理法》立法之路及其伦理学思考[J]. 中国医学伦理学. 2013(4): 517-519.

⑦在德国《胚胎保护法》的角度论及人类体外胚胎的合理使用,可以发现,即使是科研用途,人类体外胚胎及其使用也都全面地被“严刑峻法”所保护。一则,在目前涉及人类体外胚胎的技术和使用的各方面事宜,该法都基本涉及除了概念解释及其他纲领性规定外,该法对一些具体问题更作了细致规定。例如该法第1条规定人辅助生殖技术的规制问题,其中第1款明确禁止利用人

(下转第292页)

意见,因此缺少认定人签字对其效力并无影响^⑥。实际上,无论是司法鉴定还是行政鉴定,直接鉴定人是产生结论的关键人员,如无鉴定人签字极易影响结论的真实性,且当瑕疵认定出现时也会给司法机关的审查认定带来不便。其二,行政认定内容表述较为简单,一般只有认定结论,缺乏相关鉴定过程和方法的说明。对于诉讼中非专业人员来说,鉴定结论并非首要。通过对鉴定依据的证据材料、来源,得出结论的过程、方法等内容的分析,使一般人员可以得出相同或相反的结果才有助于在诉讼中开展调查、质证等工作。鉴于此类情形,笔者认为行政机关在涉嫌行政犯罪案件中出具的鉴定意见类行政认定的制作应当加以规范,以适应刑事案件的诉讼要求。

行文至此,行政认定在刑事诉讼中的证据属性问题已较为清晰。对于内容多样的行政认定,有必要根据其具体内容将其分类归入公文书证或鉴定意见的证据类型之中。同时,行政认定并不属于免证事实,在进入刑事诉讼时也需要符合一般的证据要求,接受合法性、真实性和客观性审查。如此,则更有利于保障刑事司法的体系化与规范化发展,在统一的司法尺度下促进司法公正。

【注释】

- ① 参见广东省高级人民法院 2015 粤高法刑二终字第 151 号刑事裁定书。
- ② 参见河北省南宫市人民法院 2019 冀 0581 刑初 93 号刑事判决书。
- ③ 参见山东省高青县人民法院 2016 鲁 0322 刑初 156 号刑事判决书。
- ④ 参见《中华人民共和国刑事诉讼法》第 52 条第 2 款规定。

⑤ 2003 年 7 月 1 日,中国人民银行施行《中国人民银行假币收缴、鉴定管理办法》,规定中国人民银行及具有货币真伪鉴定技术与条件,并经中国人民银行授权的商业银行业务机构对假币进行鉴定。

⑥ 参见山东省高青县人民法院 2016 鲁 0322 刑初 156 号刑事判决书。

【参考文献】

- [1] 王崇青. 行政认定不应作为行政犯认定的前置程序[J]. 中国刑事法杂志, 2011(06): 17-21.
- [2] 邓继好. 重新理解公正正在诉讼证明中的效力[J]. 中国公证, 2003(03): 43-45.
- [3] 刘洋. 行政认定书的刑事诉讼运用及其限度[J]. 汕头大学学报(人文社会科学版), 2019, 35(04): 65-71+95-96.
- [4] 同[1].
- [5] 胡保钢, 谷永清, 刘吉强. 刑事诉讼中行政认定的证据属性[J]. 人民检察, 2019(16): 20-24.
- [6] 孙锐. 实物证据庭审质证规则研究——以美国鉴真规则的借鉴为视角[J]. 安徽大学学报(哲学社会科学版), 2016(04): 136-144.
- [7] 李建红. 浅析检察机关对鉴定活动的监督[J]. 中国检察官, 2018(13): 57-60.
- [8] 刘道前. 刑事诉讼中鉴定人出庭法定条件分析[J]. 人民论坛, 2015(35): 98-100.
- (作者单位: 北京师范大学法学院, 北京 100089)

(上接第 289 页)

类体外胚胎的代孕行为;第 2 条规定人类体外胚胎不当使用的规制问题,并明确禁止例如商业性买卖等不当使用行为;第 3 条明确禁止人工干预胎儿性别选择;第 3a 条规定利用人类体外胚胎结合基因技术进行疾病预防和诊断研究的规制问题;第 4 条明确禁止自然人死后的人工受精行为;第 5 条明确禁止对生殖细胞的人工干预;第 6 条明确禁止将克隆技术运用于人类体外胚胎;第 7 条明确禁止将杂交或其他非人道的生物契合技术运用于人类体外胚胎。二则,这些规制具体问题的条款中都含有刑罚处罚该法从上述第 1 条到第 7 条都含有相应的自由刑和刑事罚金处罚规定。吴桂德. 德国法上人类体外胚胎的法律保护及其借鉴[J]. 交大法学. 2020(3): 86-98.

⑦ 张捷. 人类基因编辑的法律规制[J]. 河南社会科学. 2019(8): 87-91.

⑧ 林丹. 乌尔里希·贝克风险社会理论及其对中国的影响[M]. 人民出版社. 2013: 1.

⑨ 刘艳红. 刑法理论因应时代发展需处理好五种关系[J]. 东方法学. 2020(2): 6-19.

⑩ 朱晓峰. 人类基因编辑研究自由的法律界限与责任[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版). 2019(4): 21-31.

⑪ 郭亚萍. 生命科学技术中的伦理道德底线探究[J]. 理论导刊. 2005(8): 66-68.

⑫ 同注释[7]

⑬ 2015 年 12 月,人类基因编辑国际峰会在华盛顿召开,世界各国科学家们在本次会议达成共识:针对人胚胎和生殖细胞的基因编辑只能用于基础学术研究,禁止一切以生殖为目的的临床研

究和应用。孙伟平、戴益斌. 关于基因编辑的伦理反思[J]. 重庆大学学报(社会科学版). 2019(4): 1-9.

⑭ 同注释[9]

【参考文献】

- [1] 于慧玲. 人类辅助生殖基因医疗技术滥用的风险与刑法规制——以“基因编辑婴儿事件”为例[A]. 东岳论丛. 2019(12): 165-172.
- [2] 李久辉、徐静香、陈晓云、樊民胜. 法国《生命伦理法》立法之路及其伦理学思考[J]. 中国医学伦理学. 2013(4): 517-519.
- [3] 吴桂德. 德国法上人类体外胚胎的法律保护及其借鉴[J]. 交大法学. 2020(3): 86-98.
- [4] 张捷. 人类基因编辑的法律规制[J]. 河南社会科学. 2019(8): 87-91.
- [5] 林丹. 乌尔里希·贝克风险社会理论及其对中国的影响[M]. 人民出版社. 2013: 1.
- [6] 刘艳红. 刑法理论因应时代发展需处理好五种关系[J]. 东方法学. 2020(2): 6-19.
- [7] 朱晓峰. 人类基因编辑研究自由的法律界限与责任[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版). 2019(4): 21-31.
- [8] 郭亚萍. 生命科学技术中的伦理道德底线探究[J]. 理论导刊. 2005(8): 66-68.
- [9] 孙伟平、戴益斌. 关于基因编辑的伦理反思[J]. 重庆大学学报(社会科学版). 2019(4): 1-9.

(作者单位: 湖南师范大学法学院, 湖南长沙 410000)