

# 基因歧視與法律解決方案\*

主講人：何建志 助理教授\*\*

紀錄：張家維

## 壹、 前言：

在開始講述主題前，先介紹以下的幾種研究科技法律應具備之精神：

### 一、 TARGET：

#### 1. 做事情一開始要有目標：

目標清楚，則方向、內容、結果才得以清楚，再加以全盤考慮後果…  
等各種要素，做事情時才能周延。

#### 2. 在實踐目標的方法上，工具越多越好：

例如作木工的人，有多種工具，例如：鋸子、鉗子、螺絲起子…應用在不同的需求上。做事情時，基本上工具越多越好，才能在做事情時方便、有效率並且準確。故除了目標清楚外，應採取何種手段更應該要審慎的規劃、討論。

### 二、 Problem solving（問題解決）

問題解決之能力非常重要，如何處理問題，其思維、程序、步驟以及方法，是必須具備的能力。以下將問題分為兩種：

#### 1. 開放性問題：

(1) 定義：一個問題同時有多種解決方案的存在，而每個方法的利益風險皆不同，例如：癌症病人想要以何種方式治療：開刀？化學療法？或標靶藥物治療？

(2) 每個方法之間不一定互相排斥，而可能相輔相成、或是依據時

---

\*午餐學術討論會之三，舉辦於 2008/12/29，清大生物倫理與法律研究中心。

\*\* 何建志助理教授，目前任教於台北醫學大學醫學人文研究所。

間、社會條件的變化，可以運用各種方法分次或分別採取。

## 2. 封閉性問題：

定義：問題之答案限於 yes 或 no。

像生物科技法律這種新興領域的法律，可能會對社會或經濟發展帶來很多挑戰以及機會，而在面對此種問題時，則期待各位能以較開闊的心胸研究，不要預設立場，以免流失機會、或是產生偏差之預設立場，故宜以「開放性問題」之方式來研究為佳。

## 三、創意：

法律人多缺乏創意，故對社會之貢獻有限，建議大家可多廣泛瞭解各學科知識，才得以在未來與各行各業的專家溝通，亦有助於能迅速找到問題核心。

## 四、生物科技議題爭議原因

此部分為介紹生物背景，在談論至複製人、幹細胞研究等，多牽涉許多方面之爭議<sup>1</sup>，為何會引起這些爭議，可歸納為以下幾點主要原因：

### 1. 科技不確定性：

此部分為事實層面之探討，例如：基因治療是否安全、基因改造食品是否對人體有害.....，此多牽涉許多科技的不確定性。

### 2. 利益衝突：

此部分為價值判斷之問題，新的科技產生可能會產生新的財富、改變財產利益分配之狀態，可能引起既得利益者之反彈。

### 3. 價值分歧：

---

<sup>1</sup> 尤以論理爭議為重。

此部分之「價值」定義為：不牽涉利益衝突、純粹為理念、世界觀或意識型態之衝突。例如人工流產、墮胎等議題，許多宗教團體人士反對墮胎並非基於個人私益，而只是因為理念之堅持而有價值分歧。

又以基因改造食品為例，「基因改造食品是否安全」為科技不確定性的問題，但也可能牽涉「國際經貿」而造成利益衝突，以及生態上的價值分歧、意識型態的問題。

類此而論，討論問題時分層次來討論，有助於討論能更加清晰。

## 貳、 基因歧視之主題探究

### 一、歧視

1.人類社會自古以來有各種歧視

2.何謂歧視？

如：男同性戀酒吧老闆只招收男同性戀擔任服務生是否歧視女性求職者？或女同性戀酒吧老闆只招收女同性戀擔任服務生是否歧視男性求職者？

3.「區分」、「差別待遇」不等於歧視！

4.「不合理差別待遇」才屬於歧視。

5.何謂不合理差別待遇？

(1) 釋字第 211 號解釋文

「憲法第七條所定之平等權，係為保障人民在法律上地位之實質平等，並不限制法律授權主管機關，斟酌具體案件事實上之差異及立法之目的，而為合理之不同處置。」

(2) 釋字第 485 號解釋文

「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保

障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。」

## 二、 基因歧視之定義

### 1. Natowicz 等人與 Billings 等人

- (1) 單獨基於個人基因構造與「正常」基因體的差異，而歧視該個人或其家族成員
- (2) 只要個人帶有與正常人不同的變異基因，而不論是否將會發病，便有可能遭受歧視。而且，如果家族中有一人帶有變異基因，則其他家族成員也可能遭受歧視。
- (3) 如果是因為遺傳因素發病而遭受歧視時，則不屬於基因歧視，因為個人發病之後遭受歧視，歧視是針對帶有疾病而不是單純因為帶有基因。

### 2. Gostin

根據診斷性或預後性基因檢驗資訊，而拒絕權利、優惠或機會。

## 三、 根據基因從事差別待遇是否合理？

### 1. 科學層面考量

- (1). 如果差別待遇不具科學根據，則這些措施不合理
- (2). 由於遺傳病有顯性或隱性二種類別，而每一種基因發展出疾病的外顯率或穿透率（penetrance）也各不相同，因此我們需要根據基因與疾病的科學知識與分類加以討論。

### 2. 可能遭受基因歧視的各種類型人士

- (1). 尚未發病而可能發病的帶因者

- i. 發病前可治癒、或症狀可控制的帶因者。
  - ii. 將會罹患不治之症的帶因者。
  - iii. 將會發病，但症狀因人而異的帶因者。
  - iv. 不必然發病，但發病機率比一般人更高的帶因者。
  - v. 可能受到環境因素影響而發病的帶因者。
- (2). 帶有一個隱性遺傳病的基因，但不會發病的帶因者。
  - (3). 帶有基因多型性（genetic polymorphisms）變異，但不會發病的帶因者。
  - (4). 已發病或可能發病的遺傳病帶因者近親。

上述第 2、3、4 種之基因歧視為不合理的，因為第 2 種及第 3 種之歧視為歧視不會發病之人，無正當性，第四種歧視並未發病之人亦不合理。唯第一種基因歧視仍有爭議。

#### 四、保險業的基因歧視誘因

1. 保險原理：分散風險與大數法則

2. 保險契約特徵

(1). 資訊不對稱（asymmetry of information）

保險公司並不會比要（被）保人更瞭解自己的資訊，故更難以估計風險，而難以核算保費。

(2). 逆選擇(adverse selection)

因為保險公司無法發現投保人真實資訊，進而難以計算真實風險，故無法依風險高低確切計算保費，最後造成：「保費過高使低風險者不投保；保費過低使高風險者則更加願意投保」之結果，使得保險公司最終難以永續經營，最終甚至落到破產地步。

### 3.平衡資訊不對稱

解決資訊不對稱之方法，有以下二種：

- (1). 要保人誠實告知義務<sup>2</sup>
- (2). 差別定價

## 五、雇主的基因歧視誘因

- 1.受雇人健康影響工作表現
- 2.人力資源管理

例如：職前訓練亦為公司之成本，如一個機師已完成航空公司之職前訓練，卻因身體不適而離開，則航空公司損失其訓練之成本。

### 3.雇主法律責任

- (1). 對受雇人責任：勞工安全
- (2). 對第三人責任：民法 188<sup>3</sup>條

可以討論的是：基因歧視會不會讓雇主對員工之篩選有更細緻的分類？若有，則這樣的區分是否會造成侵害人權的疑慮？

## 六、反對基因歧視的倫理根據？

---

<sup>2</sup> 保險法第六十四條規定：「

第一項：訂立契約時，要保人對於保險人之書面詢問，應據實說明。

第二項：要保人故意隱匿，或因過失遺漏，或為不實之說明，足以變更或減少保險人對於危險之估計者，保險人得解除契約；其危險發生後亦同。但要保人證明危險之發生未基於其說明或未說明之事實時，不在此限。

第三項：前項解除契約權，自保險人知有解除之原因後，經過一個月不行使而消滅；或契約訂立後經過二年，即有可以解除之原因，亦不得解除契約。」

<sup>3</sup> 民法第 188 條規定：「

第一項：受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。

第二項：如被害人依前項但書之規定，不能受損害賠償時，法院因其聲請，得斟酌僱用人與被害人之經濟狀況，令僱用人為全部或一部之損害賠償。

第三項：僱用人賠償損害時，對於為侵權行為之受僱人，有求償權。」

1. 基因並非個人所能控制
2. 基因風險分配不均<sup>4</sup>
3. 基因資訊誤用
4. 使個人與族群遭受污名化
5. 助長基因主義（Geneticism）或基因決定論迷思
6. 引發不當優生學之虞
7. 妨礙研究與治療<sup>5</sup>
8. 妨礙帶因者獲得保險或就業

以上列出各倫理學家或法律學家曾提出過的主張，有些有道理，有些沒道理，因時間有限故不加以細述，若有興趣可上老師之個人網站<sup>6</sup>下載閱讀文章：何建志，2008年7月，〈基因檢驗與基因歧視：問題本質與解決方案〉，《法律與生命科學》，6期，頁23-44。

## 七、 基因歧視本質

### 1. Tabarrok

#### (1) 基因檢驗減少全體社會成本

因早期預防、早期治療可以提高個人治癒率亦得以減少社會成本，且經由治療亦能提升醫生之醫療技術。

#### (2) 基因檢驗使某些人獲益、使某些人受損失

得到早期治療的人雖然可能獲益，但被發現為帶因者的人則可能在工作保險上可能遭受不利益。

### 2. 由利益分配觀點來看，許可根據基因從事差別待遇，以及禁止根據

---

<sup>4</sup> 如有的人基因比較好，有的人基因可能有問題。

<sup>5</sup> 為避免個人基因缺陷暴露於眾，故帶因者可能不願意參加研究，進而延緩公共衛生之改善，或使自己疾病延誤治療。

<sup>6</sup> 何建志之個人網頁，<http://hojenji.googlepages.com/home>。

基因從事差別待遇，這二套制度其實就是二種利益分配方案。

- (1) 在第一種制度下，保險人與雇主可藉由基因檢驗獲得私人利益，但帶因者個人卻可能喪失私人利益。
- (2) 在第二種制度下，帶因者可利用基因檢驗獲得健康利益，且能夠在保險與就業領域獲得私人利益，但是保險人與雇主卻可能喪失利益。

#### 八、以「同情弱者」作為遊戲規則？

當上述之利益衝突產生，則應該如何解決呢？台灣社會最常使用的方就是以「同情弱者」之概念處理，但卻可能產生以下問題：

1. 當工作職位涉及公眾安全，如果由健康狀況不適合的人士擔任職務，即使受雇人自己願意承擔個人風險，但公眾卻因此暴露於風險之中。
2. 當高風險可用一般費率購買保險，雖然表面上看起來帶因者的投保權利得到保障，但實際上卻造成低風險者補貼高風險者，因此即形成了交叉補貼的不公平現象。此外，如果保險公司的理賠成本因而增加，是否將會影響或犧牲其他要保人請求理賠的權利？

因為利益衝突複雜，故不應該以單一面向處理問題，而應該綜合各利益團體之考量做審慎決斷，才能減少因錯誤決斷造成之副作用。

#### 九、基因歧視與利益分配

1. 基因歧視議題涉及了利益與風險分配，而且是多面向、多種類的利益與風險分配。
2. 以單一角度觀察基因歧視議題，將可能使其他層面的利益與風險受到忽視。
3. 與人類基因工程或人類胚胎研究這類基因科技議題相比，基因歧視並不



涉及人類形象或人類主體地位這類高度意識型態爭議，因此較可用務實、理性的方式客觀討論相關的利益與風險分配。

4. 當我們使用務實理性方式分配基因檢驗可能帶來的利益與風險，則應當平等考量各方的利益與風險，而非預設立場優先保障特定人士的利益。<sup>7</sup>

## 十、基因歧視主流解決方案

西方有一諺語：「當你手上拿了錘子，你會把任何東西都看成釘子」。

若當社會學家只瞭解社會學、經濟學家只懂得經濟學、倫理學家只會倫理學，則每個人只會用同一套方法解決不同問題，則難以真正解決問題，故大家應確實瞭解社會趨勢。

目前解決此問題之方法的主流模式如下：

### 1. 隱私權模式

- (1). 禁止保險公司與雇主知悉被保險人或受僱人的基因檢驗結果
- (2). 禁止保險公司與雇主要求被保險人或受僱人接受基因檢驗

但依目前慣習，就業前有健康檢查，有一般性及專業性之檢查，保險公司之健康檢查亦為既有體制，然而是否應該為了避免基因歧視而全面禁止？若全面禁止，是否可能反而妨礙合理運用？

### 2. 反歧視模式或平等權模式

禁止保險公司與雇主根據基因從事差別待遇。

---

<sup>7</sup> 有時候為了優先保障特定人士（弱者）做做出之錯誤決策，亦可能傷害特定人士（弱者）。

## 十一、 主流見解的缺陷

### 1. 隱私權模式的缺陷

(1). 無法禁止大眾自願提供基因資訊

(2). 美國大學成績單隱私權實例

成績被認為是個人隱私，因此公司不得自行向大學請求提供應徵者成績單。但話雖如此，求職者雖可主張隱私權提供大學成績，但拒絕卻實質上對自己不利，因為相對於願意配合繳交成績單之人，不願意交付之行為則可能造成「不打自招」的後果。

例如，假設全體畢業生，應該有一半以上學生成績為平均以上而願意提供成績單，若不願意提供，會被推測為另一半成績較差的學生。其次，成績差的一群當中也可以再細分為二組，依同理繼續推論，不提供成績者會被認為是成績最爛的學生，故隱私權模式亦有很大的侷限。

### 2. 平等權模式的缺陷

(1). 不公平交叉補貼

(2). 扭曲資源配置效率

(3). 無法達成普遍正義

(4). 預期成效有限

### 3. 二種模式共同缺陷

(1). 助長基因決定論與基因迷思

(2). 混淆商業保險與社會保險

商業保險應依照風險高低而分級收費，但社會保險，如：全民健保，以追求全民健康利益為目的，追求普遍性正義，故保費計算

不依具風險高低，而依據收入多寡。由於商業保險與社會保險之財務基礎以及社會功能不同，若對商業保險禁止風險與保費分級，則可能會阻礙商業保險之永續經營。

### (3). 欠缺系統性思考與規劃

若制訂反基因歧視之立法，可能在受僱人、要保人間導致不公平之後果。

## 十二、 基因歧視的制度分析

1. 基因歧視問題的關鍵，在於基因檢驗技術是一種新科技產物，以致於現有的社會結構沒有一套基因風險的分散與交易機制。<sup>8</sup>
2. 如果將解決問題的焦點集中於僱主、受僱人或保險人、要保人的私人契約關係，可能無法產生兼顧公平與效率的結果。

## 十三、 真正「平等」的解決方案

1. 「以不平平，其平也不平」（莊子，列禦寇）  
其意為，若以不平等之方式希望達到平等的目標，則仍然會造成不平等之後果。故若欲達到真正的平等，則應該以「全面性」的平等為之。
2. 實現社會公益與公義的成本，應由「社會全體」平等分擔，而不應由少數人承擔。
3. 回應基因歧視的最佳政策目標，是能夠使基因檢驗的利益平均分配，並使社會成員基因風險的成本平均分散
4. 課稅與社會福利最能達成平均分配利益與風險
  - (1). 針對基因檢驗課稅，以課稅收入建立專款專用特種基金，而用之於照顧帶因者的健康照護與就業需求。
  - (2). 如果特別稅收入不足，可考慮由既有社會福利體系（如全民健保制

---

<sup>8</sup>沒有既有的法律基礎或類似的法律得以依樣畫葫蘆。

度)分擔挹注部分基金收入。

#### 十四、 課徵特別稅與建立特種基金的優點

1. 節省執行反基因歧視法律的行政成本。
2. 減少社會交易成本與潛在糾紛。
3. 避免反歧視法律傷害第三者或公眾利益。
4. 不影響產業的資源分配效率與公平性。
5. 使利益直接用於需要幫助者。

#### 十五、 政治現實分析

1. 在反基因歧視立法下，照顧帶因者的成本大部分由保險公司與雇主負擔，但是在課稅結合社會福利的方案下，這些成本將由所有使用基因檢驗的人或全體社會成員負擔。
2. 在民主政治下，保險公司與雇主能控制的選票數量，少於所有可能使用基因檢驗的人數，更遠遠少於社會全體成員人數。
3. 在累進稅制下，保險公司與雇主已經負擔比一般人民更高比例的稅金與社會義務。要求保險公司與雇主負擔全體人民的基因風險與成本，等於是變相方式進行加稅，而且是選擇性而非普及性加稅。這種選擇性變相加稅，容易最討好多數選民。

#### 十六、 政治理念分析

1. 就民主公開審議觀點來看，課稅結合社會福利的方案比較能夠呈現各種利益與風險，而使各種議題能夠同時被考慮，因此具有較高的審議透明性而在反基因歧視立法下，則傾向於使討論焦點集中在特定種類的利益，而非同時呈現各種利益與風險，因此民主審議的透明性降低。

2. 在實體正義層面，全體人民的基因風險與成本如何分配，是一個有待討論的開放性問題。不過，如果我們可以用透明度較高的方式進行溝通與決策，則可以藉由程序正義導出較高品質的實體正義標準。

## 十七、 結論

1. 能完整處理基因歧視的最佳方案，應是以課稅結合社會福利的制度，而反基因歧視立法則是次佳方案。
2. 如果在政治現實下無法立即推行最佳方案，則採行次佳方案仍優於無所作為。<sup>9</sup>
3. 鑑於反基因歧視法律有其限制與可能弊端，以及基因科技的發展變化相當迅速，因此制訂反基因歧視立法時，宜同時在法律中設置定期更新或重新檢討的條款，例如每五年或每隔一定期間，必須由立法機關重新議決本法，否則屆期法律自動失效。如此將可避免法律受限於一時性的政治情勢或落伍科學知識，並使法律具有較高度的客觀正當性與長期合理性。

---

<sup>9</sup>美國於近年所提出之「基因資訊與反基因歧視法」，即採此方法。