

# 非法植入基因编辑、克隆胚胎罪的本体学展开

李金珂

北京师范大学 法学院,北京 100875

**摘要:**《中华人民共和国刑法修正案(十一)》新增“非法植入基因编辑、克隆胚胎”的罪名,体现了刑法重视并规制威胁生物安全之不法行为的决心。鉴于人体基因编辑、克隆胚胎行为具有科研和医疗的双重属性,该罪在适用时存在主体范围不明确、客观行为不具体、主观方面不清晰等问题。为提高该法条在司法实践中的适用性,应在主体适格方面额外设定从重情节;在客观行为方面明确人类胚胎基因定向改造无论对胚胎还是对母体都具有危险性,以及本罪涉及的“代孕”行为应当视作非法植入基因编辑、克隆胚胎罪的帮凶,以本罪定罪处罚;主观方面在较高层级的法定刑幅度区间内设定多种选择作为本罪的法定刑设立基点区间。

**关键词:**非法植入基因编辑;克隆胚胎罪;适用性

**中图分类号:**D924 **文献标识码:**A **DOI:**10.12186/2023.06.008

**文章编号:**2096-9864(2023)06-0063-10

南方科技大学贺建奎副教授及其团队采用基因编辑手段“制造”出一对双胞胎女婴的消息一经问世,便在社会各界引起震惊与哗然。广东省调查组针对此事展开调查,确认这一实验成果严重违反科研伦理和国家规定,贺建奎随后被深圳南山区人民法院以非法行医罪判处有期徒刑三年,并处罚金三百万元<sup>[1]</sup>。时至今日,该独立事件在法律层面已告一段落,但由此引发的有关基因编辑技术的隐忧却仍然存在。为回应民众对非法基因编辑行为进行严格法律规制的诉求,《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(以下简称《刑修十一》)新增非法植入基因编辑、克隆胚胎罪,以示法律向非法基因编辑行为“亮剑”的态度。法律必须以实践实现其价值,如何理解并适用本罪,直接决定了法律规

制非法基因编辑行为的实际效果。

## 一、非法植入基因编辑、克隆胚胎罪的历史流变

在利用法律武器规制基因编辑行为时需要基于其技术性与医学性的特质。首先,作为生物科技的基因编辑技术应受到法律对科技相关行为的规制,如科技成果转化中的规范性;其次,基因编辑技术被引入特定行业后应受到法律对该行业相关行为的规制,如医疗行业必须以保护生物安全性为准则。基于以上认知,非法植入基因编辑、克隆胚胎罪的引入现状宜于从医疗领域与科技领域中的规定出发一窥其貌。

在科技领域,《宪法》第二十条表明了国家支持与鼓励科技发展的意志,第四十七条规定

收稿日期:2023-03-20

基金项目:北京市社会科学基金重点项目(23FXA005);北京师范大学刑事科学研究院2022年度学术型研究生专项科研基金课题(2022CCLS004)

作者简介:李金珂(1999—),女,河南省信阳市人,北京师范大学博士研究生,主要研究方向:刑事诉讼法、刑法。

了公民有进行科研的自由和权利。《促进科技成果转化法》与《科学技术进步法》构建了科技成果转化的法律制度框架,如前者第三条和后者第二十九条要求科技成果的转化必须基于国家安全、社会公共利益、人体健康、伦理道德。总体来看,以原则性指导为主。

在基因编辑技术方面,《基因工程安全管理办法》提出了对基因工程技术进行分类管理、安全控制等的原则性办法,但并未提出具有针对性的管理措施;《干细胞临床研究管理办法(试行)》于2015年将基因编辑技术纳为规制对象,该文件对国内医疗机构进行干细胞临床研究的原则、监管程序等作出系列规制,如须尊重伦理、保护受试者权益、遵循科学规范、遵从审批程序等;《人胚胎干细胞研究伦理指导原则》也对人胚胎培养研究的原则和规范作出宏观上的规定,如“体外受精胚胎培养期限不得超过14天”等。

无论是基因编辑行为还是克隆胚胎行为都与遗传基因相关,二者的区别在于基因编辑的结果是改变基因,而克隆胚胎的结果是复制基因,两种行为都具有“兹事体大”的重要性,对该过程抱以再高程度的谨慎都不为过。虽然贺建奎团队的基因编辑实验饱受争议,但该性质的实验并非首例。事实上,中山大学教授黄军、四川大学教授卢轴分别于2015年和2016年进行了基因编辑实验,之所以均未引起争议,原因在于前者完成实验后便对实验体作销毁处理,后者则不属于体内实验<sup>[2]</sup>。可见真正招致批判,甚至引起刑法警觉的并非技术,而是技术的使用方式。单就基因编辑技术而言,其发生效用的目标域主要是人类的健康和饮食板块,克隆技术则对畜牧业、发育生物学领域具有积极影响。可见刑法规制涉遗传基因技术的目的是防范该技术被不当使用。

整体来看,基因编辑行为在我国同时受到

科技法与医疗法的规制,法律层级偏低,大部分都是部门规范性文件,即使是上位法,如《药品管理法》《科学技术进步法》,也都只做出原则性的规定。自从2018年11月贺建奎团队宣布通过修改人类基因创造出天然具有阻绝艾滋病病毒能力的双胞胎婴儿以来,我国基因编辑技术缺乏监管和对造成恶劣后果的情形缺乏有效规制的事实暴露出来,“一石激起千层浪”,国内立法部门立即对这一问题给予高度关注。《刑修十一》将“非法植入基因编辑、克隆胚胎罪”纳入规制范畴,其第三十九条规定:“在刑法第三百三十六条后增加一条,作为第三百三十六条之一:‘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。’”可以说刑法将科研领域的不端行为纳入规制范畴是大势所趋,对于打击生物安全领域的犯罪行为、捍卫基因技术的绿色和长远发展具有重要的现实意义。

目前世界范围内的法律法规都没有直接针对基因编辑技术的条款,克隆技术亦如是,可见立法与生物科技的进步相比存在较明显的滞后性。“贺建奎案”发生之时,我国刑法领域尚无有关罪名,贺建奎最终被以要件相对吻合的非法行医罪定罪。从这一角度看,《刑修十一》新增非法植入基因编辑、克隆胚胎罪是对生物科技发展的回应,在具备了“罪刑法定”条件的基础上,如何既支持技术的跃迁,又避免开发中的技术被滥用,是以本罪介入基因编辑和克隆胚胎实验中时需要把握的平衡点。

## 二、非法植入基因编辑、克隆胚胎罪的规范构成

在把握非法植入基因编辑、克隆胚胎罪的罪名内涵时,有必要从构成要件出发,从客观行

为、主体适格、主观方面、保护法益四个角度对其规范构成进行解构和独立解读。

### 1. 本罪的客观行为厘定

根据上文的分析,非法植入基因编辑、克隆胚胎罪在客观上表现为行为人用非法手段进行人体基因编辑、克隆胚胎并引发严重后果的行为,如胚胎发育而成的人带有严重伤残或隐藏的基因疾病,甚至死亡。但是基因编辑工作具有高科技含量的属性,而且基因编辑、克隆胚胎的有关活动基本只能由高智能人才来实施,这意味着行为实施的方式可以是多种多样的,这必然难以排除存在非基因科学领域的专业人士难以辨别的隐晦的方式。且不论上述难以辨别的隐晦的方式在司法实践中极有可能因证据搜集困难而逃避刑法的规制,单从基因编辑工作本身出发,其在本质上属于一种科学探究行为,正如人们所认知的那样,一次成功的科学探究是建立在千百次甚至上万次失败实验基础之上的,整个过程的复杂性和精密性决定了许多意料之外的状况是科研人员自身也无法预期的。这样一来,与人体基因编辑、克隆胚胎相关的哪些具体行为才属于非法植入基因编辑、克隆胚胎的行为?《刑修十一》对此并未做出明确,可以想见的是,本罪在司法实践中有可能因基因编辑、克隆技术充满了人力难以把控的不确定因素而遭遇适用困难。

以“贺建奎案”为例,其将人类基因编辑技术运用到生殖辅助医疗领域中,不仅在道德范畴不被原谅,在法律范畴也性质恶劣。这对于分析判断非法植入基因编辑、克隆胚胎罪的客观行为具有重要的参考价值:本罪指向的人类基因编辑、克隆胚胎应当指向利用编辑过的人类胚胎基因进行辅助生殖的行为。从该行为的特征来看,首先,基因编辑带有很明确的方向性和目的性——对人类胚胎基因进行定向改造,这种科学手段不同于“人工授精”或“试管婴

儿”,人类胚胎基因定向改造使得被改造对象的基因在功能与性质上发生本质的转变,这种转变迫使孕育在母体中的胚胎不得不逆自然而发展,“逆自然”的生长无论对胚胎还是对母体都具有危险性;其次,非法植入基因编辑、克隆胚胎罪所指向的辅助生殖行为具体是利用医学手段对胚胎、合子、配子等进行人工干预,从而实现受孕<sup>[3]</sup>。及至辅助生殖的环节,已完成基因编辑的胚胎需要以人为“载体”来继续生长,即代孕,这里又涉及“代孕”行为是否能以非法植入基因编辑、克隆胚胎罪进行规制。本文认为是可以的,因为代孕者体内植入基因受编的胚胎后极有可能产生重大的排异反应,致使其身体健康乃至生命安全受到威胁,而与此同时受到威胁的还有医疗管理秩序。为此,应当将代孕行为人视作非法植入基因编辑、克隆胚胎罪的帮凶,以本罪定罪处罚。

### 2. 本罪的主体适格问题

在判定非法植入基因编辑、克隆胚胎罪的主体范围时,应当极力避免对主体范围进行不当限缩的情况。虽然人体基因编辑、克隆胚胎的行为在人们的常规理解下属于医疗实验行为,并且在实施之前必须通过伦理审查,似乎将犯罪主体范围限制为具有医师执业资格者或者医疗卫生行业工作者即可,但在人类基因编辑、克隆胚胎的特殊行为中,并不仅仅是以上两类人员具备实施条件,如贺建奎团队就是在不具备医师执业资格的情况下进行实验的,说明即使受到行政处罚并受到行业禁令的阻却,也不能保证行为人不会进行隐秘的人类基因编辑行为。为此,本文认为将本罪的主体规定为一般主体并无不妥,但考虑到医疗卫生从业者的主体特征,有必要额外设定从重情节,如对适格医疗卫生行业从业者利用其职业便利性和特殊性进行人体基因编辑、克隆胚胎行为的予以从重处罚。本文在对非法植入基因编辑、克隆胚胎

行为的风险、性质、对象等进行综合判断后,认为在造成或有可能造成以下几方面后果的情况下应当认定本罪存在加重情节:其一是利用编辑过的人类胚胎辅助生殖,造成代孕者的身体健康受损;其二是利用编辑过的人类胚胎辅助生殖,成功诞下后代<sup>[4]</sup>。即使编辑过的人类胚胎在出生后与常人无异,也不可否认该行为侵害了公共医疗卫生管理秩序和人的尊严、身体健康等权益,因此应当将这两种情形作为非法植入基因编辑、克隆胚胎罪的加重情节,处以更高幅度的法定刑。与此同时,依照《涉及人的生物医学研究伦理审查办法》第二章第七条之规定<sup>[5]</sup>,医疗卫生机构可以开展人类基因编辑的有关活动,因此本罪的适格主体应当包括医疗卫生机构。

### 3. 本罪主观方面的厘定

行为人的违法性认识,即行为人在实施违法犯罪行为之前能够认识到自身行为具有刑事违法性,是犯罪主观要件中一个不可忽视的消极构成要素。若行为人不具备违法性认识的可能性,可认定其不符合犯罪的主观要件,自然不构成犯罪,不涉及刑责承担。但违法性认识在学界尚有争议,焦点就在于对“违法性”的理解。有学者指出,“违法性”并不是对具体法律规定的违反。如果将“违法性”理解为相关行为不符合法律规定,则将陷入“不知法者不为罪”的窠臼。对此,应将“违法性”正当理解为行为人对自身行为的社会危害性的认识<sup>[6]</sup>。具体到刑事领域,行为的社会危害性主要通过行为对犯罪客体的危害性来体现。有学者指出,认定刑事违法性认识的可能性是否存在时,重点在于行为人的违法性认识错误能否“回避”,具体而言,若行为人不具备认识其行为违法性的能力,则不具备违法性认识的可能性。

对于基因编辑、克隆胚胎行为来说,但凡有科学常识的人都明白基因科研活动中很难绝对

避免发生违背伦理道德的事情,专业从事基因科研工作的人就更应该为自己科研活动的每一个步骤、每一个决策设定严格的界限,因为稍有逾越就可能引发不可逆转的严重后果,因此行为主体不存在违法认识可能性的问题。本罪中的违法认识可能性应当以胚胎提供者作为落点,即在胚胎提供者了解并准许植入的情况下应将其认定为本罪的帮凶。但是在“贺建奎案”中,虽然研究团队获得了胚胎提供者的“知情同意”,但胚胎提供者事实上是对基因科学一无所知、对胚胎提供行为有可能引发的风险毫无预判能力的普通人,这样的认知状态直接造成违法性认识的欠缺,那么这一错误可否进行“回避”?在采取积极措施的情况下,答案是肯定的。毕竟在移动互联时代,从互联网上获取特定信息并不困难,加上基因科技已然成为当下人类社会的一项重要新兴技术,行为人理应具备认识违法性的能力。此外,学界普遍认同只有听信权威性的国家机关的正式答复才能否定违法可能性的存在,而基因编辑团队显然不属于权威性的国家机关。正因如此,依照当下社会环境中公众的普遍认知,应当认定本罪的行为人在主观上有能力认识违法性,因此不宜以不具备违法性认识的可能性作为无罪的理由。

### 4. 本罪的保护法益辨析

在《刑修十一》增设本罪之前,非法植入基因编辑行为所侵害的法益类型在学界始终存有争议,大致包括人身伤害说、医疗管理秩序说、基因安全说等<sup>[7]</sup>。本文认为,本罪在《刑法》中位于公共卫生犯罪的序列下,这表明刑法否认了非法植入基因编辑、克隆胚胎的行为侵害的主要法益是人性尊严和人身权益。即使如此,本罪保护的究竟是传统法益还是新型法益,这一点仍未在学界达成共识。前者认为本罪保护的是公共卫生安全法益,在刑法理论视域下,此

类法益主要涉及公众身体健康和医疗卫生管理秩序。一方面,基因编辑技术当前尚处于持续探索阶段,存在较多难以控制的因素,一旦出现“脱靶”风险,被编辑后的基因无法回归原状,公众身体健康必然受到不可逆的侵害;另一方面,当前整个国际社会都禁止实施冲击人伦的人体实验,引起广泛关注的“贺建奎案”就明显违反了国家对基因编辑生物实验行为的管理规定。但将本罪保护的法益理解为公众身体健康和医疗卫生管理秩序,在司法实践中将引发不少问题。

首先,并不是所有非法基因编辑行为都会损害公众身体健康,就算是“贺建奎案”中的被试女婴也尚未出现身体方面的异样,就算将基因编辑过程中的“脱靶”问题与被试未来出现的身体健康问题关联起来,也必须从法律上证明二者间存在刑法上的因果关系。其次,侵害国家卫生管理秩序的先决条件是已然存在相应的卫生管理规范。然而,我国对基因编辑技术管理滞后,且尚未形成规范的管理体系,这意味着无法满足刑法规范卫生管理问题的前提条件。其实早在《刑修十一》尚未落定之时,立法者就明确否定了非法植入基因编辑行为的行政犯罪属性,并且终稿也删除了初审稿中“违法国家规定”的前置条件,这说明即使不具备违反国家规定的前置行政管理规定,非法植入基因编辑行为只要构成情节严重的,仍可受到刑法规制。可见,将本罪保护的法益理解为基因安全较为符合刑法的价值理念,这是因为基因安全与公众身体健康的价值不相上下,非法基因编辑行为改变基因的自然状态与破坏人体完整性的行为同样恶劣,并且由于被改变的基因具有遗传功效,可以影响今后人的基因自然性,因此也属于“公众”范畴。由此,公共卫生安全应包含三个部分,即基因安全、公众身体健康和医疗卫生管理秩序。此外,非法基因编辑行为之所

以需要被刑法所规制,根本原因在于这种行为会给人类本身造成不可逆转的伤害。由于这种伤害目前仅是一种潜在风险,因此刑法最终目的是防范这种风险。事实上,这种潜在风险也被评价为基因本身的重要性,将基因安全作为刑法保护的法益,仍然可以起到防范基因被修改而引发未来不确定性的严重伤害。

### 三、非法植入基因编辑、克隆胚胎罪的司法适用难题

在解构非法植入基因编辑、克隆胚胎罪构成要件的同时,可以发现本罪在适用中有可能出现罪与非罪界限不明、犯罪情节的阐释模糊、罪状设置存在疏漏等问题,并由此造成本罪的适用困难。

#### 1. 罪与非罪界限不明

罪刑法定原则的要求是在准确把握行为本质的基础上判定罪与非罪、此罪与彼罪之界分,对于人类基因编辑行为而言,既要准许并保障与人类生存发展密切相关的科研活动的正常进行,又要明令禁止僭越伦理底线的基因编辑行为,同时应对此类行为的性质进行明确判定以严惩犯罪。从《刑修十一》对本罪的描述可以看出,本罪的性质是行为犯,这意味着在进行案件的实质审查时,法官应结合具体案情对案件进行自由合理的裁量,进而决定罪或非罪,这无疑是非司法部门定罪量刑过程中的一大考验。刑法与人类基因科学之间的“触点”极为微妙和敏感。一方面,刑法有义务控制基因编辑行为潜藏的风险,但如果因此而将刑事司法推向“新高度”,势必走向矫枉过正的极端。毕竟科研活动都伴随着机遇与风险,如果仅仅因为风险的存在而一味打压禁止,人类将永远无法沐浴在科研的荣光中。另一方面,人类基因编辑的风险一旦得不到及时合理的控制,引发的后果有可能是当前的人类社会所难以承受且难以

逆转的,这也是刑法责无旁贷、必须介入其中的原因所在。如何基于罪刑法定原则对僭越必要范围与限度的人类基因编辑植入行为进行刑法规制,从而避免漏罪,也避免刑法打击面过大,是非法植入基因编辑、克隆胚胎罪对司法部门罪名认定和适用提出的一大挑战。

## 2. 犯罪情节的阐释模糊

《刑法》对本罪的一项重要描述是将“情节严重的”行为认定为犯罪,从中可以看出,立法者的基本立场并不是全面打击基因编辑和克隆人体胚胎的行为,而是相关行为达到“情节严重”的标准方才定罪。但现行法律却并未对本罪的“情节严重”的评判标准给出明示,这与刑法的明确性原则不符。如果不加以明确,不仅会降低本罪的司法适用性,还有可能使应当入罪的行为无法入罪,或者使非犯罪行为被定罪。根据我国传统刑法理论,犯罪行为的本质是具有严重社会危害性的行为,即传统刑法以结果犯为刑事归责的基本架构。但在风险社会中,风险需要受到事前控制,抽象危险犯便是典型。对于抽象危险犯来说,无论其是否引发了特定风险和损害后果,都不影响犯罪的成立。事实上,基于传统社会危害性说,在判定某种行为是否构成犯罪时,不仅要看其造成了怎样的后果,也要分析判定行为本身的性质。生物安全关乎一国乃至整个人类社会的安全,其重点是通过抽象危险犯体现,因此需要明确阐释本罪“情节严重”的内涵,从而严防生物安全风险的产生。

## 3. 罪状设置存在疏漏

从《刑修十一》中非法植入基因编辑、克隆胚胎罪的罪状表述来看,立法者的意图是以空白罪状的方式增设本罪。这必然有着立法者的深层考量,但不可否认的是空白罪状的瑕疵在很大程度上造成了本罪的适用困难——虽然本罪中并无明确表示“非法”的词眼,但几乎有着一望便知的行政犯立场。回溯《刑修十一(草

案)》对本罪的描述,其客观方面是“违反国家有关规定……”但《刑修十一》终稿却删除了这一前置条件,意味着行为人只要实施了相关犯罪行为且情节严重,即使没有违反国家有关规定亦可构成犯罪。

在鼓励科技创新、共谋人类福祉的时代背景下,刑法不宜过度介入与基因相关的科研活动,立法者引入违法阻却性条款的目的就是强调基因相关的科研工作只要符合前置法的相关规定便可阻却行为的违法性。很明显,这是刑法试图与《生物安全法》《生物医学新技术临床应用管理条例》等行政法律法规实现衔接与呼应的表现,但一方面是《生物安全法》并未明确规定基因相关科研活动“非法”的判定标准,另一方面是《生物医学新技术临床应用管理条例》尚未正式出台,这样一来,本罪与相关行政法规实现衔接的目的暂时难以达成,造成行政责任针对性和有效性不足的问题。

## 四、非法植入基因编辑、克隆胚胎罪司法适用问题的解决路径

为了化解非法植入基因编辑、克隆胚胎罪的司法适用难题,首先应当明确本罪的刑法规制边界和出罪情形,其次对本罪的犯罪情节进行正当理解,再次需完善本罪的刑罚设置及非刑罚处置方式。

### 1. 明确本罪的刑法规制边界与出罪情形

#### (1) 明确本罪的刑法规制边界

刑法在规制人体基因编辑、克隆胚胎等行为时,需要以明确划定罪与非罪为前提,将避免刑法过度介入正当科研活动作为规制的底线。出于平衡人类社会安全与科技创新之间关系的目,纳入犯罪范畴的人类基因编辑行为理应受限。刑法所禁止的人类基因编辑、克隆胚胎行为不应当被延伸到体细胞基因治疗范畴,这是因为体细胞基因治疗的安全风险和伦理风险

较低,且能够对治疗人类遗传病产生切实有效的的作用。此外,人类基因编辑、克隆胚胎行为包括若干阶段,在临床前的实验阶段并不会对人类生命健康和伦理道德造成危害,因此也无需通过刑法进行规制。具体而言,在用刑法规制非法植入基因编辑、克隆胚胎罪时,需要注意以下几类边界。

其一,基因编辑动机边界。如果是出于医疗目的对基因进行筛选、编辑、组织配型等,不宜用刑法进行规制;而如果是出于增强能力或改变形状的目的,则应当以刑法进行规制。其二,基因编辑对象边界。如果是对干细胞、体细胞等人类胚胎基因进行编辑,不宜用刑法进行规制;而如果是对生殖类细胞进行编辑,则应当以刑法进行规制。其三,PGD 技术适应症边界。如果是出于医疗动机的性别选择,医疗目的的单基因疾病、非整倍体、染色体易位等的基因检测,不宜用刑法进行规制;而如果是出于非医疗动机的性别选择和基因改良,则应当以刑法进行规制。其四,若有充足的证据可以证明基因编辑行为能够对人类健康产生有利影响,应当将以生殖为目的的人类胚胎基因编辑视作合理,不宜用刑法进行规制。其五,对于任何人类嵌合体胚胎实验和克隆人行为,均需坚定地以刑法进行规制。

总之,无论其目的是实验还是应用,通过人类基因编辑使胚胎发育为婴儿的行为都对人类的生命健康和社会的伦理秩序造成了巨大冲击,因此需要通过刑法加以规制的是人类基因编辑、克隆胚胎技术的人体实验及其应用行为。

## (2) 明确本罪的出罪情形

其一,非人体基因的编辑行为。从生物科技的进程来看,细胞研究是基因编辑的起点,随后需要先经过动物实验、再通过人体实验,最终才能投入临床使用。在初始的细胞研究阶段,基因编辑的重点是对目标基因的片段进行锚

定,然后将特定的基因片段与其进行置换;在动物实验阶段,基因编辑的重点是观测和验证更换后的基因片段在动物试体身上产生的影响,取得预期成果后方可进入人体实验阶段,确认该技术可对人体发挥积极作用;临床阶段的重点则是确认人体实验成功,相关技术可推广运用。从这四个阶段的技术特点来看,细胞研究和动物实验属于科研自由领域,人体实验和临床使用则是科研不能涉足的领域,其界分是编辑后的基因是否进行了人体植入,基因编辑、克隆胚胎行为罪与非罪的临界点正在于此。将涉人体与否作为基因编辑、克隆胚胎行为的犯罪边界,能够使人类安全和科研自由得到较好的保障。从文义解释的角度出发,本罪的罪状规定了基因编辑后的生殖行为。本罪的客观行为一是将编辑过的基因、克隆的人类胚胎植入人体或动物体内,二是将编辑过的基因、克隆的动物胚胎植入人体的行为。从中不难看出,基因编辑行为本身不存在刑事违法性,真正触碰刑法底线的是将编辑过的基因、克隆的胚胎植入人体或动物体内的行为。换言之,单纯的、不涉人体或动物体的基因编辑、克隆胚胎行为不构成本罪。

其二,“植入”前的基因编辑行为不构成犯罪。非法植入基因编辑胚胎的行为由对生殖细胞基因进行编辑和将编辑后的基因培育为胚胎并植入母体这两个阶段构成。从本罪的罪状描述来看,其构成要件中最核心的就是将胚胎植入母体的行为,即如果只是对基因进行编辑,而没有进行后续的植入母体的操作,只构成本罪的预备行为,而不构成本罪。通常而言,犯罪的实行行为仅限于具有现实紧迫性且侵犯法益的行为,之所以《刑修十一》要在本罪中将“植入母体”作为实行行为,就是因为经编辑过的基因会引发进一步的伦理秩序混乱等问题,其先决条件是该基因被培养为胚胎并植入母体中。

而单纯编辑基因的行为,抑或是该基因被培养为胚胎,只要没有植入母体中,都不会威胁到本罪所保护的法益。只有当胚胎被植入母体并被分娩出来成为活体的人,才会对社会伦理形成颠覆。由此,单纯的基因编辑行为可以作为本罪的出罪理由,简而言之,行为人的行为构成本罪描述的“植入”,是认定其犯下本罪的关键所在,同时“植入”前的单纯的基因编辑行为也不应“一刀切”地被纳入犯罪预备行为的范畴中。除非行为人确实违背了“14天规则”,才可以考虑其行为逾越了单纯科学实验的边界,存在将编辑后的基因培养为胚胎并实施进一步动作的主观故意,这样才能被认定为本罪的预备行为。

2021年,某知名女星通过“代孕”得子的事件曝光后,有关代孕违法机制和规制路径的讨论成为热点。这一事件之所以备受责难,原因在于代孕行为严重冲击了人们传统理念中母子关系必须以血缘、妊娠、生养为纽带的亲缘认知,使常规生殖模式中母亲与子女之间的天然纽带被割裂,并造成后期亲子关系认定困难的问题,颠覆了整个人类社会一以贯之的人伦底线。从道德伦理的角度看,代孕必须受到禁止,这一点毋庸置疑,但否决代孕的原因并不在本文讨论的非法植入基因编辑、克隆胚胎行为的人罪范畴之内。原因在于代孕时植入母体中的胚胎并未经过基因编辑,而是通过合法医学手段,将正常的人类胚胎植入代孕者体内,侵害的是代孕者的人格尊严和人身权益,以及整个社会的伦理秩序,而非本罪保护的基因安全。虽然本罪的核心是“植入母体”,代孕也涉及这一关键动作,但代孕并未满足本罪的先决条件“经编辑过的基因”,因此不宜将代孕纳入本罪的规制范围内。

## 2. 对本罪犯罪情节的正当理解

“情节严重”是本罪的违法要件之一,行为人除出于故意或过失实施“情节严重”的行为

外,与“情节”相对应的内容还需要折射本罪所保护的法益受侵害程度的客观要素。本罪的犯罪条款所采用的是“行为+情节”的立法模式,“情节严重”是本罪的入罪门槛,同时“情节严重”“情节特别严重”也是两档法定刑科处罚的条件,本罪的“情节严重”没有直接对人类生殖系基因编辑行为入罪的严格限缩。本文认为以下几项要素是认定本罪“情节严重”时应予考量的。

### (1) 是否扰乱人类基因科技应用的伦理秩序

首先,若行为人多次或者向多人滥用基因编辑的行为,就存在主观上破坏基因科技伦理秩序的意图。因为此类行为一方面体现了行为人对生物科技领域中的行业规范的置之不理,另一方面也体现了行为人对我国与生物科技相关的行政与刑事法规的不以为然,再一方面还体现为行为人对基因科技背后潜藏的伦理问题的漠视。最为重要的是,多次实施或者向多人实施该行为已然表明行为人的累积罪量高过了本罪入罪的最低标准,承担刑事责任实属必然。

其次,若行为人实施的是将异种基因结合起来的基因编辑行为,同样符合“情节严重”的文义。因为基因科技的伦理底线就是不破坏人类物种的稳定性与本体特征,而结合异种基因的行为具有催生出其他物种的可能性,这种可能性隐藏着撼动人类既有伦理秩序的巨大风险,可谓情节严重。

再次,若行为人实施的是将经过基因编辑的胚胎植入母体内且产生了发育为人的后果,同样属于情节严重。因为这种在“非正常”状态下诞生和发育起来的生命在往后的社会生活中必然是“异类”般的存在,其自身一方面要承受外界的非议与质疑,另一方面也在挑战着人类对伦理秩序安全性的信任,并且此类生命是生物科技发展到一定程度后人类实验的“成果”,没有血缘意义上的亲人,无法体会正常生

命的幸福和快乐。从这个意义上看,将经过基因编辑的胚胎培育为人,不仅极大地扰乱了伦理秩序,也违背了人道主义的原则。

最后,经过编辑的基因对人体机能进行了不必要的拔高,同样属于“情节严重”。人类的生老病死是人们普遍认同并接纳的伦理规范,也是人类在一代代生存繁衍中保持生命传承稳定性的重要前提。如果通过基因编辑手段增强了人体机能,使人活得更久,不仅改变了人们对生命长度的期待,也扰乱了人类生存繁衍的基本规律,况且这种表面上“造福”于人类的基因编辑行为实际上只能惠及少数人,届时必然破坏自然遗传的公平性,严重时甚至造成社会动荡。

## (2) 是否存在侵害人类生命健康的风险

首先,如果基因编辑行为给受试者的生命健康造成了实际的威胁,则应认定为“情节严重”。保障人的生命健康法益不受侵害是刑法的要务之一,具体到基因编辑行为,即使受试者出于自愿,也不是行为人实施非法植入基因编辑、克隆胚胎行为的出罪理由,因为这种行为凌驾于人的生命健康、凌驾于刑法的价值理念,况且在基因编辑技术尚存在诸多不确定性的当下,将基因编辑运用于人体更应慎之又慎。因而滥用基因编辑并损害人体生命健康的情形属于“情节严重”。

其次,人类的基因承载了人类的所有生命信息,任何基因的变化都有可能将人类的命运置于不堪设想的境地。当今的基因编辑技术已然可以使蚊子中的雌性在数代繁衍之后灭绝殆尽,这意味着经过编辑的基因一旦被植入人类基因库中,有可能撼动整个人类基因的安全根基,因此应当将蕴藏此类风险的基因编辑行为认定为“情节严重”。

## 3. 完善本罪的刑罚设置与非刑罚处置方式

虽然《刑修十一》增设本罪后,人类基因编辑领域刑法规制的空缺得到了填补,但放眼我

国的人类基因编辑法律制度设计,不仅未成体系,就连基本的架构也尚未成型,只能以技术管理办法、伦理指导等为主进行相关工作的规范和指引,但既有规则的位阶过低,难以与刑法相衔接。在《生物医学新技术临床应用管理条例》尚未问世的背景下,不妨参考英国的合法审批模式,将获得行政许可作为阻却违法性的理由,同时严厉处置审批过程中的舞弊行为。换言之,只要相关的基因科研工作是在获得行政审批后实施的,而且审批资料真实可信,那么相关科研工作便有了违法阻却事由。

在量刑方面,本罪的量刑应当视其所侵害法益的严重程度而定。本文认为,若该行为造成“脱靶”并使编辑出来的婴儿及其后代携带有不良基因,则宜作为结果加重犯进行处罚,且考虑到所侵害法益的持续性和严重性,在量刑时应当比《刑法》对医疗事故罪设定的刑罚更重。对于科研人员或医务人员所进行的人体基因编辑、克隆胚胎行为,其侵害法益的后果主要体现在为因“脱靶”而使受编辑对象携带的异常基因和人类伦理道德秩序的紊乱,如果该行为造成被编辑个体及其后代发生实质性损害,那么法益受侵害更加严重,不仅破坏了抽象的价值和秩序法益,还侵害了生命与健康层面的法益。总之,人体基因编辑、克隆胚胎行为运用于人体实验或其他应用范畴所造成的损害与造成直接损害的严重程度是不同的。

随着基因信息技术的突飞猛进,一条隐性利益链也随之形成,故将遗传资源与基因信息纳入财产犯罪的范畴中具有现实的必要性与可行性。侵犯财产罪中的“财产”即法秩序保护的整体性的、具有经济价值的利益<sup>[8]</sup>。虽然遗传资源和遗传信息是人类人格的一部分,但从技术上讲,它们可以被视为财产,即它们具有与财产犯罪主体相对应的管理、转让和价值特征。这一观念有可能不符合部分民众的固有认知,

但梳理侵犯财产罪的立法脉络,可以看出其行为对象是随着世态的变化而转变的,如最开始时盗窃罪规范的仅为盗窃有形之物的行为,后来无形之物如电、燃气等的盗窃也被纳入规制范围中。鉴于基因技术在当今社会对药品开发和疾病治疗具有战略意义,某些生物技术公司通过有偿使用的方法获得一个人的基因,在未经基因主体同意的情况下编辑或改变基因,从而破坏基因价值的,可能是一种破坏财产罪的表现;以非法占有为目的盗取他人遗传物质或基因信息的,可能构成盗窃罪;以非法占有为目的虚构事实、隐瞒真相骗取他人遗传物质或基因信息的,可能构成诈骗罪等。

## 五、结论

人类基因编辑、克隆胚胎技术所潜藏的风险是人类在推动科技进步过程中不可避免的,这种风险不仅体现为对整个人类的生命健康造成危害,也体现为对既有的伦理道德秩序造成颠覆。为此,必须通过刑法手段禁止将人类基因编辑、克隆胚胎技术运用于人体实验或其他应用领域。《刑修十一》中新增的非法植入基因编辑、克隆胚胎罪在属性上是抽象危险犯罪,其设置有助于实现法益保护的前置。为此,有必要通过理性设置量刑幅度、采取从业禁止、设置财产刑等途径达到打击和预防人类基因编辑、克隆胚胎犯罪行为的目的,同时也要明确基因治疗的限定范围,避免刑法过度干预科研创新和公民自由。

## 参考文献:

- [1] “基因编辑婴儿案”贺建奎因非法行医罪被判三年[EB/OL]. (2019-12-30) [2023-03-01]. <https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/12/id/4750322.shtml>.
- [2] Nature: 四川大学将 CRISPR 编辑细胞注入人体 [EB/OL]. (2016-11-16) [2023-03-01]. <https://www.ebiotrade.com/newsf/2016-11/20161116101933989.htm>.
- [3] 朱振. 反对完美: 关于人类基因编辑的道德与法律哲学思考[J]. 华东政法大学学报, 2018(1): 72.
- [4] 郑戈. 迈向生命宪制: 法律如何回应基因编辑技术应用中的风险[J]. 法商研究, 2019(2): 3.
- [5] 王康. 人类基因编辑实验的法律规制: 兼论胚胎植入前基因诊断的法律议题[J]. 东方法学, 2019(1): 5.
- [6] 陈兴良. 违法性认识研究[J]. 中国法学, 2005(4): 131.
- [7] 姜涛. 基因编辑之刑法规制及其限度[J]. 东方法学, 2021(2): 69.
- [8] 张明楷. 刑法学: 下[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 932.

[责任编辑: 毛丽娜 王天笑]



引用格式: 李金珂. 非法植入基因编辑、克隆胚胎罪的本体学展开[J]. 郑州轻工业大学学报(社会科学版), 2023, 24(6): 63-72.