

人类胚胎基因编辑中的权利冲突解析

余厚宏*

目次

- | | |
|--------------------|---------------------|
| 一、引言 | 四、胚胎基因编辑引发权利冲突的应对原则 |
| 二、胚胎基因编辑涉及的权利主体 | (一) 人类集体权利与个体权利相和谐 |
| 三、胚胎基因编辑引发的权利冲突 | (二) 生命自由是绝对权利 |
| (一) 父母与潜在者的权利冲突 | (三) 基本权利优先于非基本权利 |
| (二) 父母之间的生育权冲突 | (四) 生存目的论不是权利排序的终极 |
| (三) 潜在者与社会大众的平等权冲突 | 根据 |
| (四) 父母与社会大众的权利冲突 | 五、结语 |

摘要 以 CRISPR-Cas9 为代表的胚胎基因编辑技术带来了技术、伦理和社会多维度的风险,这些隐忧可以被解读为基因信息提供者、潜在者和社会大众三者之间的各种权利冲突,其主要表现为父母之间的生育权冲突超出了传统生育权内容的范畴、父母与社会大众的权利冲突引发了新型自由主义优生学的危险、潜在者与社会大众平等权的冲突动摇了社会平等观的基础、潜在者与父母的权利冲突引发了权利主体资格和能力的平衡关系之革新。为了保证人性尊严和人类社会的稳定秩序,妥当的应对原则是:以共同善替代简单公共利益计算的考量,实现集体权利与个体权利的和谐;以具体情境为判准,选择基本权利与非基本权利;不再以生存目的论作为权利排序的终极根据,而是立足于提升文明状态、回归和谐秩序,并对未来保持足够开放的态度。

关键词 基因编辑 权利冲突 生育权 权利主体

一、引言

人类基因组计划开启了人类对自身基因的认识,随之而来的基因诊断、基因治疗、基因筛选、

* 西南政法大学行政法学院博士研究生。本文受国家社会科学基金项目“类案同判机制研究”(项目编号:20XFX001)资助,系西南政法大学研究生创新项目“人类胚胎基因编辑多维风险的法律规制”(项目编号:XZZ2019005)的研究成果。

基因检测技术不断造福人类。近年来,胚胎植入前基因诊断 PGD(Pre-implantation Genetic Diagnosis)和 CRISPR - Cas9 基因编辑技术开始涉足人类胚胎基因,意味着人类真正开始设计、改造潜在人类生命体,即通常所言的“基因编辑人”。自此,以人类胚胎基因编辑为代表的基因生物技术不断冲击和刷新着人类情感认知和道德伦理,其引发的现实冲突和未来风险是现代人类社会不得不面对的严峻问题。我国的人体胚胎基因相关技术同样发展迅速,但是由于监管失位和实验伦理认识不足,屡次曝出引人关注的新闻,尤其以“基因编辑婴儿事件”^{〔1〕}为代表引发了社会大众对此问题的高度担忧。

这种公众担忧主要集中在:伦理上的禁忌、技术上的不确定性、对公共安全与社会公平的不良影响。该问题本身是一个人类如何面对当下与未来不确定的人与人之间的关系可能性问题,而权利是人与人之间关系设定的重要载体,其中权利冲突更是分析解释这一问题的有效路径。因此,本文力图以权利冲突作为分析人类基因编辑问题的进路,围绕人类基因编辑中涉及的权利内涵与性质、功能与结构进行分析讨论,找寻人类胚胎基因编辑中的权利保护取向和立法规制的基本态度。

二、胚胎基因编辑涉及的权利主体

以 CRISPR - Cas9 为代表的基因技术已经被广泛应用,欲使之进入到一个可行的管制层面,首先应讨论相关技术直接涉及的权利主体。根据 CRISPR - Cas9 技术的流程,依次触发或者生成的主体包括:基因信息提供者(通常是父母)、基因信息接受者(胚胎)、两者之间的中介主体即医务工作者或科研人员。^{〔2〕}

其中唯一存在争议的主体是基因信息接受者(胚胎),围绕其权利属性的讨论已经持续了非常长的时间。国内相关讨论主要围绕胚胎的法律性质和权利归属展开,尤其以“宜兴冷冻胚胎案”的争论为代表,有的学者主张将其纳入“物”的范围,也有学者主张采用“尊重模型”,还有一种主张是“折中说”,即把胚胎定义于物与人之间,形成“人一折中一物”的法律保护取向,既保护基因信息提供者的权利,又尊重胚胎作为“未来人”“有限人”的地位。总之,以往的讨论大多把胚胎视为权利客体而非主体。

胚胎到底能否作为权利主体?在实践层面已有相关的法律规定。美国路易斯安那州的法律中,胚胎被定义为一个“法律上的拟制人”(juridical person)^{〔3〕},虽然胚胎相应的基本权利是否在事实上与自然一致仍待进一步讨论,但其主体地位之确认是确切无疑的。依据此法案,胚胎至少不会再被当作“物”,任何的研究机构和人均无法完全地拥有胚胎,也无权任意地处理胚胎。该法案甚至还赋予了胚胎一定的诉权。^{〔4〕}美国密苏里州出于禁止堕胎的考虑颁行了《堕胎管理

〔1〕 原南方科技大学副教授贺建奎宣布世界首例基因编辑婴儿于 2018 年 11 月在中国诞生。在此之前,另一名中国科学家黄军于 2015 年成功修改过人类胚胎基因,并将其成果发表于《自然》杂志,虽然最后胚胎没有发育成人,但也引起了国际社会广泛争议。这些事件暴露出了我国在基因科技领域潜在的巨大风险,以及多方面监管的缺位。

〔2〕 参见美国国家科学院、美国国家医学院主编:《人类基因组编辑:科学、伦理和监管》,马慧等译,科学出版社 2019 年版,第 124—128 页。

〔3〕 LA. REV. STAT. ANN. § 9: 123, § 9: 124 (West 1991).

〔4〕 John Bologna Krentel, *The Louisiana “Human Embryo” Statute Revisited: Reasonable Recognition and Protection for the in Vitro Fertilized Oovum*, 2 Loyola Law Review 239, 240 - 246 (1999).

法则》。这个法则认为人的生命始于受孕,胚胎被赋予了与人一样的法律地位。^{〔5〕}当然包括我国在内的大多数国家和地区对胚胎的主体地位认定仍持谨慎态度,例如法国将其定义为非自然人的有形物,德国在司法层面仍在围绕胚胎物的属性进行讨论。^{〔6〕}

在理论层面,有三个支持胚胎是权利主体的理由。第一,胚胎具有生物学意义上的确定性。胚胎作为人类生命的初期形态,一般在14天左右已经具备了基本的人类遗传特征,意味着胚胎拥有了成为人的生物性资格,在生物学意义上胚胎成为“未来的人”的属性是确定无疑的。

第二,胚胎作为主体是在基因编辑技术冲击人格尊严和觊觎彼岸世界的挑战下的必然选择。基因编辑的风险最大的来源是动机而非结果。当生物医学科学家将人、人格降格为手中的物质材料,从根本上改变和创造人的个性基础时,人本身就不再具有尊严,此时生物学家可以从根本上改动人的基因,这种做法把人和其他生物或者物质都当成可以创造和改变的“物”,人的主体性被严重践踏。^{〔7〕}

德沃金在讨论克隆、堕胎等争议性的道德问题时将价值划分为派生价值(derivative values)和超然价值(detached values)。派生价值在人们的利益之中,取决于复杂人类活动的利益;超然价值内在于事物本身。^{〔8〕}他还认为胚胎本身代表了人类的生命,具有“神圣性”。菲尼斯对“生命”的理解采取的是宽泛的态度,他认为有缺陷的生命也是基本价值,因为每一个人的生命都与人类整体的善相关联,这是由人类共同的理性所决定的而非情感和修辞。作为基本善的“生命”是不从属于其他基本善的,也许有缺陷的生命无法参与到游戏、审美和社交等其他基本善之中,尽管一个有缺陷的生命如此的匮乏,但生命的存在就是一个人的本身。^{〔9〕}“神圣”的“生命”自然也应当拥有主体地位。

人的尊严在不同的视阈下有不同的意义。这些不同的范畴大体上可以分为人类中心主义与非人类中心主义。非人类中心主义诞生之目的是应对人类中心主义对大自然的肆意破坏,其将地球上的生物乃至整个生态系统视为有价值 and 尊严的主体。即使非人类中心主义也不能容忍将人降格为生物学家手中之材料的做法,因为物种的内在价值是因其自然独特性而享有的,人为干预这种独特性是对这种价值的挑战,甚至有可能打破物种之间的界限。

人的尊严与位格是紧密联系在一起。面对人类胚胎基因编辑,很多的讨论混淆了物种尊严和位格尊严,甚至有的讨论还混淆了人类中心主义与非人类中心主义。人的尊严在于基因的独特性和理性的独特性。人类作为一个物种,其独特性依赖于基因的独特性,这种生物学上的独特性构造了人类或人种的尊严;位格尊严由人的理性构成,也就是普遍意义上的人格尊严。^{〔10〕}基因的独特性是人类物种尊严的关键。理性的独特性是位格尊严的基础。更为重要的是,基因独特性是理性独特性的前提,也就意味着物种尊严是位格尊严的前提。人类胚胎基因编辑是对基因独特性的人为干预,这种干预既存在打破物种之间的生物隔离的危险,也潜伏着人类基因内部多样性被限制的可能。物种尊严被侵犯势必也会影响到位格尊严。因此,只有赋予胚胎主体地位,才能应对基因技术造成的冲击,从而保护人性尊严。

〔5〕 MO. ANN. STAT. § 188. (1991).

〔6〕 参见吴桂德:《德国法上人类体外胚胎的法律保护及其借鉴》,载《交大法学》2020年第3期,第86—98页。

〔7〕 参见邓晓芒:《关于人类尊严的思考》,载《读书》2019年第7期,第106—114页。

〔8〕 参见[美]德沃金:《至上的美德:平等的理论和实践》,冯克利译,江苏人民出版社2008年版,第456页。

〔9〕 John Finnis, *The “Value of Human Life” and “the Right to Death” : Some Reflections on Cruzan and Ronald Dworkin*, 17 Southern Illinois University Law Journal 559, 570 (1993).

〔10〕 参见程新宇:《生命伦理学视野中的人及其尊严辨义》,载《哲学研究》2012年第10期,第118—123页。

第三,具体的权利归属要求赋予胚胎主体地位。以生命权为例,新兴的基因技术 PGD 等已经实现了胚胎基因层面的检测,也就意味着基因信息提供者(往往是父母)能够掌握更多关于胚胎未来可能的信息,基于个人偏好,这很可能会引起新的“选择性”生育风潮,直接影响胚胎的生命自主权。早在远古的斯巴达,就有将婴儿放置于山谷检验其生命力的传统,我国以前也有“重男轻女”思想下选择性生育的现象。新技术背景下,选择性生育的风潮势必会卷土重来。现在已经有不少“PGD 天使宝宝”的例子,即父母为了拯救患有先天性疾病的孩子而进行下一轮的选择性生育,父母和医生会在胚胎着床之前对其进行基因检测,观察其是否具有所需要的特定的遗传物质,只有能够发挥拯救之前已出生孩子作用的胚胎才能获得未来成人的资格。选择性生育对生命权的冲击是剧烈的,虽然堕胎等问题一直伴随着悬而未决的争论,但是赋予胚胎生命权至少可以缓解在人类社会政治、经济、文化各方面尚未做好准备的情况下,基因技术所带来的新型选择性生育浪潮在频度和烈度上的挑战。

虽然胚胎的主体性地位仍然存在巨大争议,但是可以确定无疑的是,赋予胚胎主体地位,并将胚胎视为“可能的人”“未来的人”“潜在者”是应对新兴基因编辑技术冲击的一种可行性保守态度。

三、胚胎基因编辑引发的权利冲突

新的生物医学技术带来新的益处的同时,也带来了风险和冲突,不同主体之间的权利冲突已经不可避免。基因编辑技术带来的权利冲突主要集中在:生命权、生育权、知情权、平等权等方面。为便于行文与理解,本文以下将基因信息提供者称为父母,基因信息的接受体称为潜在者。

(一) 父母与潜在者的权利冲突

父母与潜在者的权利冲突主要是潜在者的生命自由和父母生育权的冲突。

人类胚胎基因编辑事实上是父母以现有的对生命和人生的理解为未来的人做出决定,这会导致潜在者在初始状态下的不自由。生命三层次理论很形象地描绘了不同的生命样态和属性,即生物(biology)意义上的生命、传记(biography)意义上的生命^[11]和延伸生命(extensive life)^[12]。被基因技术编辑过的胚胎,肯定不再是其人生传记的唯一书写者,作为良善生活之前提的自由意志也很可能不再纯粹。^[13] 胚胎虽然是带有遗传信息的延伸生命载体,但是自其从本体脱离并重新结合成新的遗传信息体时,就成为全新的三层次生命主体而不是单纯的遗传信息之延伸。国内已有的研究为了论证胚胎基因技术对生命自主性的影响,大多都从风险论证、反自然论证和尊严论证三个路径展开。其中,风险论证主要强调现有基因技术的不确定性有可能对潜在者的生命带来不利影响;自然论证是反对以技术手段改变人自然出生的事实;尊严论证是站在道德哲学的立场,警惕对人的独特性的侵犯。^[14] 这三种论证都从不同角度说明了基因编辑技术对潜在者生命自主权的影响,本文不再赘述。此处更多地讨论一种早已成为人类生物医疗技术使用原则,而且作为生命自主权的前提的知情同意权。

[11] James Rachels, *The End of Life: Euthanasia and Morality*, Oxford University Press, 1986, p.24 - 26.

[12] 参见颜厥安:《鼠肝与虫臂的管制:法理学与生命伦理论文集》,元照出版有限公司 2004 年版,第 31—37 页。

[13] 参见朱振:《反对完美?——关于人类基因编辑的道德与法律哲学思考》,载《华东政法大学学报》2018 年第 1 期,第 78 页。

[14] 参见郑玉双:《人的尊严的价值证成与法理构造》,载《比较法研究》2019 年第 5 期,第 185—201 页。

知情同意权是生物医学伦理的最重要原则之一,这项权利的具体外化表现形式是知情同意原则。知情同意原则经历了长期的发展演进。《纽伦堡法典》第1条规定:“受试者的自愿同意是绝对必要的。”这是1946年纽伦堡法庭对纳粹进行非人道生物医学实验进行审判后的结果,该法典体现了对人性罪恶的反思,也成为知情同意原则的开端。《贝尔蒙报告》是二战后美国政府应对生物医学研究不断曝出丑闻的产物。该报告主要的目的是保护生物医学研究中的受试者。其主要的内容包括人体研究的伦理原则、医疗与研究的界限、伦理原则的应用。伦理原则的应用就包括了知情同意原则。《赫尔辛基宣言》是第二个关于生物医学人体实验的国际文件,该法典从1964年颁布至今已经过九次修订。该宣言发展了知情同意原则,还强调了隐私与保密的重要性。最重要的是该宣言明确规定了弱势群体应当受到特别保护。《世界人类基因组与人权宣言》由联合国教科文组织在1998年发布,该文件首次把基因内容正式引入生物医学伦理范畴。宣言以人类的尊严为核心,强调知情同意的同时,还将其提升到了群体人权和基本自由范畴。2002年国际医学科学组织委员会(CIOMS)发布了《关于涉及人类生物医学研究的国际伦理准则》,其中第4条准则明确了知情同意权。该准则在此基础上还特别规定了知情同意原则的任何不寻常和例外情况都应该由伦理委员会考虑和批准。

《贝尔蒙报告》的基本伦理原则第1条是尊重个人,这一条包含了两个信条,一是个人享有自治权,二是丧失自制力的人应当得到保护。尽管胚胎的主体性地位存在争议,但无论哪种学说都不能否认胚胎拥有一定的“人格”属性。在某种意义上,人类胚胎类似于丧失自制力的人,这就意味着知情同意原则存在适用于人类胚胎之可能。《贝尔蒙报告》还有一个更为关键的内容是:生物医学活动以受试者能够承担风险为前提。显然,目前的胚胎基因编辑技术带来的技术风险和社会伦理风险是人类胚胎所无法承担的。根据《赫尔辛基宣言》第19条的内容,弱势群体是因格外脆弱而容易遭到误导和额外伤害的人群和个体。这项规定涉及的弱势群体特别保护同样也可以及于带有人格属性的人类胚胎。《世界人类基因组与人权宣言》将知情同意视为人权的一个方面,宣言的第10条规定人类基因的研究和医学适用不应该超越个体或有关群体的人权、基本自由和人的尊严。人类胚胎基因编辑活动无论是目的还是方式都是对这一规定的违反。《关于涉及人类生物医学研究的国际伦理准则》特别规定了对无能力做出知情同意个体的保护。该准则第9条规定了对无知情同意能力之个体利益的权衡考量,即当个体无知情同意能力时,个体所受的无直接利益的干预措施之危险不能大于常规医学手段所带来的危险。人类胚胎肯定是无知情同意能力的个体,基因编辑技术也绝非常规医学手段。

总而言之,只要胚胎的人格属性不可否认,无论是将其视为“丧失自制力的人”“弱势群体”,还是“无能力做出知情同意的个体”都是可能的,所以潜在者应当受到知情同意原则保护。

上述分析可以得出的结论是:现行的诸多国际公约倾向于保护“潜在者”的知情同意权和生命权,父母对胚胎进行基因编辑是对“潜在者”的知情同意权和生命权的侵犯。但是父母的生育权是否应该让位于“潜在者”的知情同意权和生命权仍是一个有待讨论的话题,换言之,父母的生育权能否涵盖和支持人类胚胎基因编辑活动,这将在父母之间的生育权冲突的讨论中展开。

(二) 父母之间的生育权冲突

人类胚胎基因编辑活动引发了父母之间围绕生育权的新冲突。如欧洲人权法院判例中的亦宛诉英国案就是典型代表。^[15] 该案中一对夫妇因对已经保存起来的胚胎是否进行相关的基因检

[15] Zucca, *Lorenzo Evans v United Kingdom: Frozen Embryos and Conflicting Rights*, 11 *Edinburgh Law Review* 446 (2007).

测编辑发生争执,男方支持而女方反对,双方均认为对胚胎进行编辑与否的决定权是生育权的延伸,这涉及生育权本身的问题。

生育权是一项法定权利。以我国为例,《中华人民共和国婚姻法》司法解释(三)第9条规定:“夫以妻擅自中止妊娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的,人民法院不予支持;夫妻双方因是否生育发生纠纷,致使感情确已破裂,一方请求离婚的,人民法院经调解无效,应依照婚姻法第三十二条第三款第(五)项的规定处理。”该司法解释一方面肯定了女性生育自主权,另一方面对生育权冲突中男性的生育自由进行了限制,同时也认可了生育权冲突导致的感情破裂。根据该解释,男女双方的生育权发生冲突时,现行法律似乎更倾向于尊重女性的生育自由。可是目前的法律对生育权的规定最多只涉及妊娠层面,即使做扩大解释也不可能涉及胚胎基因编辑这一崭新领域,我们也就无法按照法定权利的方式分析这种新型的生育权冲突,本文所涉及的其他权利也是如此。但这并不意味着不能在权利话语下讨论该问题。^[16]任何以权利为基础的理论都必然认为权利不仅是有目的之立法产物,或者明确的社会习俗产物,而是判断立法和习俗的独立根据。^[17]

生育权也是一项自然权利。生育权最集中的体现为生育自由,而自由是一项基本的权利。以霍布斯和洛克为代表的传统自然法学家认为人是自身利益的裁决者,每个人可以按照自己的意愿根据自身的判断和理性去做任何事情。但同时这种自由是人们平等享有的,这种平等不仅对抗世俗权力,还强调人享有自身自由的同时不能侵犯和干涉他人的自由。生育权的特殊性在于生育目的的实现需要父母双方互相配合,一旦双方不能在生育意愿、方式和内容等多方面达成一致,双方的生育自由皆会受影响。个人实现自由且不干涉他人的自由的理想状态在生育权冲突中很难实现。经典的权利要素除了自由之外还包括利益、资格、主张和权能。首先,胚胎基因编辑的资格对父母双方而言是一致的(全有或全无),不存在资格冲突。其次,双方的利益可能基于偏好和需求的差异而不一致。最后,生育权的行使必须双方互相配合,生育意愿的不一致会导致权能落空。概言之,在该问题上的生育权冲突表现为双方站在各自生育利益和生育自由的立场上产生了不同的主张从而导致生育之权能不能实现。

生育权冲突的内容主要集中在:生育意愿(生育自主)、生育数量、生育质量、性别选择和生育方式等方面。其中生育质量和生育方式是胚胎基因检测和编辑技术所主要涉及的,而且这项技术给传统的生育权理念带来了巨大冲击,主要表现在如下两方面:一方面,胚胎基因编辑扩大了父母生育方式和生育质量的争议范围。以往的生育方式除了自然生育还有试管婴儿(IVF)、人工授精(AI)等浅层次辅助方式,基因编辑技术为父母带来了更深层次的选择,甚至遗传信息已不再是传统意义上的“受之父母”,这改变了以往生育质量被动选择的局面,同时也给父母生育质量和方式的争议增加了更多的内容。另一方面,生育权冲突的主体不再局限于夫妻双方。夫妻关系是一种法律认可的身份关系,此种身份关系是传统生育权讨论的前提框架,然而IVF等技术已实现了单方生育,基因技术加速了生育去身份化进程,夫妻关系事实上已不再是生育冲突的前提,生育权也不再是配偶权的延伸。按照图什内特的观点,生育权本身是各种社会和技术条件的偶然产物,并处于不断变化之中,当权利冲突发生时,人们无法遵循固定的标准而是依赖于偏好和意愿的权

[16] 权利话语具有不稳定性和不确定性的不足之担忧也是不成立的,因为这种不确定归根到底是道德主张的不同,这并不妨碍在权利话语下对具体问题进行分析,至少权利话语提供了“何为正义”的框架,而且抽象的权利讨论事实上是有一定确定性的,并产生了积极的政治和社会效果。参见陆幸福:《权利话语的批判与反批判——围绕批判法学展开》,载《法制与社会发展》2014年第4期,第78—93页。

[17] 参见[美]德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第234页。

衡。^{〔18〕}因此,父母间生育权冲突的一部分是由权利不稳定性和不确定性引起的,而且这种不确定性本身也是其冲突的重要内容。

(三) 潜在者与社会大众的平等权冲突

潜在者与社会大众的权利冲突主要集中于平等权。

以 CRISPR 技术为代表的新型基因辅助生殖技术为人们提供了更多的选择和服务,但是这些优质而先进的基因技术如其他尖端医疗技术一样是昂贵而且稀缺的。目前常见的几种基因辅助生殖手段,即 IVF、PGD、CRISPR 都是费用极高的。以美国为例,单是一次 IVF 和 PGD 的平均费用就在 1.3 万美元到 1.65 万美元之间,而要想成功怀孕,多轮 IVF 和 PGD 使用往往是必须的。^{〔19〕}这就使得这些技术拥有了极高的价格壁垒,普通民众很难享受到这些技术。一旦技术成熟,能够负担这些费用的父母将有机会赋予他们的孩子某些理想的特质,这只会让不理想特征在低级社会阶层中更频繁显现。这与以往的医疗资源不平等是不一样的,因为基因辅助生殖技术在极端情况下可能将社会不平等根植于生理差别,而这种差距随着技术进步和时间推移很可能演变成可遗传的代际不公。

另一个值得关注的问题是以市场为导向的医疗开发需求,正在将基因编辑技术的关注点从疾病治疗转向理想特征的设置。以往的基因辅助生殖技术更多的是立足于疾病的治疗,特别是遗传性疾病的防治。但是,庞大的市场需求已经将基因编辑的开发转向了诸如眼睛和头发颜色等理想特征研发。这一转向表明,父母使用基因编辑技术的初衷已经由拥有健康的下一代,转向了满足父母预想的理想特征设定。从整体社会利益的角度出发,胚胎编辑可能被用于谋取利润而非健康改善的趋势会让更多的医疗研发资源转向特定的非医疗需求,这就使原先并不充足的资源进一步减少,无法享受昂贵基因编辑技术的低层社会阶级的普通医疗资源将更加稀缺。^{〔20〕}

如果以上的平等权冲突主要是当下直接的影响,那么基因编辑技术改变人类初始状态的能力所造成的“生而不同”之局面很可能会动摇人类社会千百年来所形成的平等观的基础。因为这将“通过对人的生物体的根本改造,使‘自然人’或‘自然生命’成为‘技术人’或‘人工生命’,彻底改变人的自然本性及其结构,从而根本颠覆作为道德起点的人性基础”。^{〔21〕}

平等理论在人类世界源远流长,大体经历了三个阶段:权利平等的确立与实现、经济平等与福利国家建立、正义平等重回核心。^{〔22〕}

第一阶段的平等是身份和观念意义上的,无论是“天赋人权”还是“生而平等”都是建立在人自然出生的原初条件一致的基础上。显然基因编辑技术已经打破了这个初始条件。“生而不同”有可能成为撬动近代以来平等观的直接动因。另外“天赋人权”等原则和观念包含了一定的宗教思想,这些理念一定程度上是基督教思想中上帝面前人人平等的体现,然而基因编辑技术直接觊觎彼岸世界,“我们正在重新组合由上帝创造,并且已经包含了上帝意思的那些元素”,生育不再是“与婚姻和睦行为相伴生的礼物”,这种做法导致的后果是“对受调节者的奴役”。^{〔23〕}部分科学家妄图扮演上帝的做法影响的不仅是平等的基础,这甚至可能会使以基督教思想为根基构建起来的

〔18〕 Mark Tushnet, *An Essay on Rights*, 62 *Texas Law Review* 1363, 1366-1380 (1984).

〔19〕 Anna Zaret, *Editing Embryos: Considering Restriction on Genetically Engineering Humans*, 67 *Hastings Law Journal* 1805 (2016).

〔20〕 *Ibid.*, at 1817.

〔21〕 樊浩:《基因技术的道德哲学革命》,载《中国社会科学》2006年第1期,第124页。

〔22〕 参见金辛迪:《论近现代平等理论发展的三个阶段》,载《学术界》2019年第3期,第168—177页。

〔23〕 [英] 约翰·菲尼斯:《人权与共同善》,娄曲允译,中国政法大学出版社2020年版,第317—321页。

整个西方社会一系列的观念发生动摇。

第二阶段的平等突破了形式平等的框架,将经济平等和实质平等的福利国家制度推到了幕前。该阶段的平等主要受资本主义生产方式的影响,主要核心理念基础是生产和交换创造价值,国家有义务为弱势群体提供帮助。被基因编辑后的潜在者的状况存在两种可能,增强或变弱,他们与自然出生的社会大众之间在生物学差异上存在强弱对比,加之部分个体特性可遗传的特征,最终会导致群体间的巨大差异。这种状况下,生产与交换的前提“劳动”可能会发生巨大异化,智力状况和身体状况的差距会打破原有的实质平等衡量指标体系,而福利国家制度也终将由于族群间的状况鸿沟而撕裂。

第三个阶段的平等关乎正义,主要内容之一是实现资源平等。德沃金提出了一种资源平等观。在概念上,资源被分为人格资源和非人格资源。人格资源指向人的身心健康和能力(包含生理能力和精神能力)。非人格资源指的是财产和生产资料以及相关的机会。非人格资源的重要特征是可以占有和转让。为了保证这两种资源的社会分配平等,德沃金采取了两种不同的假设方式,其中人格资源对应社会保险方式,非人格资源对应的是拍卖方式。^[24]然而胚胎基因编辑的应用有可能会使这两种应对方式失效。

按照保险方式解决不平等需要给予那些由于“运气不佳”处于劣势的人更多的资源,以保证总体生活水平和人生可能的大体相同。在保险模型中,“选择的运气”需要选择之人自己负责,“无情的运气”才是引起资源倾斜的关键。如果“潜在者”的优劣势是父母主动干预的结果,大众相比于“潜在者”之人格资源不平等就不属于严格意义上的“无情的运气”,这不符合保险模型中弱势方获得资源补偿的前提,无论是“潜在者”还是大众因劣势获得补偿对另一方都是不公平的。

“拍卖理论”针对的是非人格资源,该理论力求通过特定的市场方式让资源分配符合“嫉妒检验”,即人人满意而不觉得他人所得比自己好。如果要实现这种设想,在市场和资源平等的关系中,最重要的是人们以平等的方式入场。虽然没有基因编辑技术的参与,各主体也存在着生理和精神能力的差异,这种差异无可避免地会最终演变为非人格资源的差异,但是基因编辑的介入不仅加剧此种差异,而且主动的基因编辑打破了天赋差异不可测的原始状态,使得其可接受性大大降低。更为重要的是人格资源和非人格资源的界限变得模糊,基因增强的“潜在者”最终将以巨大优势进入该拍卖市场,并且他们可以继续拍得“人格资源”,造成雪球效应,使得拍卖市场失灵而不能通过嫉妒检验的同时,造成代际性不可逆的不平等。

(四) 父母与社会大众的权利冲突

父母与社会大众的权利冲突主要集中在:父母的生育自由与社会公众之公共安全的权利和平等权。

生育权与生育自由原本属于私人领域的范畴,无论将生育权划归于身份权、人格权或其他权利的主张均是在私人领域展开讨论。人口工具论等论调和做法已经无数次地被挑战和批评。虽然生育作为一种私权利是确定无疑的,但人类胚胎基因编辑事件打破了原本生育私人化的必然逻辑。这种冲突的一方是父母私领域中的生育自由,另一方是社会公众关于公共安全、生命健康和平等的权利。前文已经在父母间权利冲突部分说明了生育权已经不能解释和指导基因编辑技术的使用,而且人类发展历史并不是第一次面对这样的难题,自由主义优生学无疑是这种冲突的典型代表。

1883年,弗朗西斯·高尔顿爵士创造了“优生学”一词,意在通过血统或种族来改善人类。在

[24] 参见前注[8],德沃金书,第349—356页。

20世纪早期,孟德尔遗传理论的重新发现和对达尔文进化论的日益接受推动了优生学理论进入主流社会。优生学提出的基本理念和方法是鼓励优质特征繁殖,抑制低劣特征延续。自诞生以来优生学多以负面形象示人,最臭名昭著的是强迫绝育政策和纳粹种族灭绝。在优生学运动中,个体的生育权被限制,实施限制的正是公众或者声称代表公众的公权力。个体的生育权从绝对的私权利状态转变为可以被公权干涉的状态。在这个过程中,公众(集体)的利益被无限放大,导致了对于个体人权的践踏。

人类胚胎基因编辑也基于同样的假设:某些基因比另一些更值得被繁衍。^[25]这种共同的假设导致胚胎基因编辑被描述为“新优生学(neoeugenics)”^[26]“秘密优生学(backdoor eugenics)”和“自由主义优生学(liberal eugenics)”^[27]

一部分观点认为这种新的模式与传统优生学有重大区别,因而不需要加以规制。最主要的理由是,以往的优生学运动以公权力为强制,但是胚胎基因编辑并不与国家强制力相关,是一种自由生育的行为。^[28]具体而言,以往的优生学运动是国家层面法律和政策的实施,而胚胎编辑是一种个体自主选择的行为。此外,两种不同优生学之目的有很大的区别。传统优生学旨在国家、社会和种族等层面集体的遗传提升,胚胎基因编辑仅仅关注个体。按照这个逻辑,胚胎编辑属于私人活动,不必然引起优生学的回归,也就意味着生育自由与公众的各项权利之间不必然冲突,公众不得以权利冲突为由限制胚胎基因编辑。

但事实上并非如此。以上的观点忽略了一个重要事实,一旦某些特征比另一些特征更值得被繁殖的认识扩散,并且由可行的技术付诸实践,优生的信念肯定会被大规模地促进。在本质上,遗传性状的可取或不可取关乎人类价值的命题,无论是消极的优生,还是积极的优生,基因技术带来的是何种遗传特征更有价值的外化彰显,在人与人之间会更加凸显可取特征与不可取特征之间的界限,即通常所言之优劣高下。这很可能会强化一种观念(偏见):一个人的社会价值是由与生俱来的特征(基因)所决定的。

在此情况下,生育自由与公众权利冲突是一种事实,但不仅仅涉及优生理念的促进,更严重的问题是胚胎基因编辑可能会带来与优生学一样的族群歧视和消灭的问题。人类历史上一些生理特征一贯被认为是不可取的,比如残疾、严重遗传病,基因技术用来消除这些不可取基因的同时,既存的以上弱势群体所受到的歧视会加重。

基因增强技术的倡导者朱利安·萨维斯库(Julian Savulescu)提出,个人在道德上有义务使用像胚胎编辑这样的技术来选择“最好的”孩子,他将“最好的”定义为“最可能经历最少痛苦的孩子”^[29]。历史学家纳撒尼尔·康福特(Nathaniel Comfort)指出,如果按照萨维斯库的论点得出看似合乎逻辑的结论,创造出的“人”事实上就是优生学运动想要创造的同样类型的人。那些最有成功机会的人其实属于社会特权群体。目前社会给白人、同性恋者和男性的机会最多。因此,如果

[25] Daniel J. Kevles, *From Eugenics to Patents: Genetics, Law, and Human Rights*, 75 *Annals of Human Genetics* 326, 326-327 (2011).

[26] Sonia M. Suter, *A Brave New World of Designer Babies?* 22 *Berkeley Technology Law Journal* 897, 923-935 (2007).

[27] Nicholas Agar, *Liberal Eugenics: In Defence of Human Enhancement*, Blackwell Publishing, 2004, p.2-21.

[28] 参见[美]迈克尔·桑德尔:《反对完美:科技与人性的正义之战》,黄慧慧译,中信出版社2013年版,第76页。

[29] Julian Savulescu, *In Defence of Procreative Beneficence*, 33 *Journal of Medical Ethics* 284 (2007).

目标是创造出最有成功机会的孩子,这似乎需要消除残疾人、同性恋者和少数族群。

正如康福特所言,从古至今所有“可取的特征”之假设都是暗含着歧视的。萨维斯库认为应当清除的遗传性状与优生学运动实践的歧视性认识最终高度相似。因此,如果生育自由支持胚胎基因编辑技术,那么一部分孩子将会拥有更加“理想”的特征,以此获得享有更多成功机会的优势地位,从而会侵犯到未进行基因编辑的大众的平等权。

而在目前该技术高技术、高价格壁垒的情况下,公众可能连知情权也不能得到保障。此外因为“最好的”孩子的基因已经被人为加工,一旦生殖繁衍很可能会污染人类基因池,潜在的安全风险会一直影响着大众的健康和生命权益。

优生学的历史教训展示了个体生育自由被干预所带来的非人道后果。同时,以上的分析也可以得出另一个结论:人类胚胎基因编辑在事实上会成为一种新型的优生学,如果个体生育自由被给予无限制的支持,未经编辑技术加强之公众应享有的各项权利便会遭到侵犯。这种新型优生学只不过是把受害者和弱势方从个体转变为公众。

四、胚胎基因编辑引发权利冲突的应对原则

(一) 人类集体权利与个体权利相和谐

新自由主义者的道德哲学论辩方式都是以个人权利为核心概念的,此种论证中个人权利(或个人自由)的正当性居于首要位置。^[30] 新自由主义者主张的是权利优先论,无论罗尔斯基于正义的权利、诺齐克至上的权利还是德沃金作为政治王牌的权利均是如此,这种优先性哪怕面对社会公共利益也毫不退让,例如罗尔斯在《正义论》开篇就批评了功利主义权利观,并提出了他的正义权利优先论,“每个人都拥有一种基于正义的神圣不可侵犯性,即使全社会之幸福也不能践踏它”,因为“由正义所保障的权利不受制于政治交易或社会利益计算”。^[31] 德沃金认为个人权利意味着一个人能够免于被所谓“大多数”侵犯,即使整体利益也不能成为剥夺权利的正当理由。^[32] 桑德尔曾对此有如下概括:新自由主义所提出的权利优先于善是指某些个人权利比共同善更为重要,以至于普遍的福利也不能超越它,且这些权利的正当性并不依赖于良善生活的概念。^[33]

社群主义主张善优先于权利,并以社群共同善来规范个人权利。但社群主义并不反对个人权利,只是强调个体的存在和认同依赖于社群,个体权利只有在社会和历史背景下才有意义。利益的价值是由相关人群整体确定的,只有存在广泛的价值共识时,权利观念才是有意义的。^[34] “在一个以人的善为其共同目的的共同体中,这种尺度的应用显然要以这个共同体对善的广泛认同为前提条件,并且,正是这种认同使得公民之间的联结成为可能。”^[35]

个体权利与集体权利(利益)关系的问题是自由主义与社群主义关于权利与善优先性争论的一个侧面,此处不可能也无意对该宏大命题做出解答,仅试图借鉴二者的分析和批评路径对胚胎基因编辑所涉个体权利与集体权利问题提出折中化的应对主张。

[30] 参见[英]哈耶克:《个人主义与经济秩序》,邓正来译,三联书店2003年版,代译序第17页。

[31] 参见[美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1998年版,第3—4页。

[32] Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p.146-149.

[33] Michael J. Sandel, *Liberalism and Limits of Justice*, The Press Syndicate of the University of Cambridge, 1982, p.185.

[34] 参见[美]米勒:《社会正义原则》,应奇译,江苏人民出版社2001年版,第9页。

[35] [美]麦金太尔:《追寻美德:伦理理论研究》,宋继杰译,译林出版社2003年版,第196页。

1. 人类集体权利不应漠视个体权利

新自由主义主张的权利优先论批判了以社会利益简单计算和以普遍福利为理由侵犯权利的做法,而这也正是个体权利不得以集体权利为借口被漠视的原因。

权利的背后实际上是对利益的追求。人类胚胎基因编辑这项技术诞生的根本驱动力就是利益,这些利益包括根除遗传性疾病困扰、培育更完美人类、主动性的生育设计。问题在于不同主体间的利益是不同的。集体权利观声称代表的是社区中大多数人的利益,而这种声称来源于社会利益的计算,但这并不是正当的理由。

首先,集体权利观无法确保少数个体的基本权利免受公共利益的侵犯。在发生于我国的“基因编辑婴儿事件”中,已经被基因改造的两个婴儿该如何安置已成为问题。一方面,社会公众对“基因编辑人”的恐惧态度要求严格控制这两个婴儿,另一方面,被基因编辑的婴儿也有作为人应该享有的权利诉求。如果仅从社会利益计算,两个无辜的婴儿就会被毫无保留地剥夺正常人应享有的权利(特别是其结婚、生育和医疗的权利),这其实是对少数个体权利的侵犯。

其次,集体权利观会造成不正当偏好对个体基本权利的侵犯。人类社会千百年来由于种族、性别、性取向等问题引发了众多的歧视与偏见。如前所述,基因技术的目的很大可能会从目前的治疗转向增强。更好的容颜、更强的身体、更高的智商总是人类孜孜不倦的追求,哪怕这种追求事实上包含着一定的歧视。随着基因技术的不断发展,在人类无尽的欲望驱使下,该技术可能被普遍用于满足人们的不正当偏好,此种根植于基因层面的不正当偏好所引发的歧视会更难消除。无论哪一方是弱势群体,基因技术侵犯基本权利最可怕的形式是“人类寻求完美基因质量的努力,将最终造就一批具有权力的人,由他们执掌人类重新设计的生杀大权”。^[36]

因此,集体权利不能漠视个体权利。具体而言,社会大众与潜在者的平等权冲突之下的公共利益考量并不能替代对少数基因被编辑者的关怀。以治疗为目标的胚胎基因编辑是个体生育权和个体自由发展权利的延伸,不能以笼统的公共利益为理由禁止。

2. 人类集体权利优先于个体权利

社群主义认为善优先于权利。菲尼斯认为共同善是处于共同目标之下的,更确切地说,是基于持续合作的共同观念导向的共同福祉。个体的权利应当界定、塑造并构成共同善。^[37]个人之善只有在“共同善”中才能得以确认,作为“共同善”体现与表征的公共利益具有优先性。个人之善处于共同善之中,并以共同善为基础和标准。公共利益是良善生活的实质要求,它界定了共同体的生活方式,因此个人利益服从于公共利益。公共利益不取决于偏好,而且对偏好加以限制。^[38]

拉兹认为集体权利是共同善的代表需要满足公共利益的需要,其成立有三个条件:1. 使他人负有义务的利益是正当的;2. 利益是公共善的利益,权利是满足群体利益的公共善权利;3. 个别成员的公共善利益不能证明他人义务的正当性。^[39]第一个条件是要求集体权利符合伦理道德的考量,后两个条件是将集体权利与个体权利相区别的关键。在人类胚胎基因编辑中所涉及的大众的平等、安全与秩序的权利是符合以上三个条件的。因为平等、公共安全、稳定的秩序是无可辩驳的

[36] [加]许志伟:《生命伦理:对当代生命科技的道德评估》,朱晓红编译,中国社会科学出版社2006年版,第230页。

[37] 见前注[23],菲尼斯书,第39—41页。

[38] 参见[加]威尔·金里卡:《当代政治哲学》,刘莘译,上海三联书店2004年版,第282页。

[39] 参见[英]拉兹:《自由的道德》,孙晓春等译,吉林人民出版社2006年版,第213页。

正当公共利益。个体对这些要素的需求与集体是基本一致的,且这些要素是以共同体而不是个别成员对善的追求为基础。在共同善的视角下,“即便这些基本要素的综合考虑并不能保证必然最有利于个体的利益,但是它们起码在某些方面可以有益于每一个人,因为它们对集体而言是一种善”。〔40〕这些集体权利并不会因为一个人的享有而减少另一个人的享有,所有人都能够平等地享有意味着所有人也应平等地遵守相应权利带来的义务,最基本的一点是不能仅基于个体利益的偏好肆意破坏公共利益。

建立在共同善基础上的集体权利不仅代表了共同体的正当公共利益,还守护着共同体内部的身份认同。社群的目标可能是多样可变的,但目标的形成必须基于共同体身份认同和共同利益确认。国家生活或社会生活的本质意义在于形成共同价值目的;也正是在共同体中,人们获得对自己的身份和意义的理解,获得人们自我理解的共享的形式。〔41〕这种身份认同的一个前提是种族基本一致性,“正是与生俱来的发展变化能力的共享构成了人类种族的基本一致性(the basic unity),而且由于基本人类善的真正善性和指导性对这些能力的共享也构成了人权的根据和基础;而人权在基本人类善的人际关系内涵中就是那种指导性的具体目标”。〔42〕胚胎基因编辑技术打破了这种基本一致性,给人类的归属认同造成了困惑的同时也销毁了基本人类善的基础,整个人类社会也就无法团结在基本善为导向的目标之下,共同善也就无从谈起。

基于个人偏好的胚胎基因编辑是个体生育权的滥用,该技术手段目前所带来的人类基因池污染、社会平等冲击和稳定秩序的破坏都是与共同善相违背的,它既不符合公共利益的要求,又影响了共同体内部的身份认同。因此,人类集体的平等、安全和秩序的权利优先于个人的生育自由。

(二) 生命自由是绝对权利

绝对的权利(absolute right)是否存在是法哲学上一个争论不休的问题。因为绝对的权利意味着所有情况下的绝对优势地位,权利的内容也必须以没有保留的完整形式实现。一旦承认绝对权利的存在,绝对权利与其他权利相比较就处于价值和利益的绝对优势地位,在权利冲突的情景下,绝对权利永远优先于其他权利,甚至可以说绝对权利与其他权利发生关系时,冲突的可能性被排除了。

从权利发展的历史看,被视为“神圣不可侵犯”的财产权利和各个资产阶级权利宣言书中所表达的言论自由、生命权等都曾经被视为绝对权利,但发展至今都发生了微妙的变化,以至于现在大多数人对绝对权利的存在持否定的态度。M.弗里德曼提出了将权利从主客观、理论与实际三个不同角度观察的方法,他指出在客观上和事实上,权利并不是绝对的,但是主观上和理论上权利完全有绝对化的可能。〔43〕我们不能否认,权利在历史进程中所扮演的一个重要角色是对抗公权力的武器,而且各种权利在不同历史时期的构造都有相应的独特目标,所以在历史的事实状态下从没有绝对权利,但是为了强调某些权利的重要性,突出这些权利本身的力量,将某些权利视为绝对权利是可取的。〔44〕

面对人类胚胎基因编辑所带来的对人性尊严根基的冲击、人类社会平等基础的动摇和人类社会基本安全与秩序的破坏,赋予胚胎生命自由以绝对地位就是为了凸显人之为人的尊严本身和人

〔40〕 [英] 拉兹:《公共领域中的伦理学》,葛四友等译,江苏人民出版社2013年版,第62页。

〔41〕 Michael J. Sandel, *supra* note [33], at 220.

〔42〕 见前注〔23〕,菲尼斯书,第7页。

〔43〕 参见[美] M.弗里德曼:《法律制度》,李琼英等译,中国政法大学出版社1994年版,第269页。

〔44〕 参见葛明珍:《论权利冲突》,中国社会科学院2002年博士学位论文,第50页。

类社会平等、安全、秩序等基本价值无可取代的重要性。

德沃金认为美国一些州保护“潜在生命”的利益是因为：“虽然胚胎不是宪法人，但它是一个在我们文化中具有道德和情感重要性的实体，州甚至不惜以侵犯妇女支配自己身体等宪法权利的手段保护这种重要性。毫无节制的人工流产会影响人们对人类生命价值本能性的尊重，而这些是维护一个公正而高尚的文明社会所应有的基本价值。共同体如果对堕胎等涉及基本价值的事情不足为奇的话，这个社会就是危险又冷酷的。”^{〔45〕}胚胎基因编辑技术还改变了以往堕胎、试管婴儿等争议性传统技术的一些技术性判断标准，例如胚胎体外的独立存活。因为该技术能做到的是更为深度的人为操控，这比起“独立存活”对人的基本内在价值有更深远影响。如果一个社会应当对潜在生命表现出足够的重视，那么就应该对同样具有威胁生命内在价值的基因编辑技术采取审慎态度，尊重生命体就必须尊重其生命自由。

除了强调人类共同体的根本基础和基本价值，生命自由本身也具有内在的无可比拟的重要性。在权利的构成要素^{〔46〕}中，自由指的是权利主体可以根据自己的意志选择自己的行为，包括可为模式和不为模式。同时还意味着可以要求他人不为或者不为一定行为，并在必要的时候可以寻求公权力的支持。

菲尼斯提出了人类基本善的七个方面：生命、知识、游戏、美感经验、社交、实践理性和宗教。其中“生命”指向了能够承载理性的生命力，主要包括心智健全和身体机能的完善。这些基本善内在于人类福祉，它们不仅是人类兴盛的真正面向，还是人类真正的行动理由。为了实现包括“生命”在内的七种基本善，菲尼斯还提出了包括“促进社群共同善”和“不要妨碍基本善实现”在内的九种中间价值（或者称为方法）。^{〔47〕}不得“破坏或者妨碍对于一种或更多基本善的实现或者参与”之基本要求的一个重要方面是人们在追求自我实现的同时要注意各项基本善的和谐，也只有协调好各项基本善才有可能与“人之完人”（person full-being）的内在需求相一致。人类胚胎基因编辑本身已经是对“生命”完整性的侵犯，也是对作为生命核心内容的尊严之蔑视。胚胎基因编辑在菲尼斯的基本善框架中指向的是更好的知识、游戏、美感等除生命外的基本善，可是这种增强是以牺牲“生命”本身的完整性和尊严为代价的，换言之此种增强是侵害生命的基本善去促进其他基本善，这显然不符合各项基本善平等而且和谐一致的要求。从这个意义而言，“生命”作为基本善是独立和绝对的。

父母生育权与潜在者自主决定权的冲突归根到底是生育自由与生命原初条件自由的冲突。卢梭曾经有这样的描述，“孩子享有父亲的财富，仅仅因为父亲将权利转移给他们，然而孩子作为人的自由是自然赋予的，他们的父母完全没有权利剥夺这种自由”，“孩子们生来就是人，并且是自

〔45〕 参见〔美〕德沃金：《自由的法：对美国宪法的道德解读》，刘丽君译，上海人民出版社2017年版，第52—53页。

〔46〕 在古罗马法的权利结构中，权利包含了四个方面的内容：1. 受法律支持的习惯或道德权威（authority），如家父权；2. 受法律支持的习惯和道德的权力（power），如财产处分权、债权人对债务人的权利；3. 受法律保护的自由（freedom），如放弃遗产继承的权利；4. 法律身份（legal status），即罗马公民或外来人在法律关系中的地位。目前的通说认为，法律权利的结构是指法律权利有哪些要素构成，以及这些要素之间如何互相有机联系形成整体。权利的结构在不同的视阈中有不同的组成方式，大体而言利益、资格、能力、自由四个要素是必不可少的。参见付子堂：《法理学进阶》，法律出版社2016年版，第28—29页；夏勇：《人权概念起源》，中国政法大学出版社2001年版，第38页。本文在胚胎主体地位的证成中讨论了资格与能力，在集体权利与个体权利的关系中讨论了利益，在生命自由是绝对权利的论述中重点考察了自由。

〔47〕 John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, 1980, p.100-126.

由的；他们的自由属于他们自己，除了他们自己以外任何人都无权加以处置”。〔48〕卢梭只提到了孩子，即已经独立诞生的生命体是天赋自由的，那么作为潜在者的胚胎呢？答案是肯定的，因为如果在胚胎阶段的自由都被剥夺的话，那么生命体就不可能享有生下来就有的自由，而是自始至终的不自由。

德沃金将自由区分为两种，一种是任意的自由(liberty as license)，另一种是独立的自由(liberty as independence)。德沃金曾言“每个人都有追求更美好人生的自由”，美好人生的定义是存在个体差异的，若是一个人在最初的原始境况下被人为地更改了生命的初始条件，那么他与生俱来的不自由将会不自觉地影响个体去追求更美好的人生，以至于美好人生这一假设很有可能不再存在，因为在最初的设定中，追求美好人生的能力被更改，甚至美好人生的目标已经被设定，追求幸福的自由最终归于虚无。他还认为人生是由诸多重大决定构成的，所以人们的体验、成就和各种关系中呈现出一贯的选择非常重要。这种选择是生命自由的表现，预设了一些坚定的信念，显示了稳定的自我承诺，从而形成了“人生整全性”。〔49〕父母进行胚胎基因编辑实质上干预了潜在者的人生选择。

因此，生命自由是绝对权利，因为生命自由是一切其他权利的前提，也是生命整全性的要求，还是基本善的内容，父母的生育权并不优先于潜在者的生命自由。

（三）基本权利优先于非基本权利

基本权利与非基本权利发生冲突时，基本权利处于优势地位是一个共识，甚至到了无论多微小的基本权利也比其他非基本权利更应得到实现的程度。但是基本权利与非基本权利的划分是一个复杂的问题，如何判断一项权利是否属于基本权利存在着很多不确定的因素。常见的判定方式之一是根据规定权利的法律位阶高低决定权利的基本性。按照此思路，宪法中规定的权利无疑是最基本的权利。但是这种方式最常遭到批评的理由是法律位阶的高低并不直接决定权利位阶的高低，因为权利从本质上来说是平等的。基本权利的判定是困难的，但我们又必须划定某些权利属于基本权利，使其符合当下时代的需要以便更好地实现人的利益和需要。

如果不存在公认的价值排序，那么在一般语境下判定哪些权利属于基本权利是困难的。但在具体环境中采用具体的判断是必要且可行的。这种方法被称为“情境排序法”(conditional order)，它在具体情境中对各种权利进行必要的分析，并在各种权利关系的冲突中根据重要性进行取舍。〔50〕

在人类胚胎基因编辑权利冲突中所涉及的生命权、健康权、生育权、公共安全的权利都是整个权利体系中少有争议的基本权利，在通常的情境模式下以上各种权利很难做出基本与非基本的区分，因为它们与人的生存和发展都紧密相关。但是在新的基因技术应用之下，以生育权为代表的权利内容和外延都发生了变化。

传统的生育权是一种基本权利。根据霍菲尔德的权利理论，生育自由其实是特权，并没有与之直接对应的积极义务，生育自由属于个人自治的范围。从根本动机而言，它是基于人的生命的有限性和人类繁衍存续的本能需要。前文在父母之间的生育权冲突中，分析了胚胎基因编辑超出了传统的生育方式和生育质量干预的范畴。在这项技术应用的具体讨论中，以应用目的为标准，存在着修复和增强两种划分。通常的观念认为，以治疗为目的的基因修复技术应用是正当合理

〔48〕 参见[法] 卢梭：《论人类不平等的起源和基础》，黄小彦译，译林出版社2015年版，第128页。

〔49〕 参见[美] 德沃金：《生命的自主权——堕胎、安乐死与个人自由的论辩》，郭贞伶等译，中国政法大学出版社2013年版，第266页。

〔50〕 Roshjwald Mordecai, *Liberty: Its Meaning and Scope*, Greenwood Press, 2000, p.129.

的,而基因增强技术则是违背伦理道德的。同时,也有观点认为增强与修复之间并没有明确的界限。如果此处采用情境排序法,以修复为目的的基础生育权本身就属于个体健康权的范畴,与生命权等权利一样属于基本权利的范畴。以修复为目的的基础生育权较之于以增强为目的之扩大化了的生育权是更基本的权利。如果以修复为目的的生育权是与生命权、健康权等位于同一位阶的基本权利,那么以增强为目的的生育权是低位阶的非基本权利。判断一项权利是否属于基本权利还需分析权利属性,基本权利的基本性在于关乎人的基本生存、基本需要和基本价值,以增强为目的之基因编辑使用显然超出了基本生育权在这三个方面的指向。同理,隐私权较之于健康权、生命权等基本权利也属于非基本权利。

因此,以增强为目的的基因编辑使用应当被排除在生育权的范围之外,或者至少将含有此内容的生育权划归为非基本权利。根据基本权利优先于非基本权利的原则,以增强为目的的生育权和基因编辑所涉及的隐私权应当让位于大众健康权、平等权和安全与秩序的权利。

(四) 生存目的论不是权利排序的终极根据

艾伦·德肖维茨提出:权利的功能——事实上是法律与道德的功能——在于改善自然状态,将我们从恐怖的自然状态提升到文明状态。他主张以权利来抵消大多数人不顾他人利益而只顾自己的自然本能。^[51]

我们必须承认人类自私的本能。康德认为:“在自然状态下,自私为第一生存法则,人类的第一个政治责任就是离开自然状态,并让自己与他人顺从于合理而公正的法律规制。”^[52]权利的功能在于消除人的恶,摆脱自然状态和绝对自私,进入到一个和谐的现实社会和精神世界。这一认识对人类胚胎基因编辑是尤为重要的,因为所有的政策制定都不能仅仅基于功利且急切的现实因素之考量,还应该更多地涉及未来的人文关怀。目前所有人面对的是可能改变千百年之“人”的定义的技术和伦理道德革新,以人类命运的终极思考去面向未来是紧迫而又必要的。

首先,人类胚胎基因编辑打破了自然状态的黑箱效应。如果以消除人的恶,消除人的本能为目的而建立权利,那么此构建的基础是自然人的自然状态相对一致性。基因编辑从根本上打破了这个预设,人性本善或者人性本恶的讨论在此失去了意义,因为原本不可讨论的人的自然状态黑箱被打破,甚至降格为可编辑状态,终极异化为善恶本性可预设。从这个意义而言,如果权利是为了应对人类本性而设立的,那么这个权利功能存在和讨论已经失去了意义。

其次,以生存(包含个人存续、文明发展)为目的的终极目标将会被异化。人类的生存繁衍,人类文明的延续是终极的重大目标,从身份到契约的转变,到福利国家的建立,权利的不断更新发展都是围绕着这一目标进行,而且这个过程并没有摒弃对人性的考量和对个体尊严的重视。人类基因编辑可能异化这个目标的直接原因是人种绝对差异化,被编辑过的人可能拥有更可人的容貌、更高的智商、更强健的身体……这一切的指向就是更完美的人,更完美的人意味着更好的生存能力,终极的生存目的论一旦扩大到全人类的集体视角,那么处于生存劣势地位的人的权利主体地位将彻底动摇。正如福山所言:以基因技术为代表的新技术冲击了人类作为一个物种所共享的典型特征,人性的危机由此爆发。^[53]换言之,生存终极命题下,权利并不为了不适于生存的主体而存在。

最后,提升文明状态,回归和谐秩序是最佳选择。既然权利的功能面对人类基因编辑这一新兴技

[51] 参见[美]德肖维茨:《你的权利从哪里来?》,黄煜文译,北京大学出版社2014年版,第30—31页。

[52] [德]康德:《道德形而上学的奠基》,李秋零译,北京大学出版社2008年版,第144页。

[53] 参见[美]福山:《我们的后人类未来:生物技术革命的后果》,黄立志译,广西师范大学出版社2017年版,第101页。

术既不能立足于改善自然状态,也不能基于生存为目的的终极目标,那么权利功能中仅存的提升文明状态、回归和谐秩序成为最佳的选择。回归和谐的权利功能就要求实现各主体间权利状态的协调,虽然目前如何实现这种意义上的和谐仍需要讨论,但是各国已经行动起来,基本的管制手段和应对原则目前已经确立。美国国家科学院和美国国家医学院 2015 年的报告《人类基因组编辑的科学、伦理和监管》披露了全球已经对该事项达成广泛的共识,并且确立了促进福祉、适当透明度、谨慎注意、科学诚信、尊重人格、公平和跨国合作等七项基本原则,相应的监管体系和监管原则也陆续建立。这些举措均旨在保证基因相关权利之功能最后回归于促进文明进步和秩序和谐。

五、结 语

正如德沃金所说:“基因技术确实是在玩火。然而这就是我们这些凡人自普罗米修斯后一直都在做的事情。除了玩火并承担后果外,其他的做法都是面对这个未知世界的怯懦表现。”^[54]过去的理论不能够完全涵盖和解释当下与未来的问题,无论我们采取何种权利保护取向并付诸立法规制,都仅仅是立足于已知的知识判断。关于充满无限可能的未来,我们还应当保持一种足够开放的态度。

Abstract The embryo gene editing technology represented by CRISPR – Cas9 has opened the door for human beings to design and modify their biological properties at a deeper level than before. It also brings the negative influence of ethics and morality, and even the foundation of human society. All of externalization of these concerns is manifested in the rights conflicts among the gene information providers, the embryo and the public. The rights involved in these conflicts have changed both in connotation and extension due to the application of genetic technology. The conflict of parents' inner reproductive rights goes beyond the traditional conception of fertility, the rights conflict between parents and the general public has raised the possibility of a new liberal eugenics, the rights conflict between the embryo and the parents resulted in a new innovation of balance between the qualifications and abilities of the subject of rights. In order to safeguard human dignity and the stable order of human society, the appropriate response principles include: to replace the considerations of utilitarianism with the common good, to realize the harmony between collective rights and individual rights; to choose basic rights and non-basic rights according to the specific situation; to be open enough about the future. The ordering of rights should no longer be based on survival teleology, but on promoting the state of civilization and returning to harmony.

Keywords Gene Editing, Rights Conflict, Reproductive Rights, Subject of the Right

(责任编辑:宾凯)

[54] Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, 2000, p.446.