

國立臺灣大學法律學研究所博士論文

指導教授：馬漢寶 教授

基因歧視與法律對策之研究

研究生：何建志 撰

學號：D88A21002

中華民國九十一年六月

謝 辭

本論文之完成，感謝指導教授馬漢寶老師長久以來之教誨與提攜，感謝李復甸老師、林子儀老師、范建得老師、顏厥安老師在論文口試時所提供之指正與建議，感謝葛克昌老師與蔡宗珍老師在論文初稿審查上所提供之意見，感謝過去參與國科會基因科技法律研究計畫時林子儀、蔡明誠、顏厥安等老師之言教與身教，感謝熊秉元老師在行為理論上之觀念啟發。

本論文之寫作承蒙以下機構提供獎助與研究津貼，特此致謝。

財團法人罕見疾病基金會（1999 年）

中央研究院（2001 年）

財團法人中華扶輪教育基金會（2002 年）

最後感謝家人、朋友，以及宇宙中高等影響的支持。

論文摘要

基因歧視是一個基因科技發達後產生的新興社會現象。當人類已經能夠使用基因檢驗方法探知個人基因組成時，我們開始面臨選擇知或不知的難題。例如，在保險脈絡下，利用個人基因資訊可能違反被保險人保持基因隱私的意願，也可能導致某些帶因者難以購買保險，但是如果保險人無法知悉被保險人基因資訊，則可能導致逆選擇而影響保險業的經營。在職場脈絡下，利用個人基因資訊可能違反應徵者或受僱人保持基因隱私的意願，也可能導致某些帶因者的就業機會受到影響，但是如果雇主完全不得使用基因資訊，則我們將喪失利用基因資訊預防職業疾病與改進生產效率的機會。以上的難題反映出科技變遷對於公共政策所帶來的典型兩難處境。

既有法學文獻已經針對基因歧視有所討論。關於使用基因資訊或根據基因從事差別待遇的合法性問題，許多論者訴諸隱私與平等的抽象理念進行思考。本論文則針對這種思考方式進行後設研究，並進一步探討使用其他方式思考基因歧視問題的可能性。為了達成這項研究目的，本論文採取科技整合研究方式，使用制度分析、理性選擇理論與分配正義等觀點，針對既有法學文獻中的一些相關論點加以檢討。

本論文的初步研究心得如下：

在基因歧視問題方面：

原則上法律不宜干涉保險人與雇主使用基因資訊或根據基因從事差別待遇的決策。是否進行法律干預，應取決於法律禁令與其他政策工具之間的相對優劣，並應進行干預及不干預的評估比較。除了法律禁令之外，我們可以透過建立制度性保障機制與關於基因科技的利益分享機制調和基因科技所衍生的社會問題。

在一般性法律理論方面：

一、科技快速變遷為法律不確定的傳統問題帶來更多挑戰。為了補充法律規範的不足，理性選擇的思考方式比道德主義的思考方式更能幫助我們在公共事務層面處理新興科技問題。

二、為了界定隱私權的適當範圍，我們應當區分「隱私本身的價值」與「因隱私產生之影響」，並針對這兩者進行價值權衡。

三、平等是一個空洞概念，我們必須在使用平等概念之前先確立實質價值判斷基準，才能有意義地使用平等概念處理資源分配的法律爭議。

四、分配正義是我們判斷法律制度優劣的價值基準。筆者認為，在高度分化的當代工業社會，為了兼顧產業體系運作與維護個人價值，多元正義理論比單一標準的正義理論具有更多優點。

目次

第一章 緒論.....	1
第一節 基因歧視之概念.....	1
第二節 基因歧視之研究價值.....	5
第三節 本論文之研究目的與定位.....	8
第四節 本論文之觀察角度.....	11
一、法律制度分析.....	11
二、理性選擇.....	12
三、政治哲學的分配正義理論.....	16
第五節 本論文之研究範圍與敘述結構.....	20
第二章 關於基因歧視之各項爭議.....	23
第一節 保險.....	24
一、逆選擇.....	24
二、基因資訊與健康風險評估.....	27
三、保險與基因隱私.....	29
四、基因歧視與排除保險.....	34
第二節 就業.....	38
一、職場使用基因資訊之隱私問題.....	38
二、僱用人責任.....	40
三、統計性歧視.....	42
四、工作權與人力資源.....	44
第三章 關於基因歧視之現狀與法律規範.....	45
第一節 保險.....	46
一、世界各國實務與法令.....	46
二、我國實務與法令.....	49
第二節 就業.....	51
一、世界各國實務與法令.....	51
二、我國實務與法令.....	52
第四章 隱私權.....	55
第一節 關於隱私權之基本理解.....	55
一、資訊隱私權之功能：真實資訊流通的閘門.....	57

二、個人資訊對個人的意義與對社會的意義	58
三、隱私本身的價值與因隱私產生之影響	60
第二節 隱私權與保險領域中之基因資訊流通	64
第三節 隱私權與職場基因資訊流通	67
第四節 小結：基因歧視與隱私權範圍之界定	71
第五章 平等權	73
第一節 關於平等權之基本理解	73
一、平等概念之空洞性	73
二、關於社會組織的方式與人際關係之平等理念	75
三、平等與法律	78
第二節 平等權與保險基因歧視	83
第三節 平等權與職場基因歧視	87
第四節 小結：基因歧視與運用平等權之方法	92
第六章 分配正義	94
第一節 正義概念之價值與地位	95
第二節 基因歧視在資源分配上之涵意	97
第三節 關於基因條件先天不均之分配正義理論	100
一、Rawls 的觀點	100
二、Nozick 的觀點	102
第四節 多元正義	104
一、正義標準與各種社會關係	105
二、多元正義標準之並存與相互補充	107
三、多元正義與基因歧視	109
第七章 基因歧視與法律對策之初步考察與建議	120
第一節 法學思考模式之檢討	120
第二節 基因歧視之政策指導原則	122
一、尊重多元正義與各種社會關係之資源分配法則	122
二、制度化保障機制與個人自我發展	123
三、積極性措施與法律上消極性措施	124
四、基因科技的利益分享機制	124
五、民主開放的理性溝通與公共政策基礎	127
英文名詞縮語表	130
參考書目	131

第一章 緒論

第一節 基因歧視之概念

案例一：

保羅（化名）是一個健康活潑的四歲男孩，但是他已經二次被拒絕投保。當保羅只有五個月大時，他的母親在睡眠中因突發心跳停止而死亡，而保羅 20 歲的舅舅也因為突發心跳停止而死亡。經遺傳學家診斷，有七位保羅母親的家族成員具有第七號染色體上的變異基因，這種基因會導致長 QT 波症候群(long QT syndrome)¹。幾年以後，保羅的父親失業了，也一同失去了他與保羅的團體醫療保險。經過保羅父親一再向保險公司投保，保險公司只願意接受保羅的父親，但是拒絕將保羅納入家庭醫療保險，因為保羅遺傳了母親的導致長 QT 波症候群基因(Hudson *et al.* 1995, 391)。

案例二：

甲男帶有 Gaucher's disease²的單一變異基因，他的基因可能會遺傳給子女，但是他本人不會發病。儘管他的基因變異對現在及未來的工作能力毫無影響，然而當他在求職時提出這項訊息之後，他卻被拒絕錄用。

案例三：

乙女可能自父母遺傳到導致 Huntington's disease (HD)³的變異基因，因此決定進行基因檢驗。遺傳諮詢者建議她在檢驗之前先安排好壽險與醫療險，因為一旦出現陽性檢驗結果，將可能使她無法獲得保險。乙女的同事無意間聽到了乙女進行檢驗的計畫，並且將這件事報告了老闆。起初老闆似乎也心有戚戚，並且答應提供協助，但是當檢驗結果顯示她帶有變異基因，而她也宣佈這件事之後，

¹ 這種心臟疾病在心電圖上顯現長 QT 波型態因而得名。

² 高雪氏症，一種肝臟、脾臟腫大、骨骼退化的隱性遺傳疾病，嚴重者可致命。

³ 杭廷頓*氏症，又稱杭廷頓氏舞蹈症(Huntington's Chorea)（在本文以下簡稱 HD）。這是一種晚發的顯性遺傳疾病，帶因者通常在幼年與青年期並不會表現出症狀，而發病於中年。由於神經退化的緣故，發病患者會出現不自主扭動與心智障礙症狀。這種嚴重且致命的疾病在目前仍無法治療。國內目前也有少數人罹患這種疾病，見民生報 2000 年 6 月 19 日第七版、中國時報 2000 年 6 月 19 日第五版，以及《財團法人罕見疾病基金會會訊》第五期（2000 年 7 月 10 日）相關報導。*關於英文姓氏 Huntington 的中文翻譯，「杭廷頓」是國內最常見的翻譯。但是衛生署的官方翻譯則是「亨汀頓」（優生保健法施行細則第十條第三款），至於在國內報章上則將 Huntington's disease 翻譯為「亨汀頓氏症」。

卻遭到了解雇。而在乙女被解雇前的八個月期間，她曾因為工作表現優秀而獲得三次升職。至於乙女的兄弟姊妹們，因為恐懼重蹈乙女的前車之鑑而失去保險或工作，所以沒有人敢進行基因檢驗，也因此他們無法確定自己有沒有得到 HD 基因。

以上的案例都是真人真事⁴。自 Gregor Mendel 於 1865 年發表遺傳法則的論文之後，一百多年來，歷經 James Dewey Watson 與 Francis Crick 於 1953 年發現 DNA 雙螺旋分子結構，以及此後分子生物學(molecular biology)的快速發展，目前我們已經掌握了許多人類生理、心理特徵與基因之間的生化機制。藉由基因檢驗(genetic testing)⁵，我們可以判定某人是否帶有可能導致疾病的基因。而隨著人類基因組計畫(Human Genome Project)的進行⁶，當人體基因組的基因序列已經分析完成之後，我們對基因與疾病的關係將會有更進一步的瞭解⁷。然而，基因科技的進步固然可以在醫療方面帶來重大利益，可是卻也引起了一些令人關切的問題。如本文舉出的三個案例顯示，當某些人經由基因檢驗診斷出帶有

⁴ 案例一來自 Hudson *et al.* (1995)，案例二與案例三來自於美國政府部會的聯合報告(Department of Labor [DOL] *et al.* 1998)，由當時的副總統 Gore 於 1998 年 1 月 20 日所發布，見<http://www.nhgri.nih.gov/HGP/Reports/genetics_workplace.html> (visited June 6, 2002)。限於國內實證研究資訊不足，本論文未能舉出我國案例。不過，在我國究竟是基因歧視現象不存在，或者是有基因歧視現象而未經報導，值得日後進行實證調查。

⁵ 基因檢驗是藉由分析 DNA 分子、染色體或是基因產物(genetic products)如酵素與蛋白質等等，以判斷個人是否帶有可能導致疾病的基因。雖然文獻上關於基因檢驗的定義大體上相同，但是基於研究目的不同，因此在細節上有所出入。美國官方研究的定義見 Holtzman & Watson (1998, 6)，英國官方的定義見 ACGT (1998, 12)。關於基因檢驗的原理、技術與實施情形，見 Andrews *et al.* (1994, 59-115)，而在中文資料方面的基本概念說明，見邱世欣與張泰琮(1996)。

⁶ 人類基因組計畫（以下簡稱 HGP）是一項國際性的合作計畫，目的在於分析人體全部的 DNA 結構，並完成人體所有基因的定序(sequencing)與繪製基因圖(mapping)。HGP 在美國係由國家衛生研究院(National Institutes of Health)與能源部(Department of Energy)共同進行，而其他國家如英國、法國、加拿大、日本等國的基因組研究，則由非官方的人類基因組組織(Human Genome Organization)（簡稱 HUGO）加以統合。HGP 正式開始於 1990 年，原本預計 2005 年完成。後因為技術改進以及民間競爭者 Celera Genomics 公司加入競爭，人類基因組序列草圖已經在 2000 年 6 月公佈。而在 2001 年 2 月，這二個團隊都各自發表了人類基因組序列的更完整資料。

⁷ HGP 與醫學的關聯、及其倫理、社會、法律問題，見 Kevles and Hood (1992)。

可能導致疾病的基因，這些帶因者(carriers)⁸在就業、保險或其他社會領域中可能會遭受「基因歧視」(genetic discrimination)的不利待遇⁹。

所謂基因歧視是指：「單獨基於個人基因構造與『正常』基因組的差異，而歧視該個人或其家族成員」(Natowicz *et al.* 1992, 466)¹⁰。在這種定義下可知，只要個人帶有與正常人不同的變異基因，而不問是否確實發病，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。不過，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，這是因為疾病已經表現出來，因此歧視是針對疾病而不是單純根據基因。

其實基因歧視並不是全然新近的現象。早在 1970 年代，美國就曾經進行鐮刀型紅血球貧血(sickle cell anemia)的基因篩檢。鐮刀型紅血球貧血是一種隱性遺傳疾病，因此限於由父母雙方同時得到遺傳的人才會發病，如果只由父母一方獲得基因遺傳，則只是具有鐮刀型紅血球特徵(sickle cell trait)，但不至於表現出貧血症狀。然而，某些參與基因篩檢而證實屬於鐮刀型紅血球特徵的帶因者，在就業與保險上受到了歧視。這些帶因者在求職時遭到拒絕錄用，而在保險上不是被調高保費就是被拒保(OTA 1990, 41-42)。以國際經驗來看，雖然基因歧視的現象在目前只有零星案例，還沒有成為普遍現象¹¹。不過，隨著人類基因組計畫的進行、遺傳學知識的進步，以及基因檢驗技術日趨成熟而費用逐漸降低的情形下，企業在未來實施基因檢驗的可能性將逐步增加。

⁸ 在討論遺傳疾病的脈絡下，Carrier 在中文應翻譯為帶因者，而不應翻譯為帶原者，否則會產生混淆。因為此處的研究重點在於基因而不是抗原。

⁹ 自 HGP 開始執行後，基因資訊與基因歧視問題便一直是官方與學術界所最關心的問題。目前美國官方研究的主要部門為能源部(DOE)與國家衛生研究院(NIH)合組的 NIH-DOE Working Group on Ethical, Legal, and Social Implications of Human Genome Research，其研究成果與政策建議，見 <<http://www.ornl.gov/hgmis/home.html>> (visited June 6, 2002) 及 <<http://www.nhgri.nih.gov/ELSI/>> (visited June 6, 2002)。此外前美國國會的科技評估署(OTA)於 1990 年代初期左右也做了一系列的研究與調查報告，見 OTA (1988; 1990; 1991; 1992b)。

¹⁰ 關於何謂「正常」基因，Natowicz 則認為難以界定(Natowicz 1992, 466)。

¹¹ 美國方面的案例見 Billings *et al.* (1992)，以及 Lapham *et al.* (1996)。英國方面的經驗見 Low (1998)與 HGAC (1999)。

在基因科技日新月異的時代，基因歧視可能會更加嚴重。當人類對基因與疾病的研究越來越深入之後，將會發現出更多與疾病有關的基因。原本我們大家可能都或多或少帶有導致心臟病、糖尿病或各種癌症的基因，只是在目前的科技水準下無法被確認。今後隨著「發現××基因」的醫學研究公布之後，世界上將會有越來越多的遺傳病人口。這也意味著，未來社會中可能有更多的××疾病帶因者可能受到歧視¹²。

基因歧視的誘因十分明顯。在人身保險方面，不論是人壽保險(life insurance)或健康保險(health insurance)，被保險人的健康狀態在核保的過程中具有重要的影響。例如在就業方面，首先，員工的健康狀態會妨礙個人的工作表現，而影響事業績效。其次，員工因疾病而請假或曠職，將引起事業內部的工作分配與人手調度問題。第三，如員工因疾病而提早離職或退休，雇主必需重新招募人員，增加工作訓練成本。第四，在雇主負擔員工保險費、醫療支出與各項津貼的情形，員工的疾病會加重事業的成本負擔，而減少事業獲利盈餘。

許多基因歧視並不合理。例如案例二與鐮刀型紅血球特徵的情形，只具有單一隱性基因的帶因者不會發病，因此不至於因為帶因狀態而影響健康或工作表現，所以歧視這些帶因者缺乏正當根據。就基因與疾病的關係而言，某些疾病單純是基因所造成，如戴薩斯症(Tay-Sachs disease)，但是多數遺傳病涉及基因與環境因素的互動。即使單一基因導致的疾病，也會因為營養與環境因素出現表現上的差異，如纖維性囊腫化(Cystic Fibrosis)與鐮刀型紅血球貧血(AHC 1995, 327)。此外，雖然遺傳疾病常被視為具有嚴重性或致命性，但是許多具有「異常」基因型(genotypes)¹³者卻十分健康，或者只具有輕微症狀(Billings *et al.* 1992, 481)。基於以上所述可知，部分的基因歧視來自於對遺傳學與遺傳疾病特徵的無

¹² 與基因有關的疾病可以分成單基因遺傳病(single gene disorders 或 mendelian disorders)與多因遺傳病(multifactorial disorders)二類，前者為單純由某一個基因所引發的疾病，後者為許多基因共同作用加上環境因素而造成的疾病。目前單基因遺傳病約有 6678 種 (McKusick 1994)。以美國紐約州為例，目前約有二十多種基因檢驗受許可實施，見 Casey (1997)。而隨著基因研究的進步，除了單基因遺傳病的檢驗之外，多因遺傳病（如心臟病、糖尿病、各種癌症等）研究是目前科學界積極發展的方向。

¹³ 基因型(genotype)為基因組合的形式，而表現型(phenotype)則為生物外部表現的形式。

知。更重要的是，由於人類對於疾病的遺傳學知識仍然不夠充分，基因檢驗的預測能力仍屬有限(Holtzman and Shapiro 1998)。因此在這些情形下，僅僅以基因檢驗結果排斥帶因者的權利與機會，對於當事者而言似乎並不公平。可是退一步言，在基因與發病仍有一定關連性的場合，似乎也不能說基因對於帶因者的健康狀態毫無意義。因此如何看待基因風險，便成為倫理與法律上的難題。

第二節 基因歧視之研究價值

基因歧視凸顯了科技與現代社會互動的典型特徵：新科技的發展固然可以提供新的資源與便利，但是卻也可能會帶來新的社會問題。

利益方面而言，我們能夠藉由基因檢驗發現帶因者，從而提供飲食、環境或生活方式的建議，或者及早治療，而防止發病或減輕病情¹⁴；此外，我們可以針對帶因者，提供他們關於婚配與生育的建議，以避免產下有遺傳疾病的子女¹⁵。

另一方面，在這些個人與社會的利益之外，基因科技的進步卻也可能影響我們面對人與疾病的觀點與作法，因而在某些社會關係中帶來新問題。運用基因檢驗技術，我們可根據個人基因構造，在未發病之前預測罹患疾病的可能性。這種發病前的預測固然可以幫助當事者從事健康與生活方式的規畫，可是對於人身保險公司與事業雇主而言，也有相當的參考價值。不過，如果保險公司或雇主可以取得個人基因資訊，並且自由決定對帶因者的評價，基因歧視現象可能因此而

¹⁴ 例如苯酮尿症(Phenylketonuria, PKU)，我們可以在嬰兒出生時做帶因檢驗，如果確定是帶因者，則可以藉由飲食控制避免發病。否則，患者會因為代謝問題使中樞神經遭受破壞而造成心智障礙。由於苯酮尿症對於嬰兒的健康影響重大，且易於發現及預防，因此在許多國家成為常規性的新生兒基因篩檢(genetic screening)項目，在美國許多州這是屬於強制性的篩檢項目。

¹⁵ 例如在賽浦路斯(Cyprus)與薩丁尼亞(Sardinia)關於地中海貧血(beta-thalassemia)的產前檢驗，以及戴薩斯症(Tay-Sachs disease)美國猶太社群的婚前檢驗，都大幅降低了帶因者的出生數目，而造福家庭與社會。見Cao (1996)以及Tabarrok (1996)。

氾濫。而這也是 1990 年代以後基因科技發展最引人關注的問題¹⁶ ¹⁷。除此之外，在教育、婚姻方面也都有出現基因歧視的可能¹⁸。

隨著基因科技的普遍應用，許多人擔心，未來某些人可能因為基因的某些特徵而喪失參與社會活動或享受社會利益的機會，因而形成所謂「基因劣等階級」(genetic underclass)。在現代化的個人主義社會，生活資源的供給與分配多依賴於經濟市場，而不是傳統的家族或鄉里等社會制度，個人的經濟營生需求，主要透過非人情的就業市場獲得滿足¹⁹。如果對基因歧視沒有適當的制度加以因應，被歧視者（個人乃至於家族或族群）將難以在社會中立足。

除此之外，基因歧視也將製造許多衍生問題。例如，某些遺傳疾病的可能帶因者（如帶因者之家族成員）因為恐懼遭受歧視，而不敢從事基因檢驗（如案例三），如果這種遺傳疾病已經有治療方法，這將迫使他們喪失早期診斷與治療的機會。而基因歧視的存在也將妨礙科學研究，因為擔心基因歧視的嚴重後果使人拒絕參與科學研究計畫²⁰。

如果進一步加以分析，我們可以發現各種基因歧視的一些共同特徵：

¹⁶ 由於基因與個人生理機能的運作有非常密切的關係，所以除了保險與就業之外，只要與人的身體或生理能力相關的社會關係都有可能發生基因歧視，如婚姻、家庭、教育等等制度。

¹⁷ 關於基因歧視的問題，國外已經累積了相當多的研究成果。而國內學術界目前的研究方才起步，目前相關研究有：蔡達智 (1997; 1998)以人權觀點評論基因歧視的相關問題，雷文玫 (2000)在保險方面有進一步的探討，何建志(2000)分析了就業基因歧視的成因與可行對策，林子儀 (2001)則由基因隱私觀點進行評論。

¹⁸ 在教育上，國內、外早已盛行種種智力測驗或學術傾向測驗，作為給予入學許可或分配教育資源的根據。如果未來在科學家的研究之下，可以利用基因判斷個人學習資質的高低時，我們是否可以為了達成因材施教的目的，而以基因作為差別待遇的根據？在婚姻上，為了提倡優生避免生出有健康問題的子孫，目前人們都可以自行到合格醫療機構針對某些遺傳疾病進行婚前檢查，以作為擇偶的參考。此外，配偶的未來健康也會對個人未來的家庭與生活負擔關係密切。因此在科技進展之下，如果有可靠的技術以基因判斷人類的種種特質，人們或許會有高度的興趣更廣泛地以基因篩選配偶。

¹⁹ 這種趨勢可以概括為法制史學者 Maine 所謂「由身份到契約」的轉變。

²⁰ 見 Hudson *et al.* (1995, 391)。此外，在美國賓州一項多年期乳癌研究，有近三分之一高罹病風險婦女因恐懼遭受歧視與喪失隱私，因而拒絕參與研究 (Department of Labor *et al.* 1998)。

首先，基因歧視最容易出現於重視個人健康與能力(capacity)的社會關係。例如保險、就業、教育、婚姻等等。在生物科技發達的世界中，這些社會關係面臨了重新結構的挑戰。

其次，基因歧視與知識(knowledge)或資訊(information)密切相關。由社會發展的動態過程觀察，基因歧視是人類社會由「無知到有知」(from ignorance to knowledge)、「由機運到選擇」(from chance to choice)²¹的演變過程中所衍生的社會轉型問題。在基因科技未發達之前，我們對於基因與人類特質或未來傾向的關聯性處於相對上無知的狀態，許多疾病與不為人所喜的特徵只能被歸為是自然造化而沒有人類事先干預的餘地。不過，當科學家們陸續公佈了基因研究的成果，開發出各種探測特定基因存在與否的技術，而生產出人類遺傳學方面的新知識時，如何使用這些知識就成為社會政策重要議題。

第三，基因歧視影響資源分配。人類社會進步的主要動力在於社會分工。由於各種社會職務的專業化與相互合作的效率，人們生產出了豐富的物質與非物質社會資源可供社會成員享用。關於如何分配這些社會中的資源並滿足社會成員的生活與安全需求，在公共部門方面有政府，而在私人部門則有就業、保險、婚姻、教育等等市場，依據各自的一些運作法則從事分配。基因歧視之所以令人擔憂的原因在於，如果任憑社會中的個人或機構利用人類遺傳知識進行決策，而不調整現今分配社會資源的方式，則某些社會成員將會無法得到滿足生活、醫療或發展自我所需的資源與機會。

基於以上所述，研究基因歧視可以有以下幾方面的價值：一、在具體議題上，為了妥善因應基因歧視對社會關係所帶來的衝擊，有必要在目前預先思考相關社會政策與法制面的處理原則，以促成我們在日後能夠形成理性決策。二、在人力資源法制方面，基因歧視涉及醫學知識在社會中的流通、社會關係重組與資源分配，藉由了解基因歧視的特徵與適當因應對策，可以幫助我們處理相關的醫療資源、社會資源分配問題。三、基因歧視是一種典型的科技與社會互動問題，

²¹ 這個標題來自於 Buchanan *et al.* (2000)的書名。依筆者個人所見，其實機運的概念來自於「無知」。當人類所擁有的資訊不足時，只好將事物的變化現象歸諸於機運或神秘力量所作用。

我們可以將基因歧視方面的研究成果提煉出一般化的研究典範，而應用於科技政策的其他法制議題，使科技進步與社會發展能夠形成良性循環。

第三節 本論文之研究目的與定位

雖然基因歧視是一個尚未普遍發生的問題，不過鑑於這個問題的重要性以及在未來出現的高度可能性，世界各國已有許多討論這一主題的論著。根據筆者回顧基因歧視相關法律學術文獻，筆者發現到一些普遍出現的論述特徵：一、許多論者均以人民隱私權或平等權將受到基因歧視所威脅為論述前提。二、法律學者們對於隱私權或平等權的討論，主要侷限於實證法律規則的分析與闡釋，一方面主張現行法律不足以保障人民能夠免於基因歧視，另一方面則呼籲制訂禁止基因歧視的相關法律，或是企圖由現行法律規則闡釋基因歧視相關措施的違法性。

以上這種論述方式是法律專家通常採取的寫作與思考模式²²。不過，在處理基因歧視這種來自於科技變遷的社會現象時，使用這種法學思考模式的論著留下了一些值得令人思考之處。例如，私人經營的保險向來以風險程度高低為定價基準，為何不能根據基因導致的健康風險差別收費？私部門就業關係中的職位分配，一般而言以生產力高低為分配原則，為何不能根據基因導致的健康傾向從事差別待遇？研究基因歧視的法律專家，通常強調保障人權、隱私或平等的重要性，對於以上問題都有意或無意不加以正面回應，或是直接訴諸抽象價值理念，而簡略地提出否定意見。這種現象或許可歸諸於法律專家的個人立場，不過，當這種現象已經成為一種常見模式，其中成因則值得令人玩味。對於這種現象的觀察與進一步思索，成為筆者撰寫本論文的動機之一。因此就這方面而言，本論文是一種後設研究，亦即針對他人研究之研究。

基於這種後設研究立場，筆者繼續嘗試思考以下問題：在現代化社會中，由於經濟事務發達與勞動分工，社會已經演化到具有高度複雜性的地步，從而形成了一個後傳統的多元社會。另一方面，多元社會中的利益狀態與價值觀也不可

²² 當然，在眾多文獻中，仍有部分論著並未採取這種立場。此處的說法只能代表在文獻上可觀察的一種傾向。

避免地趨向多樣化。在這種環境條件下，法律系統如何選擇或發展出適當的規範標準，以作為認定合法或非法的準據？

新興科技帶來的社會問題，往往涉及科學知識上的不確定性、價值上的高度爭議性，以及利益的多樣性。我們目前並沒有累積足夠的確定科學知識與傳統的共識價值作為決策基礎。如果法律專家僅僅依靠既有的法律學理，是否能夠充分回應這些複雜的現象？在筆者看來，使用既有法律概念與論述方式討論基因歧視這種新興生物科技問題，最值得關注的是法律推理的形式化。以隱私與平等為例，這些都是抽象與充滿爭辯的概念，如果沒有參考周延的實質理論，法律推論容易流於操弄文字而無法釐清價值判斷的取捨關鍵²³。

其次，由於基因歧視涉及了複雜利益狀態，法律體系中的價值原則之間可能出現衝突，例如自由與平等、個人利益與集體利益、價值客觀主義與價值相對主義等等難解的二元對立。這些衝突是價值原則中最根本層次的對立，純粹在概念上已經難以再訴諸更高的價值原則化解衝突。例如，以鼓吹平等知名的法理學家 Dworkin (2000, 434-435)即承認，關於保險業可否根據基因資訊差別收費，涉及不同利益的二難取捨，因此構成「保險二難困境」(insurance dilemma)

我們如何針對科技法律問題進行的實質化的法律推論？如何在法律推論中充分解析關於利益衝突的適當處理方式？

筆者相信，我們並不是活在思想的真空當中。當我們面對法律或倫理問題的時候，我們自然會援用一些既有的原理、原則作為思考推論的起點。這些原理、原則是人類在社會演化過程中，經由社會行動與理論思考所建構出來的產物。不過，由於當代社會的高度複雜化與快速變遷，我們必須經常面臨某些法律或倫理上的「難題」。這些難題的出現固然與新的社會情境有關聯，但是在思想的層面

²³ 關於生物科技問題的法律推論，筆者提供一個值得省思的例子。美國著名憲法學者 Sunstein (1998)曾經針對複製人類(human cloning)的合法性問題進行法律推論。根據一個假設案例，他模擬美國聯邦最高法院將會如何作出關於複製人類的憲法判決。他使用了相同的法律術語與法律推論方法，但是卻可以寫出二則結論相反的憲法判決，其中一則判決肯定人民有憲法上的無性生殖權利，另一則判決則否定人民擁有憲法上的無性生殖權。由這個例子顯示，法律上使用的抽象價值概念與推論模式，在運用上具有高度的恣意性與主觀性。固然 Sunstein 是以美國的法學資料進行法律推論，但是其他國家的法律體系卻也難以免除相同困窘。

上來看，這些難題其實反映出了我們既有各種原理、原則之間的衝突。如果我們沒有互相矛盾的思想，即使我們置身在新的社會情境中，也不會感到有難題需要加以解決。因此，解決法律或倫理難題，就是意味著重新調整我們的思想，以適應新的社會情境。

在一般的社會情境當中，我們可以直接援用既有的法律或倫理觀念解決人際紛爭，而不需要針對這些觀念本身加以質疑。在這些情境下，我們直覺性或機械性地使用這些觀念，便足以滿足我們的需要。不過，在某些情境下，當我們在思想上有所矛盾時，則需要以反省性或批判性的態度重新檢驗這些觀念，才能夠建立一個思想上的秩序，以回應令人困惑的情境。

為了避免基因歧視的爭議流於各說各話，除了引用一些法律或倫理觀念支持個人論點之外，我們有必要以反省性與批判性的態度，重新檢討我們所使用的觀念，而有助於使不同立場的人能夠達成理性共識。否則，單純機械性地使用這些觀念，而沒有深入思考這些觀念的意義，就很容易流於只是為個人情緒或利益尋找藉口，從而使得這些觀念成為庸俗化的口號，而失去了價值上的共識凝聚能力。

根據以上立場，在基因歧視的脈絡下，為了增進以法律溝通促成理性共識的機會，本論文嘗試針對一些相關的法律重要概念進行檢討，例如隱私、平等與正義。當我們透過理解這些概念在解決人際衝突上的涵意、與資源分配的關聯性，以及這些法律概念可以實現何種社會功能，則可以更清楚這些概念的合理適用範圍與界限，以及如何運用的原則。如此一來，這些抽象概念的運用便可以獲得「再實質化」或「重新實質化」，而能夠有助於避免法律推論的形式化，並使法律可以作為社會中多元意見的溝通媒介。為了實現這種研究目的，筆者使用了固有法律學科以外的其他觀點²⁴分析基因歧視的倫理與社會影響，因此本論文在定位上屬於科際整合性的研究。

至於在預期貢獻方面，首先，本論文期待能夠為不同學科之間的溝通提出些許貢獻。在科技快速發展與社會高度分化下的時代，社會的複雜性已經無法僅僅依賴個人經驗或常識加以因應。當法律人在運用法律時，如果能藉由其他學科

²⁴ 例如經濟分析、政治哲學與社會心理學等，詳見本文相關章節。

的觀察分析觀點瞭解相關事物，將能使其法學上的推論與結論更具有說服力。其次，當然，礙於筆者個人學力有限，本論文無法在所有相關法律問題上提供詳盡的分析，也未能針對基因歧視提出完整的法律規範架構。本論文如果能夠對於基因歧視的法律分析有所幫助，將主要是在於檢討某些重要法律概念的功用與運用方法，而為將來建構法律規範架構的理論從事奠基工作。

第四節 本論文之觀察角度

一、法律制度分析

在法律學科中，與基因歧視有關聯的領域有勞動法²⁵、保險法²⁶，乃至於憲法層次的平等權²⁷與隱私權²⁸。以上所涉及的相關法律領域，原本屬於不同法律學科所研究的對象，而這些法律學科已經各自發展出了一些法律概念或學理體系，各領域的法律學者也習慣於以這些概念或學理體系作為分析與推論的出發點。如果依據傳統法學研究標準探討基因歧視問題，我們應當針對各法律學門的概念與學理體系具有完整深入的掌握，以抽取出法律基本原則，再進一步根據這些原則對於基因歧視作出價值判斷。

為了便利跨越不同法律學科之間，以及法律與非法律學科之間的隔閡，國際整合研究在方法論上有必要採取與傳統法學研究不同的研究策略。筆者試圖以「法律制度」作為一個分析上的基本單位，而不一一深入各法律學科在概念層次上的細節研究。例如，對於法律上的就業制度、保險制度、隱私權制度與平等權

²⁵ 國內方面的研究，見何建志 (2000)。

²⁶ 國內方面的研究，見雷文玫 (2000)。

²⁷ 差別待遇措施是否合法，往往取決於系爭措施有無違反憲法上的平等權或平等原則，準此基因歧視與憲法平等權部分關係密切。

²⁸ 基因歧視的前提是歧視者必須獲得相對人的基因資訊。由於基因並非個人公然表現於外部的現象，且基因與個人生活關係密切，基因資訊的探知與利用即關聯於隱私權方面的個人資訊決定與資訊保護。

制度，筆者只就這些制度在運作上的主要特徵加以分析，而不進一步處理這些制度的法律歷史發展或概念細節²⁹。

二、理性選擇

法律常以一般性語言表達規範上的要求，從而當法律規範應用於具體個案時，往往出現複數的解釋可能性，以致造成法律不確定(the indeterminacy of law)的困擾。在當代社會中，層出不窮的新興科技帶來了許多前所未有的社會事實，而使法律不確定的問題更加嚴重。為了處理法律不確定的問題，除了某些形式上的法律推論規則之外，有時道德主義也成為一種補救法律規範不足的方法。所謂道德主義，我們可以將之理解為一種根據道德觀點評價事物的道德性質，並以道德評價結果決定公共政策內容的思考反應模式。而在法學方面，凡是訴諸道德觀點決定行為合法性的論點，即是屬於道德主義的思考模式³⁰。

在社會型態單純的環境下，道德規範體現了社會演化所累積的理想人際互動模式，因而人們可以藉由既有道德規範的指引，而決定如何處理公共事務。不過，當社會的複雜性增加時，如果僅僅思索道德規範的涵意，而忽略各種社會關係與人際互動的特徵，則可能導致價值體系與社會運作之間的隔閡。

²⁹ 筆者此處的研究策略係受到 Max Weber 的「理念型」(ideal-type)分析所啟發。

³⁰ 道德主義是筆者為了凸顯某種思考方式而採用的名詞。當然，在法學論著或司法判決上，似乎並未有人自稱道德主義者或明文宣示採取道德主義立場。不過，道德主義思考模式在法律論述中卻不罕見，例如：民法第 72 條「法律行為有背於公共秩序或善良風俗者無效。」最高法院 74 年度台上字第 1870 號判例：「民法第一千一百四十五條第一項第五款所謂對於被繼承人有重大之虐待情事，係指以身體上或精神上之痛苦加諸於被繼承人而言，凡對於被繼承人施加毆打，或對之負有扶養義務而惡意不予扶養者，固均屬之，即被繼承人（父母）終年臥病在床，繼承人無不能探視之正當理由，而至被繼承人死亡為止，始終不予探視者，衡諸我國重視孝道固有倫理，足致被繼承人感受精神上莫大痛苦之情節，亦應認有重大虐待之行為。」最高法院 74 年度台上字第 4225 號判例：「行為雖適合於犯罪構成要件之規定，但如無實質之違法性時，仍難成立犯罪。本件上訴人擅用他人之空白信紙一張，雖其行為適合刑法第三百三十五條第一項之侵佔罪構成要件，但該信紙一張所值無幾，其侵害之法益及行為均極輕微，在一般社會倫理觀念上尚難認有科以刑罰之必要。且此項行為，不予追訴處罰，亦不違反社會共同生活之法律秩序，自得視為無實質之違法性，而不應繩之以法。」

基於以上體認，筆者認為理性選擇理論(rational choice theory)是比道德主義更好的思考方式。在政治制度與憲法領域，理性選擇理論的預設人類行為的目的在於滿足個人效用(utility)，而且集體層次的憲政或政治秩序來自於個人追求自利的結合，而非來自於先驗存在的公共利益或共通善。將理性選擇理論應用於政治與倫理學的問題，則與傳統思想具有二方面的重大差異：一、理性選擇理論以個人作為分析起點。這種方法論上的個體主義(methodological individualism)與傳統強調社會或國家作為獨立實體或有機體的觀點大異其趣；二、理性選擇理論以個人追求自利的動機解釋社會現象。這種現實主義式的態度與傳統倫理學上強調追求德行或至善的觀點截然不同³¹。

理性選擇理論作為一種系統化分析政治與法律制度的思想，最早表現於Hobbes (1996)的政治理論。作為近代政治哲學開端的Hobbes，身處於充滿權力傾軋與政治動盪的十七世紀英國。為了建立政府統治權與人民服從義務的理論根據，Hobbes 建構自然狀態的假設情境作為參考基準點，論證出個人為了滿足維持生命安全的需求，應當會理性地同意締結社會契約成立政府，以脫離自然狀態下無秩序的惡劣處境。即使在政治權威的統治之下，個人的自由會受到限制，但是個人在政治權威統治下的處境仍然優於自然狀態下的處境。在Hobbes的理

³¹ 筆者認為Buchanan and Tullock (1962)的觀點最適合本論文的研究目的。他們為了針對集體政治組織與憲法提出一套完整分析架構，因此特別強調理性選擇理論中的個體主義方法論與人類行為自利動機 (Buchanan and Tullock 1962, 11-30)。本論文此處對於理性選擇理論的理解則主要是參考他們的理論。

其實理性選擇理論是一個橫跨許多學科的一種研究取向，例如經濟學、社會學乃至於心理學都有理性選擇理論的蹤影。由於理性選擇理論針對人類行為與決策現象提出了一套分析性假設，因此可以應用於研究許多人類行為與社會現象。不過，由於不同學科與不同領域學者的研究目的不同，因此目前並沒有一個理性選擇的權威性標準定義。例如Ulen就明白表示，關於理性選擇理論並沒有廣泛被接受的定義(Ulen 2000, 791)。在經濟學上的理性選擇定義，Becker的定義具有一定程度的代表性。他認為針對研究人類行為的經濟分析取向，主要內涵在於極大化行為(maximizing behavior)、市場均衡(market equilibrium)與穩定偏好(stable preferences) (Becker 1976, 5)。而Ulen則以效用極大化與遞移性偏好(transitive preferences)定義理性選擇(Ulen 2000, 710)，而這種定義則近似於Becker的經濟分析定義。至於社會學上的理性選擇理論，則強調個人在給定的資源與偏好條件下，基於自利而行動並產生後果，而整體社會的秩序來自於這些行動者個別行動的集體後果。關於社會學上的理性選擇理論，可參見(Abell 1991)。此外，關於理性選擇理論的一般性說明與介紹，可參見Elster (1986)與Hardin (1998)。

論下，政府與法律的權威並非來自「歷史傳統」、「統治事實」或某種神聖的力量，而是來自於個人出於理性評估後的同意³²。

在哲學層次上，以理性選擇理論證成政府與法律權威的正當性基礎，另有一個重要的涵意。由於政府與法律權威的正當性基礎來自於個人理性考量所同意的社會契約，因此具體政府措施與法律的道德內涵，與權威的正當性基礎不再有必然關聯。即使所有人的意識型態與利益狀態各自不同，以至於各人對於具體政府措施與法律的道德評價具有歧異，但是理性選擇理論指出，道德觀點的差異不影響政府與法律的權威性基礎³³。

除了提出人類行為理論與論證制度的存在理由之外，理性選擇理論更指出適用法律應進行實質化的價值權衡，而不能僅形式化地訴諸抽象理念作為論證依據，尤其是在因為規範意旨不明或具有多重解釋可能性的疑難案件。這就意味著我們應當在適用法律時從事實質性的價值權衡與利益評估。

為何在疑難案件中需要使用實質化的思考方式解決爭端？形式化的規範命題之所以能夠具有說服力，在於社會成員對於這項抽象價值命題具有共識性的了解，因此在一般案件中，我們可以不需要斟酌價值因素在個案中的關聯，而直接根據這些抽象化與形式化的價值命題作為決策判斷基礎。不過，在疑難案件中，例如來自科技與社會變遷的新興問題，社會成員對於這些抽象價值命題如何適

³² 除了 Hobbes 之外，另一個重要的契約論者 Locke 也是使理性選擇的思考模式建構他的政治理論。Locke (1952)也是先以自然狀態作為參考基準點，再論證出政府存在的必要性。Locke 將自然狀態理解為人類處於自由與平等的狀態，只受自然法而非人為法所拘束，而且人類的社會關係比起 Hobbes 的描述更加和平。不過，由於一些理由，人類還是會願意捨棄自然狀態而同意組成政府，並接受公權力所拘束。例如，一、在自然狀態下，人類因為無知或私利而無法適當運用理性瞭解自然法內容，以致人類彼此間缺乏明確週知的標準行為規範。二、在自然狀態中缺乏公正審判者，使人類執行自然法懲戒罪犯時，容易因個人情感、報復心理或冷漠而無法妥善執法。三、在自然狀態中缺乏公權力執行判決。

在此應加以注意的是，即使 Locke 使用個人單位與理性比較作為建構政治理論的方法，但是由於他預設超越人類的自然法存在，因此並不純粹是本論文定義下的理性選擇理論者，而只能說是思想史上先驅之一。

³³ 在當代價值多元化的社會當中，理性選擇理論的這一種特徵，對於政治哲學與法律哲學具有非常重要的涵意。如果政治機構與法律的正當性必須與道德有絕對、必然的關聯，則我們就很難在價值觀歧異的現代處境中證成政治機構與整體法律制度的正當性基礎。

用，並不當然具有共識性的理解。如果未能針對案件所涉及的價值衝突與利益狀態進行理性的比較、評估，而出於直覺上的道德觀作為法律上價值判斷的根據，則可能使我們產生不適當的決策。以基因歧視為例，如果我們忽視了這種現象的環境條件，以及行為人所面臨的誘因，僅僅根據道德理念而作成價值判斷，可能使法律與其他社會次系統之間無法良好協調。基於這種認知，筆者相信，當我們從事法律上價值判斷時，理性選擇的思維模式可以協助我們達成更周延的結論。

當然，根據理性選擇從事價值判斷，可能導引出某些與我們既有道德直覺不符的結論。理性選擇理論的這種傾向，來自於啟蒙時代的理性主義(rationalism)哲學思想。在啟蒙時期，理性主義的思想家們普遍相信人類可以透過運用理性反省一切事物，並據以改革傳統。理性主義一方面具有批判成見與創造進步的優點，但是另一方面卻也蘊含了破壞性。當然，由於人類知識具有侷限性，以及人類在心理上的弱點³⁴，因此人類的理性選擇並不必然都能夠獲得預期結果，也不能僭稱完美無缺³⁵。不過，筆者相信，透過理性選擇理論，我們能夠更了解人類規範的存在理由以及發展條件，而能幫助我們面臨社會變遷與制度改革時進行有意識的法制建設。

最後應附帶說明的是，以理性選擇取代道德主義並非等於反道德。如果我們承認「道德為人類而存在，而不是人類為道德而存在」，亦即承認道德是人類經營共同生活的工具，而不是凌駕於人類之上的獨立實體，則我們可發現理性選擇有助於我們建立更好的道德規範以補充或取代不適宜的道德規範。在這裡我們應特別留意「道德整體」與「特定道德觀點或道德規範」的區分。道德是人類建構的理想人際互動模式，對於指引人類行為與協調人際往來具有一定的價值。不過，由於各人支持的特定道德觀點或道德規範可能不相一致，而特定道德觀點也可能因為時空條件變遷而無法有效促成人際合作，從而不加批判地擁護特定道德立場不一定有助於形成社會成員間在規範上的共識。在這種情形下，我們便需要

³⁴ 關於人類心理學弱點影響理性選擇，見 Jolls *et al.* (1998)。

³⁵ Hayek 認為，Descartes 與 Hobbes 的理性主義是一種「建構論式的理性主義」(constructivist rationalism)。在他看來，建構式的理性主義認為人類僅僅憑藉理性就可以重新建造社會，這是一種過於狂妄的態度。雖然 Hayek 反對建構論式的理性主義，但並不表示他反對一切的理性主義。事實上，他贊同一種承認人類知識有限性的演化理性主義(evolutionary rationalism)或 Karl Popper 提倡的批判理性論(critical rationalism) (Hayek 1973, 1-34)。

有意識地建構出新的道德規範，以補充現有道德規範的不足，因此理性選擇的立場可以協助我們重新建構良好的道德規範。

三、政治哲學的分配正義理論

基因歧視是一種新興現象，如果在實證法律規則中沒有針對基因歧視加以特別立法，司法機關應當如何認定基因歧視現象的合法性？即使基因歧視涉及人民的平等或隱私權利，但由於這些權利的概念相當抽象，因此司法機關也會面臨法律解釋上的疑惑。此外，即使立法機關對於基因歧視制訂特別法，但是我們如何判斷這些法律是否因為管制不足或管制過度而違憲？司法機關應如何從事違憲審查？以上這些問題的成因，主要在於基因歧視是一種源自科技變遷的新興社會問題，以致我們沒有累積足夠的價值共識作為評判依據。如果沒有既成的清晰價值體系引導司法或立法行為，是否意味著司法判決與立法只能從事恣意的價值選擇？

筆者認為，在法律上針對基因歧視加以評價，必須以我們對於整個法律體系的理解與詮釋作為最終根據。而這種整體性的價值判斷，取決於我們如何看待人與人之間相互關係的世界觀。為了建立合理的世界觀以處理基因歧視問題，則我們需要求助於政治哲學的理論。為了說明這種立場，本文以下先迂迴討論一個乍看之下與基因歧視或生物科技法沒有明顯關聯的法理學問題。

Kelsen (1957, 209-226)曾經指出，當我們在法律上從事合法或違法的價值判斷時，必須訴諸於某一個法律規範作為準據。但是一個特定法律規範本身也會產生本身是否合法或違法的問題³⁶，為了解決這個問題，我們必須判斷特定法律規範是否具有法律效力(validity)。特定規範的效力只能來自於更高規範的授權。因此在法律體系當中，最終會有一個基本規範(basic norm)，作為一切下層規範的效力基礎。

然而基本規範本身究竟是合法或違法？以憲法為例，憲法是一切下層法律規範的效力來源，然而憲法本身的效力來自何處？Kelsen 認為，規範的效力只

³⁶ 由邏輯觀點來看，個別法律規範對於特定事項區分了合法或違法的界限。然而當我們以合法與違法的區分看待這項規範時，則這個規範所界定的區分本身究竟是合法或違法？這就是命題自我指涉(self-reference)的問題。

能求諸於其他更高規範，而不能來自於事實，因為效力是規範性的概念，而事實與規範是兩種截然不同的範疇。既然憲法的效力並非來自事實，憲法如何具有法律上的效力？Kelsen 的說法是，由於憲法是實證法體系最高的法律規範，因此憲法的法律效力不能訴諸於任何實證法律規範。憲法的效力最終是建立在一種法學思考上的預設，亦即一種假設性的基本規範(Kelsen 1957, 218-222)³⁷。由 Kelsen 的以上分析可知，基本規範是一切法律在效力上的最終根據。然而，基本規範並不是一種經驗上或事實上的實體，而是我們進行判斷合法或違法時，在法學思維上必須預設的起點。如果沒有這項預設，則任何合法或違法的評價將無從進行。

雖然 Kelsen 的說法言之成理，不過當我們在處理實務問題時，仍會產生疑問。以違憲審查為例，我們經常找不到明確的憲法規定作為法律上價值判斷的理由。由於憲法條文並未針對許多個別事項加以具體規定，司法機關如何能夠「根據憲法」判斷特定的法律規範違反憲法？當司法院大法官以「增設法律所無之限制」（釋字第 268 號解釋文）³⁸作為行政命令抵觸法律的判斷根據，我們是否可以基於相同推論懷疑：違憲審查機關本身是否有使用「憲法所無之規定」作為認定違憲的理由？畢竟，違憲審查機關認定法律違憲的理由，往往不是來自憲法條文的明確規定，而只能求諸某些非常抽象的一般性規定，有時甚至連一般抽象規定都不可得³⁹。

Kelsen 對法律上價值判斷的分析指出了我們適用法律的根本難題。判斷合法或違法必須根據某一個規範加以認定。當一個法律爭議發生時，我們可以訴諸成文法律規範論斷合法或違法。當一個法律本身的效力發生爭議時，我們可以訴

³⁷ 根據一般法律學者間流行的說法，政治代表的制憲行為或議員的立法行為，就是憲法與法律在規範上的效力根據。但是由 Kelsen 的理論來看，這是一種錯誤或不夠精確的說明。制憲者或立法者之所以能夠制訂法律上有效的規範，在概念上仍然必須基於某種授權規範。如果沒有這種授權規範，單純的制憲或立法行為不能成為規範的來源。

³⁸ 類似的說法如：「增加法律所無之期間限制」（釋字第 274 號解釋文）、「增加法律所無之條件」（釋字第 316 號解釋文）、或「作法律所無之限制」（釋字第 406 號解釋文）等等。

³⁹ 最明顯的例子如：釋字第 242 號解釋（兩岸重婚案）、釋字第 261 號解釋（中央民意代表改選案）、釋字第 419 號解釋（閣揆兼任案）、釋字第 499 號解釋（國代延任案）、釋字第 520 號解釋（核四預算執行案）等。

諸憲法論斷系爭法律的效力。不過，在憲法沒有明文規定的情況下，所謂「合憲」或「違憲」，以及「合法」或「違法」的概念還有任何意義？在我們判斷合法或違法的過程中，真有最終規範的存在？

由 Kelsen 的理論來看，基本規範是一個法學論述中必須預設的概念，而這個概念本身除了「賦予效力」的抽象性質之外，並沒有任何具體的內容。因此，基本規範不能作為司法判決的具體理由，而只能作為司法判決具有法律效力的形式授權依據。只要是在授權規範的效力範圍之內，判決乃至於立法都是有效的法律行為，但是至於這些法律行為是否正義，或者在價值上是否可取，則無法加以論斷。如此一來，我們似乎面臨一個令人失望的處境：在法律上價值判斷的最終階段，合法或違法的判斷只是一個空洞的效力概念，而沒有具體的內涵，從而我們並沒有一個實質性的價值標準指引如何在價值爭議案件中從事選擇。

固然 Kelsen 針對法律上價值判斷的結構分析具有說服力，不過這並不意味我們從事的法律上價值判斷就是完全主觀而沒有合理根據，也不意味著我們對於基因歧視的評價沒有合理標準可循。筆者相信，法律上價值判斷的合理性來自於詮釋的脈絡⁴⁰。由於我們並不是生活在價值的真空之中，而是置身於一個 Wittgenstein (1968, § 23)所謂的生活形式(form of life)之中⁴¹。在生活形式之中，各種實踐、慣例與制度構成了我們相互溝通與傳達意義的基礎條件。當我們如根據法律規範從事價值判斷上的溝通，必須參考這些實踐、慣例與制度在生活形式中形成的種種意義脈絡。這些意義脈絡的叢集並沒有完全經由語言行為轉化為法律上的概念、規則或原則，而必須經由詮釋過程中的語言化，與既有的法律概念、規則或原則進行銜接。正由於生活世界中的意義脈絡以及詮釋過程並未在法律中成文化，因此成文法源只是我們從事法律上價值判斷的素材，唯有加入意義脈絡與詮釋過程，我們才能成功地進行法律溝通。而這也就是為何 Dworkin (1986, 410-413)認為法律是一種詮釋性的概念(Law is an interpretive concept.)，而法律無法由規則或原則所加以窮盡的理由。

⁴⁰ 關於這個想法，筆者曾在個人的碩士論文中有所討論，見何建志(1997, 190-249)。

⁴¹ 關於 Wittgenstein 語言哲學與在法律詮釋上的涵意，見何建志(1997, 51-54; 213-234)。

在法律詮釋的過程中，我們如何整合成文法源以及生活形式中的種種意義脈絡？Dworkin 認為，法律的內容最終由我們在法律詮釋中採取的態度所決定，這種態度涉及了我們對於自己，以及對於人己之間如何結合成社群的整體看法 (Dworkin 1986, 411-413)。換句話說，正是世界觀使我們能夠對生活形式進行理解，並且形成法律上一套融貫有條理的價值判斷。

不過，在複雜性日增的社會中，僅僅憑藉直觀或既有的倫理原則，往往會局限我們對於整體社會的觀察。為了使我們的世界觀更加周延，我們必須有系統地從事的理論反省。關於探討人與人之間應當建立何種關係模式以建立良好社會，這部分的工作可以由政治哲學獲得許多思想資源。

筆者所支持的政治哲學立場屬於寬鬆定義下的自由主義(liberalism)⁴²。自由主義理論思考政治哲學的起點是：「自由而平等的人之間，應遵循何種原則，以建立政府與法律制度，而處理人際衝突與權利義務的分配？」自由主義的首要特徵在於個人主義(individualism)。自由主義者認為，國家是個人的集合，因此政府與法律的正當性基礎在於人民的承認。其次，基於個人主義立場，自由主義者尊重個人的自由選擇，並主張個人擁有權利追求其理想，並有權對抗國家。第三，為了維護個人的自由選擇空間，自由主義者主張價值的多元論與寬容原則。如果價值只能定於一尊，則個人自由將名存實亡，因此自由主義者同時主張國家中立性原則，要求國家處理公共事務時不能事先預設某一種價值觀具有優先性⁴³。

不過，在廣泛定義的自由主義之下，理論家之間在分配正義問題上存有左派與右派立場的差異。左派觀點強調平等與社會連帶，主張政府應當積極介入調整人與人之間的社會關係；至於右派則強調個人自由，主張調整社會關係應當以

⁴² 自由主義的內涵往往人言人殊，而筆者區分自由主義的主要標準在於是否基於方法論個體主義(methodological individualism)、建構論(constructivism)與理性主義(rationalism)取向思考政治秩序與個人權利問題。所謂方法論個體主義是指以個人而非集體為理論基礎。使用假設性的社會契約論證權利與政治秩序則是建構論思維的一種特徵。至於自由主義者的理性主義特徵，則在於相信人類擁有有足夠的理性了解政治秩序與人際關係的重要特徵，並有足夠的意志力根據理性判斷選擇適當的制度。依據這種判斷標準，則 Hobbes, Locke, Kant, Rawls 與 Nozick 都可以被歸入自由主義者。當然，以上這些思想家在個人與國家關係，以及自由與平等的問題上仍有重大立場差異。

自發性的方式實現，而政府應盡量減少介入這個調整過程⁴⁴。關於這二種立場究竟孰優孰劣，彼此是否能夠調和，以及政治哲學如何與法律上價值判斷以及基因歧視問題加以整合，將在本文以下討論分配正義的相關部分作進一步介紹。

第五節 本論文之研究範圍與敘述結構

基因檢驗與基因資訊的運用範圍廣泛，而且都可能引起某程度的歧視問題。限於筆者個人研究能力與資源上的限制，本論文的研究範圍則限定於保險與就業上的基因歧視⁴⁵。

⁴³ 應注意的是，價值中立性原則並非要求公共政策不能有所價值取捨，而是要求在公共辯論與決策過程完成之前不應事先預設某種價值觀的優先性。

⁴⁴ 由於自由主義(liberalism)這一名詞在當代政治理論中已經成為左派所使用的標籤，因此右派思想家則使用 libertarianism（可翻譯為「放任自由主義」或「極端自由主義」），以區別於左派立場的 liberalism。

⁴⁵ 關於基因歧視現象的用語及理解，有以下幾點應加以說明。英文動詞 discriminate 與名詞 discrimination 具有多義性。常見的第一種意義為從事區分，例如 Oxford English Dictionary 將 discriminate 定義為：“To make or constitute a difference in or between; to distinguish, differentiate.”或“ To distinguish with the mind or intellect; to perceive, observe or note the difference in or between.”而 The American Heritage Dictionary 則定義為：“To make a clear distinction; distinguish”。至於第二種常用意義則是從事對他人產生不利的區分，如 Oxford English Dictionary 將 discriminate 定義為：“to make an adverse distinction with regard to; to distinguish unfavorably from others”，至於 The American Heritage Dictionary 的定義則更強調這種對人的不利區分不具有合理根據：“To make distinctions on the basis of class or category without regard to individual merit; show preference or prejudice”。如果我們觀察這個動詞的使用方式，可以發現如果受詞是事物或是不涉及倫理的現象，則通常是在第一種意義下加以使用；如果用於人際關係，特別是涉及人際衝突的關係，則通常是在第二種意義下加以使用。因此，為理解文本中 discrimination 的精確意義，應先確定使用的脈絡或指涉對象。

在倫理學與法學的討論上，discrimination 是放在人際關係的脈絡下加以使用。就國際間法律學界的理解，則認為區分或差別待遇並不等於 discrimination，只有恣意而不正當的不公平區分(unfair distinction)才構成 discrimination (McKean 1983, 147)。換言之，國際間法學社群已經將 discrimination 理解為不公平區分，顯然是使用 discrimination 的第二種意義。如 genetic discrimination 在法學上經常被引用的則是 Gostin (1991, 109)的定義，“the denial of rights, privileges, or opportunities on the basis of information obtained from genetically-based diagnostic

在保險方面，與基因歧視關係較密切的保險種類自然是人身保險，如人壽（死亡）保險、健康保險，甚至傷害保險，因為基因對於我們的壽命長短、健康狀態，乃至於與環境互動的能力有影響力。不過，由於以上這些人身保險的目的與社會功能不同，為了避免議題過多導致無法深入分析，因而除非有特別需要，本論文原則上將只討論基因歧視與健康保險⁴⁶，以集中焦點於基因如何影響個人在社會中的角色與處境。此外，本論文所討論的健康保險，僅限於私人所經營的商業性健康保險，而不及於國家所經營的社會保險。當然，為了分析商業性保險的特徵，本文在相關部分將以社會保險作為對照。

在就業方面，本論文討論的焦點為雇主可否根據基因實施差別待遇。然而，不同產業的職場環境與人力要求可能具有產業特殊性，而在僱傭關係的不同階段與不同面向上，雇主與受僱人的相對權利義務關係也有所不同。理想上，我們可以根據這些差異，分別討論基因歧視在各種脈絡下的涵意。限於筆者個人研究能

and prognostic tests."而由此可見 Gostin 訴諸了 discrimination 的第二種意義加以使用。因此 genetic discrimination 可翻譯為「基因歧視」。

關於以上語詞在使用及翻譯上的複雜性，其實來自於「根據基因從事差別待遇的現象如何加以命名？」以及「根據基因從事差別待遇是否有正當性？」這兩個層面問題的糾葛。如果我們認為根據基因從事差別待遇並非一概沒有正當性，則應當使用較中性語詞如 genetic differentiation (Gulati 2001, 153) 而非 genetic discrimination 加以命名，從而可使用類似「基因區別」或「根據基因而實施之差別待遇」等中文加以翻譯。不過，當有人已經以 genetic discrimination 命名「根據基因從事差別待遇的現象」，且這一名稱已經受到普遍使用，則為了忠實呈現語言學上的涵意，以及不刻意去除英文原文中隱約影射的一些語言政治，因此在語言學的立場上，本文將 genetic discrimination 翻譯為「基因歧視」。不過，根據筆者個人法學立場與價值判斷，筆者不認為根據基因從事差別待遇必然一概不具有合理性與正當性。因此在本論文中，基因歧視泛指一切根據基因而實施差別待遇的行為，然而某些基因歧視可能有正當性，而某些基因歧視不具有正當性。

⁴⁶ 人壽（死亡）保險，其目的在於照顧保險契約指定的受益人，而非照顧死去的被保險人本人，因此保險金具有遺產的功能。由於本論文的研究興趣主要在於基因歧視對於帶因者本人的影響，因此就不討論基因歧視與人壽（死亡）保險。其次，相對於滿足被保險人因為疾病產生的醫療與生活需求，傷害保險的目的在於滿足被保險人發生意外事故後的醫療與生活需求。兩相比較之下，基因的重要性在健康保險中更加明顯。為了集中焦點於基因，本論文也不討論基因歧視與傷害保險。

力與資源上的限制，本論文僅抽象討論基因歧視與雇主人事決策權的一般性問題
47。

由於本論文基於科際整合立場從事法律思考方式的檢討，因此是一種理論性的研究，而不是經驗性的實證研究，從而即不包含本土社會中的現象調查與案例研究。此外，由於本論文的目的限於在理論層面檢討與基因歧視相關的法律爭議，因此即不再深入考究技術性或行政性事項。例如，基因資訊如何加以儲存或管理、何人負擔基因檢驗的費用、是否應當提供基因諮詢、基因檢驗結果如何加以通知或通報、基因檢驗方法的品質管制與認證等等。

關於本論文的架構說明如下：

在第一章部分，本論文說明基因歧視的概念、研究價值、本論文的研究目的，以及為了檢討處理基因歧視所使用的法律概念，筆者所使用的觀察角度與論文定位。

在第二章部分，為了呈現基因歧視所涉及的多樣複雜關係，本論文分別介紹一些關於使用基因資訊、基因檢驗與根據基因從事差別待遇的爭論，並附加筆者個人對於系爭事項的評論。

在第三章中，本論文將介紹關於基因歧視的法律規範現狀，並檢討現行法律實證規則下處理基因歧視的限制。

第四章、第五章與第六章是本論文在理論檢討上的核心部分。本論文分別討論隱私、平等與正義概念如何連結基因歧視議題，並就如何運用這些概念處理基因歧視提出初步意見。對於這些概念，本論文的主要目的並不在於沿用既有的法律學理加以理解，也不在於就國內、外法律學說與判例中歸納出經典性的定義，而在試圖發展出能夠容納現實考量因素的概念運用原則。基於這項目的，在這三章中，本論文將會首先針對隱私、平等與正義概念某些一般性的理論涵意加以檢討，因此顯得似乎與具體基因歧視問題沒有密切關聯性。不過，當我們能夠掌握這些概念在處理人際衝突、促進社會合作與分配資源上的涵意時，則可以在基因歧視的問題上發掘使用這些概念的更多可能性。

⁴⁷ 基因歧視在不同產業與僱傭關係不同面向上的涵意，有許多值得研究之處，

基於以上的檢討，本論文將在第七章中針對處理基因歧視問題提出一些初步建議。

第二章 關於基因歧視之各項爭議

尤其是當我們在擬定實際政策時，更是有必要加以考量。

本章內容試圖呈現出基因歧視相關爭議的多元意見對立。當我們了解基因歧視問題涉及許多層面的利益與多元價值觀點的衝突，便可進一步了解基於道德主義反對基因歧視的論點往往有所侷限，而能體認道德主義並非是提昇法律思考實質化的適當立場。為了避免議題的介紹牽連過廣佔用篇幅，本論文使用夾議夾敘方式，先將議題與論點加以篩選整理，並附加筆者的一些評論。

第一節 保險

一、逆選擇

保險是一種處理不確定性的產業。由於無所不在的不確定性構成了人類生活的風險，保險便成為人們以集體行動降低風險威脅的重要社會制度⁴⁸。就自願性的保險⁴⁹而言，保險制度之所以能夠匯集足夠的資金進行分散風險，關鍵在於必須獲得與風險有關的資訊，以避免因為資訊不對等(information asymmetry)導致風險與保費之間失去平衡。當風險與保費之間失去平衡達到一定程度以上，自願性的保險將因財務上入不敷出而難以永續經營。

隨著人類遺傳學的快速進展，我們有理由可預料基因資訊(genetic information)將在未來對人身保險的營運帶來重大影響。以人壽保險(life insurance)與健康保險(health insurance)為例，保險人必須掌握某些與被保險人健康狀況有關的資訊，如年齡、性別或職業，才能決定締結何種保險契約，或是決定以何種費率收取保費。當基因科學與技術使我們能夠在分子層次上以基因預

⁴⁸ 保險本身不能降低不確定性，而只能降低不確定性對於人類行為的影響力。甚至於有了保險之後，人類反而更有誘因從事原先所不敢從事的活動，以至於使社會出現了更多的不確定性。應加以注意的是，不確定性的概念具有中性意義，然而風險則是行動者主觀上不希望實現的不確定性。當然，不論特定行動者的主觀意願如何，風險能夠成為其他觀察者所加以觀察的不確定性。

⁴⁹ 本文中所謂的自願性保險是指不依賴公權力強制參與，而以個人自由參與為基礎所運作的保險。與自願性保險相反的則為強制性保險，例如二十世紀各國所推行的社會保險就是一種典型的強制性保險。在強制性與自願性的保險是一種相對性的概念，在純粹強制性與純粹自願性保險中間，還有一些混合型態的保險。以強制第三人責任險為例，法律要求特定人必須投保，但是允許要保人有選擇保險人與決定保險契約部分內容的自由。請讀者注意的是，如果沒有特別註明強制性保險或社會保險，則在本文中所指涉的保險為自願性或私人性的保險。

測個人的未來健康狀態時，基因資訊將成為人身保險市場上的一種重要資訊。如果個人根據基因檢驗(genetic testing)而獲知在未來發生特定疾病的機率很高，則個人將有誘因購買更多保險；反之，如基因檢驗結果顯示個人在未來發生特定疾病的機率較低，則有誘因減少購買保險。如果被保險人知道自己的基因資訊，而保險人卻無從知悉這項基因資訊時，則雙方之間的資訊不對等將會擴大，從而有可能危及保險業的經營。

基於私人保險必須依據風險程度高低而差別計價的原則，一旦保險人知道了被保險的基因資訊之後，很可能因此對高健康風險的遺傳疾病帶因者調高保費或拒保。但是根據定義可知，帶因者是帶有基因但尚未表現出疾病症狀的人，因此與已經發病的病人有所差異。相較於一般的根據疾病差別計價，保險上基因歧視的特殊性在於，受到差別待遇的帶因者處於一種介於正常與疾病的模糊地帶。帶因者由於遺傳而帶有可能使本人發生疾病的基因，因此在未來發生特定疾病的機率比沒有這種基因的人更高，但是在現實上他們還不屬於病人。因此在保險與基因資訊的既有相關討論上，多數論者對於保險業使用基因資訊抱持著審慎保留的態度，甚至不希望保險業使用基因資訊，乃至於倡議立法禁止使用基因資訊以保障隱私權或遏阻基因歧視^{50 51}。

保險可以分成社會保險(social insurance)與商業保險(commercial insurance)二類，前者的基礎在於共同連帶(solidarity)，而後者的基礎在於相互類同性(mutuality)。在基於相互類同性的保險中，必須依賴要保人提出正確資訊，以及保險公司進行合理的風險評估，因此這種保險是一種反映雙方最大誠信(*uberrima fides*)的契約(HGAC 1997, § 2.3-2.4)。由自願性私人保險的運作原理來看，如果禁止保險業使用基因資訊，則可能促成逆選擇(adverse selection)而惡化保險的經營。

所謂逆選擇是指在特定的保險商品市場中，高風險者認為購買保險所帶來的避險利益大於成本，因此增加購買保險，而低風險者卻認為購買保險的成本高

⁵⁰ 關於限制或禁止使用基因資訊的各學者論點，可參見 Colby(1998)的整理。

⁵¹ 國內目前在基因資訊方面的法律研究仍處於開始探索的階段，而國內研究者如蔡達智(1997; 1998)與林子儀(2001)的論點基本上與國外發產初期至今的多數意見相一致。不過，何建志(2000)則不反對使用基因資訊與根據基因從事差別待遇，雷文玫(2000)則主張禁止根據基因從事差別待遇，但不反對使用基因資訊。

於避險利益，因此減少購買保險。如果逆選擇繼續發展，將導致低風險者退出保險，只剩下風險較高者成為保險購買人，因而使得風險無法經由群體加以分散。當保險費率升高到一定程度之後，而連高風險者也無法負擔保費時，財務上的入不敷出最後導致保險的瓦解。

逆選擇的發生原因，在於特定保險商品的價格未能充分反映被保險人的風險程度，以至於保險費率對於高風險者而言過低，從而使高風險者在有利的價格條件下購買保險，但相同的保險費率對低風險者而言卻屬於過高，以至於低風險者逐漸退出市場。為了避免逆選擇危及保險的運作，我們必須依據被保險人風險高低程度的差異，將保險區分成不同的類別，而分別提供不同風險程度的被保險人購買。保險費率的差別計價就是這種將單一保險商品分化為多種保險商品的作法之一。至於如何設計保險商品並加以定價，一方面必須考慮到是否能有效分散風險，另一方面必須考慮避免逆選擇。如果費率區分太粗糙，將導致購買同一保險的消費者在風險程度上的異質性太大，從而可能引發逆選擇；反之，如果費率區分過於精細，雖然可以控制保險購買人在風險程度上的類似性，但有可能導致同種保險的購買人在數量上過少，而不易有效分散風險。

保險商品的分化必須以要求揭露被保險人的資訊為前提。如果保險人無法獲得被保險人的相關風險資訊，則難以進行風險評估與費率計算。反之，被保險人則可利用本人所知但是保險人所不知的資訊購買保險。向來在保險法上有所謂誠實告知的法理，其目的便是在於克服保險人與被保險人在資訊不對等上的問題，使保險人獲得必要資訊以防止逆選擇危及保險運作。

在遺傳疾病的場合，如果某人自知帶有致病基因，而保險人無法取得基因資訊時，逆選擇的現象便有可能會出現。在英國的情形，根據 1997 年英國政府人類遺傳學諮詢委員會(HGAC)的研究結論，目前英國保險業可以有限度承受基因資訊不公開導致的逆選擇(HGAC, 1997 § 3.4-3.5)。在美國，團體保險無須經健康檢查，而個人保險或家庭保險需經過體檢等核保程序，這些需要體檢的保險佔總保險人口 15%⁵²，因此會受到逆選擇影響的保險也應該限於此部分的保險⁵³

⁵² 轉引自 Tabarrok (1994, 82)。

⁵³ 不過 Colby 認為，需要經體檢核保而受逆選擇影響的保險，只佔全部保險市場的十分之一，見 Colby (1998)文註 165。

⁵⁴。關於逆選擇是否影響保險公司的營運，以致於保險公司有根據基因狀態承保的急迫性，其實還待進一步的研究。如果逆選擇現象已經超出保險公司的承受範圍，則保險公司要求依照基因狀態決定承保的主張容易被接受，反之，則不易被接受。而逆選擇的嚴重性會隨各國醫療保險體制，以及社會風氣的不同而異。

二、基因資訊與健康風險評估

就遺傳疾病本身的特徵來看，以基因預測個人在未來發生疾病的機率並非都有高度準確性。只有少數的單基因遺傳病(single gene disorders, monogenic disorders)才能歸因於某一個特定基因。但是除此之外，許多遺傳病涉及複數基因共同作用，這種多基因遺傳病(polygenic disorders)的發生並非來自單一基因的作用。更甚者，遺傳疾病的發生往往涉及個人基因與外在環境因素的互動，這種多因素遺傳病(multifactorial disorders)的發病原因更相當複雜⁵⁵。即使單一基因導致的疾病，也會因為營養與環境因素出現表現上的差異，如纖維性囊腫化(Cystic Fibrosis)與鐮刀型紅血球貧血(AHC 1995, 327)。此外，雖然遺傳疾病常被視為具有嚴重性或致命性，但是許多具有「異常」基因型(genotypes)者卻十分健康，或者只具有輕微症狀(Billings *et al.* 1992, 481)。因此，前英國政府的人類遺傳學諮詢委員會(HGAC 1997, Section 2.9-2.12)認為，除了少數疾病之外，在目前可見的未來中，基因檢驗在保險上仍少有預測價值，而且在多因遺傳病情形，以基因資訊作為精算依據仍屬言之過早。

其次，判斷基因導致疾病的機率，以及特定基因對健康的影響，需要具備專業的遺傳學知識與相關疾病的臨床經驗，不是一般醫療人員所能勝任。更何況，從事基因檢驗的實驗室素質不一，如果實驗室的設備、人員或操作程序不合

⁵⁴ 關於逆選擇的比率，Ostrer *et al.* (1993, 567)認為可以參考投保時的詐騙比率或保險公司拒絕理賠的勝訴比率。例如據他訪談保險公司結果，在宣稱不吸煙者中有 5%-30%檢驗出尼古丁反應，在失能收入保險中有 7%為詐欺。

⁵⁵ 單基因遺傳病如鐮刀型紅血球貧血(sickle cell anemia)、纖維性囊腫化(cystic fibrosis, CF)、戴薩斯症(Tay-Sachs disease)與亨汀頓氏症(Huntington's disease, HD)。多基因與多因素遺傳病的例子如心臟病、高血壓、癌症、阿茲海默症與精神分裂等。

標準，則基因資訊的正確性與可信度便值得懷疑⁵⁶。基於以上原因，如果放任保險公司可使用基因資訊，則有可能產生濫用或誤用的可能性。

就目前而言，以上這些反對意見確實言之有理。而我國學者雷文玫(2000, 17)即根據這種觀點主張：「在基因科技尚未成熟之前，透過基因檢測所得到的資訊，不應該與其他較直接影響健康的風險因素一樣，影響保險人核保或核定保費的決定。否則，基因資訊對未來的高度不確定性，很容易演變成對於特定社群的歧視、而非僅是對特定疾病的歧視；後者固然有風險精算的正當性，但前者將是一種不當的社會歧視。」

不過，雖然目前科學知識對於基因與疾病的因果關係未能完全掌握，然而隨著科學的進步，人類可以增加對於基因與疾病因果關係的知識，並且開發出更好的技術分析基因資訊。而另一方面，為了避免出現誤判的情況，我們可以針對從事基因檢驗的實驗室進行品質管制，並要求唯有合格的專業人員才能從事關於基因資訊的分析與解說。因此，這些基於科技現狀的限制或實施失誤的考量，在理論上並不構成反對使用基因資訊的絕對理由。當科學進步、技術改進與檢驗品質水準穩定時，這些反對理由的說服力將隨之減弱。

更重要的是，縱使基因引起疾病的風險只是一種機率，我們不必然能論斷以基因評估人身風險屬於不可行或不合理。在保險上評估風險，向來就不要求絕對的確定性，而只要有相當的統計精算數據即可。例如壽險，男性被保險人的費率往往高於女性，這是基於世界上男性平均壽命普遍低於女性平均壽命的人口統計資料而來。不過事實上我們都知道，男人之中也有個別差異存在，並非每一位個別男性的實際壽命都低於女性。可是這種單純基於性別標準的差別費率向來在各國被接受。進一步說，男女生理差異係來自於人類 X 與 Y 染色體上的基因差異，如果這種根據基因差異的不同費率具有合理性⁵⁷，為何不能根據其他的基因差異實施差別費率？

⁵⁶ 關於這些問題更進一步的介紹，見 Holtzman & Watson (1998)。

⁵⁷ 詳細檢查每一位被保險人的生理健康狀態、生活方式或環境，這種檢查成本過高，不符經濟上的成本效益考量。其次，檢查費用最終會納入保險公司的成本中由每一位要保人負擔，這將會造成保險費的提高，對於要保人亦屬不利。因此決定風險與保費的分類，只需一定的統計數據即可。至於男女保費差別定價的理

不論男女平均壽命差異究竟是來自於單一基因、複數基因或是基因與環境互動的結果，只要這種統計數據不違反公認的科學標準，而且可以通過經驗的驗證，則我們不應指責保險業使用性別因素對男、女被保險人差別收費。同理可知，單純以年齡因素從事差別計價的壽險或健康險也具有合理性。雖然有某些人可能「未老先衰」，或者「棺材裡躺的不是老人，而是死人」，但是畢竟不同年齡者的預期餘命與健康狀態差異有人口統計資料上的根據。因此即使相差一歲，不同年齡被保險人的保費就有差異，而我們很難否認這種保險作法的合理性。

根據以上說明，我們可以清楚理解，如果有科學證據顯示，帶有某種基因的人士比一般其他人在發生特定疾病或早死的機率上更高，則雖然帶有這一基因的人士之中仍有個別差異，也不當然可以僅僅根據這一點否認以基因資訊評估人身風險的合理性。

三、保險與基因隱私

（一）基因資訊之特殊性

如果要以被保險人基因狀態為決定保險契約的根據，則必需取得被保險人的基因資訊，因此可能產生侵害個人隱私權的疑問。其次，關於某些屬於不治之症的單基因遺傳疾病，如亨汀頓氏症，目前尚未有任何有效藥物或療法。一旦檢驗出帶有導致杭廷頓氏症的基因，等於宣判帶因者只能坐以等待恐怖的病痛折磨，因此某些有帶因之虞者便拒絕從事基因檢驗⁵⁸。如果保險人得以要求被保險人進行基因檢驗，則發生干預個人自我決定權，或侵害所謂「不知的權利」(the right not to know)。此外，由於家族成員在基因上有關聯性，因此一人的基因資訊可能揭露出其他家族成員的某種基因狀態，如果任由保險公司可獲得被保險人基因資訊，則會連帶侵害到其他家族成員的基因隱私。

由，除了男性平均壽命低於女性的統計數據之外，更重要的是分辨男女性別的成本極低，因此使得這種基因歧視有可行性。

⁵⁸ 不過，檢驗出帶有杭廷頓氏症的基因，對於帶因者未來的配偶或未來子女仍有實質上的利害關係。事實上，也仍有杭廷頓氏症的可能帶因者主動從事基因檢驗，因為一旦檢驗出沒有致病基因，則可以使本人在心理上得到解脫，即使檢驗出帶有致病基因，本人仍可在有生之年內安頓各項事務。

當然，基因資訊是個人私密性的生理資訊，因此原則上屬於隱私權的保障範圍。不過，關於人身保險，為了矯正被保險人與保險公司之間的資訊不對等情形，以免發生逆選擇或保險詐欺，向來保險公司即有權可以要求對被保險人進行體檢。而在外國的情形，保險公司也可以向醫療機構請求提供被保險人的病歷作為參考。以上這些保險公司知悉被保險人醫療資訊的作法，向來不構成所謂侵害隱私權。然而，當保險公司要求對被保險人進行基因檢驗或取得基因資訊，為何卻構成侵害隱私權？如果可以證明基因資訊與一般醫療資訊在特徵上確實有重大差異，而且這種重大差異在價值判斷上優於保險人獲得資訊的權利，則我們有理由主張保險人不應使用基因資訊。然而，基因資訊的特殊之處究竟何在？⁵⁹

關於闡釋基因資訊的特徵，Green and Thomas (1998)的著作代表了文獻上的一種典型說法。Green and Thomas(1998)認為人類 DNA 具有五種特性：

- 一、資訊上的風險性(Informational Risks)：DNA 可以顯示個人遺傳狀態，從而這種資訊的使用可能對個人有所不利；
- 二、長久性(longevity)：DNA 得以生物化學物質的型態長久保存，更可以用數位化方式儲存於電腦檔案，因此可以造成長期或跨世代影響；
- 三、DNA 作為身分識別物(as an identifier)：DNA 可以指認個人之人別身分；
- 四、家族風險性(familial risks)：DNA 可揭露家族成員的基因資訊；
- 五、社群影響力(community impacts)：DNA 可關聯於特定種族或其他群體。

Green and Thomas(1998)的最主要論點在於訴諸於基因資訊可以顯示個人未來健康狀態，以及基因資訊與家族或族群的關聯性。不過 Murray (1997)與 Holm (1999)卻都認為基因資訊相對於其他醫療資訊並不具有特殊性。其他非基因的醫療資訊也可以預測個人未來健康狀態，如感染 B 型肝炎與 HIV 的資訊，乃至於

⁵⁹我們可以將基因資訊與隱私權的相關問題整理如下：一、基因資訊是否屬於隱私權所保障的資訊？二、基因資訊具有何種特徵？三、在保險的脈絡下，基因資訊是否足以成為一種保險人所不應知悉的例外性醫療資訊？請注意，這三個問題雖然彼此之間有所關聯，但是彼此的意義不相同。因此我們不能將某一個問題的解答直接作為其他問題的解答，以免造成概念上的混淆。例如，即使我們提出了對第二個問題的答案，但是必須再進一步補充其他理由才能回答第三個問題。

膽固醇的資訊，都可以用於預測個人未來健康狀態。其次，個人某些傳染病如肺結核或性病的資訊，也都能顯示家人可能受到感染。

基因資訊具有特殊性的主張之所以能夠鼓動人心，原因或許在於人們對於基因的影響力投射了過多的想像。當 Annas *et al.* (1995)以「未來日記」(future diary)比喻人類 DNA⁶⁰時，有可能導致將基因資訊加以神秘化。如果忽視基因的作用也具有不確定性，而一味強調基因能夠如何影響人類的未來健康，或是強調基因與個人之間有何等重要特殊關係，則跡近於主張基因為不可洩漏的天機，反而助長了基因決定論(genetic determinism)或基因化約論(genetic reductionism)的迷思⁶¹。

反諷的是，雖然同樣出於認為不應該使用基因資訊的態度，主張基因資訊具有特殊性的論點，恰與主張基因資訊對保險業沒有利用價值的論點截然相反。前者認為基因與個人的關係太過密切，因此基因資訊不能與其他醫療資訊相提並論。然而後者卻傾向於訴諸基因對人體影響的有限性，或者人類對於基因功能的認識有限。第一種意見的修辭學說服力建立在過度迷信基因對人的影響力，因此誇張了基因資訊對於個人的意義。雖然在人類基礎生理功能的層面，基因的確扮演重要角色，但是在比較複雜的心理與行為層次，個人經驗也有相當的影響力，揭露個人基因資訊並不等於揭穿了人格上的種種秘密，因此實無須過度恐懼個人基因資訊為他人所知。另一方面，基因對於人類生理功能運作具有影響的事實有科學證據所支持，因此我們也不需要為了避免基因決定論的迷思而刻意抹煞基因資訊的價值。基於以上所述，在醫學上的意義來看，保險人使用基因資訊與其他生理資訊，二者間在特徵上並沒有不可相提並論的理由⁶²。

⁶⁰ 以 DNA 作為未來日記的比喻並不缺乏支持者，如 Markett (1996)。其實未來日記的比喻至少更可溯及 Annas and Elias (1992, 9)。由於 Annas 在基因資訊問題上發表過許多論文，這種比喻也隨之傳播。

⁶¹ Murray(1997)也有類似見解。

⁶² 或許有人會懷疑，難道保險公司使用基因資訊沒有助長基因決定論的嫌疑？保險運作的根據在於統計學，而不是形上學。只要二種現象之間具有統計學上的關聯性，就可以作為核算保險費率的參考，至於這促使現象發生的「真正原因」，並不必然需要加以探究。例如，身為男性的事實，與男性平均壽命較女性平均壽命短的事實有關聯，因此這種統計資料可以作為核算保費的參考。至於使男性平均壽命較女性平均壽命短的真正原因為何，則不需要進一步加以追究（根據人類目前的科學，我們也尚未達到完全確定的認識）。同理，只要某種基因與特定疾

（二）基因資訊之定義

主張應當針對基因資訊例外處理的論點還必須面臨另一個問題：既然基因資訊應當受到特殊保護，則我們應當以何種標準區分基因資訊與非基因資訊？依筆者所知，目前在科學上並未出現一個具有說服力而被普遍接受的區分標準。

關於基因資訊的範圍，可以有廣義與狹義的定義。狹義的基因資訊指的是經由基因檢驗取得的資訊。而廣義的基因資訊則更包含了一切可以推知個人基因狀態的資訊，例如家族病史，甚至個人的膚色、髮色等等資訊。然而，雖然家族病史可以作為推論出個人基因狀態的資料，也會揭露出其他家族成員的遺傳，但是家族病史原本就是保險人可以使用的資訊。如果對於受保護的基因資訊採取廣義解釋，顯然就必須推翻向來已經被為合理、合法的保險實務。

其次，對基因資訊採取狹義解釋也會面臨概念上的定義難題。通常基因檢驗被定義為針對 DNA、染色體或基因產物（如蛋白質、酵素）等物質所進行的檢驗。然而，在檢驗的性質或方法上，基因檢驗與非基因檢驗究竟能不能彼此區分？美國遺傳學學會(ASHG)於 1995 年即認為二者之間沒有明確界線(AHC, 1995,327)。而英國政府的基因檢驗諮詢委員會(ACGT)雖然也對基因檢驗做出定義，不過卻也承認基因檢驗與其他檢驗之間沒有絕對區分，而且在臨床應用上二者的區分逐漸模糊。例如，可以透過間接性的生化檢驗或物理造影方法診斷遺傳疾病(ACGT 1998, 13)。

之所以區分基因檢驗與非基因檢驗有所困難，問題癥結在於人體 DNA 所包含的訊息會經由基因表現(gene expression)的過程進行傳遞。人類細胞核內的 DNA 經由轉錄(transcription)之後製造出 RNA，而在細胞質中的 RNA 經過轉譯(translation)之後合成胺基酸，並進一步形成蛋白質與酵素等釋出於細胞外參與人體代謝作用⁶³。當我們知道特定基因的生化機制與功能之後，我們可以透過在

病的發生具有統計學上的關聯性，就有核算保費的參考價值，至於疾病發生的「真正原因」，可暫且存而不論。當然，保險業可以為了節省保險金的給付支出，而研究保險事故現象的發生原因。例如，保險公司可以研究如何預防或治療疾病，將研究結果運用於客戶，而減少客戶申請理賠的金額，不過這與核算保費並不屬於同一回事。

⁶³ Francis Crick 稱這個 DNA→RNA→Protein 的過程為「中心信條」(Central Dogma)。

血液中的酵素或蛋白質間接推論出特定基因的存在或不存在，不需要直接分析 DNA 便可獲知個人的基因狀態。基於以上認識，我們便可明白區分基因資訊或非基因資訊，乃至於基因檢驗或非基因檢驗在可行性上將遭遇許多困難^{64 65}。

對於反對區分基因資訊與非基因資訊的論點，雷文玟(2000, 11)認為：「這種論證方式，在實務上雖然有其見地，但卻混淆了原則與執行兩個不同層次的問題：不能一開始就因為限制基因資訊之使用有困難，即主張區別基因資訊與其他資訊是不正確的，後者是管制模式設計良窳的問題，……假如基於基因缺陷進行差別待遇缺乏正當性，管制政策上應該找出最有效的模式去反制，而不是一開始就放棄了努力的動機。」

誠然，區分基因資訊與非基因資訊屬於執行面的問題。如果我們在價值判斷上認為基因資訊確實有特殊意義，而不容他人加以過問，則我們當然可以付出資源支持一套保障基因資訊的制度。不過，究竟應不應當允許保險人使用基因資訊，其實關鍵主要在於我們對於保險制度的看法，而不在於基因資訊是否有特殊性⁶⁶。與其認為人們擔心在投保時基因隱私受到侵犯，不如認為人們真正恐懼的是無法獲得社會生活的利益。不然，對於保險業實施傳統體檢或取得醫療資訊，為何人們不認為隱私受到不當侵犯？向來保險公司利用我們的醫療資訊時原本就會知悉我們不願為人所知的個人隱私，但是這種作法之所以被接受，

⁶⁴ 其他反對作此區分的論點，另見 Zimmern (1999)。

⁶⁵ 雖然在美國很早就出現對保障基因隱私權的關心，但美國聯邦國會迄今為止並沒有通過任何保障基因資訊或基因隱私權的立法。而在近年來國會議員推出的許多立法草案中，對於基因資訊的定義都互有出入，可以顯示界定基因資訊受保護範圍的困難。而美國各州目前各自通過立法保障基因隱私，但是保障範圍也都彼此不同。關於美國各州立法的定義不一，可參見 Jagutis (1999, 436-438)，以及美國國家人類基因組研究所網站的整理 http://www.nhgri.nih.gov/Policy_and_public_affairs/Legislation/insure.htm (visited June 6, 2002)。

⁶⁶ 在科技與社會事務快速變遷的時代，新生事物往往涉及了重新界定人我之間資訊使用界限的問題。不過，在人與人之間互動往來方式複雜的現代社會，是否能夠一概用抽象的隱私權概念界定不同社會領域的資訊支配權？隱私權概念的運用是否會忽視了社會不同部門的運作原理，而扭曲了社會資源的分配？針對這項問題，筆者(2000, 18-19)提出了多元性的隱私權概念，主張隱私權的內涵、強度與界線，應取決於不同的生活與社會領域而異，而沒有單一而適用於所有場合的隱私權界線。至於個人資訊決定權的範圍，應取決於各種生活領域或社會部門中的關係特徵。

正是因為我們相信唯有如此才能建構一個合理可行的保險制度。否則，如果保險業無法取得個人資訊進行風險評估與分類，則我們將只能提供一種單一費率的保險制度，而無法針對不同風險程度與不同保險需求的人設計出多樣化的保險。至於單一費率與多樣費率的保險何者較為可取，取決於許多政策上的價值判斷，這部分的討論將在本文以下其他部分加以處理。

四、基因歧視與排除保險

我們很難找到充分理由證明基因資訊在保險目的上與其他醫療資訊有何不同。許多人之所以不願意保險公司使用基因資訊，似乎主要的動機在於反對以基因資訊這種新工具造成帶因者獲得保險的負擔，因為一旦由基因顯示個人健康風險比一般人更高，保險公司有可能以提高保費或拒保加以回應。關於為何不應增加帶因者獲得保險的負擔，本文以下將逐一分析各種可能的理由。

（一）基因與個人責任

有不少人主張，基因狀態不是個人所能選擇，不能歸責於個人。所以我們不應當使遺傳病帶因者無法獲得保險，而保險人不得基於基因狀態而差別收費或拒保。以上主張其實建立在法學與倫理學上的一項理念，即人不應該為他所無法控制的事情而負責。例如犯罪，如果行為無法由本人的意志所控制，則無論行為造成多少損害，也不能對行為人加以處罰。同理，一個人的基因並不是出於個人自願的選擇，而只是被動遺傳自父母而來。如果個人因為本身的基因狀態而受到不利待遇，就形同強迫個人為自己無法控制的事情負責。

這種說法乍聽之下很合理，但是卻有一個嚴重的缺陷。如果個人不應該為自己的基因負責，那麼個人更有理由不必為他人的基因負責。只要他人的基因並非自己的行為所造成，個人當然不須為帶因者的健康風險負責。換句話說，即使我們承認「人不該為自己無法控制的事情負責」，但是這個規範命題卻可以推導出二種互不相容的結論，因此這個規範命題無法指導我們應該如何行動。以上的分析顯示，標榜個人自由意志與自我負責的責任理論，或許適用於懲罰與制裁的討論，但是卻不適合用來處理界定權利與分配資源的問題。

如我們所知，保險的功能則在於分散風險。保險費率的設定建立在風險評估，而不在於制裁當事人的主觀惡性。人身保險契約基於不可歸責於當事人事由

而差別計價者不乏其例，例如性別、年齡等等因素。即使是疾病因素，也可能有基於過去發病或染病記錄而加收保費或拒保情形，而這些過去既有疾病也不全然是當事人有主觀上故意或過失。我們可以想像，如果遺傳病帶因者可以獲得一般費率的保單，而傳染病的帶原者卻必須付出較高費率才能取得保險，則形同使傳染病帶原者補貼遺傳病帶因者。如果傳染病帶原者也沒有故意過失可言，為何遺傳病帶因者可以獲得傳染病帶原者的補貼？這是否不公平？由以上分析可知，保險費率的決定主要取決於風險程度的高低，而與被保險人的主觀可非難性無關，不然，目前基於性別、年齡或其他疾病而差別收費的保險將全部無法成立。

（二）基因與風險分散

在基因科技能夠指認出某些致病基因之前，其實這些基因上的風險早就包含於現行保險的費率計算之中。換言之，這些基因風險已經透過現有保險而分散，而不是額外的風險(Hudson and Collins 1995)。因此，保險人不應當以這些基因風險為由加收保費或拒保，否則便有從中獲取超額利潤之嫌。

就現狀而言，現行保險確實已經將基因與非基因的風險都包含在內，所以保險人對於帶因者不應當收取超過標準費率的保費，也不應當予以拒保。不過，這僅能限於目前的保險，而且會有以下二個問題可能影響現行保險的運作。

首先是不當高額投保的問題。如果個人已經知悉帶有致病基因，則有可能以普通費率購買高額保險，如果一概禁止保險人取得被保險人的基因資訊，則會使這種不公平的保險交易有可乘之機。為了避免這個問題，對於某些高額保險，似乎也不宜使保險人完全沒有審酌被保險人基因狀態的餘地⁶⁷。

其次，則是保險人可否對低基因風險者提供優惠性的低價保險。關於現行保險，即使對帶因者不加價或接受投保，但是保險人可不可以提供新種的低價優惠保險，以吸引其他基因風險較低者？如果允許保險人提供這種新型保險，則勢必會引誘非帶因者退出原有保險而改投優惠保險，其結果是帶因者會留在相對較高費率的原有保險，在原有保險無其他非帶因者加入下，原有保險便可能難以繼續維持。

目前關於提供低風險者優惠費率的問題，前英國人類遺傳學諮詢委員會認為，優惠性的低價保險在產物保險中比較可行，在人身保險涉及基因時，則有技術上的問題(HGAC 1997, Section 3.20)。而英國保險人協會(ABI)則於 1997 年 12 月發佈一份拘束會員公司的基因檢驗準則，其中禁止會員公司根據基因檢驗結果提供低於標準費率的保險(ABI 1997b)。或許目前的技術限制使保險公司無法設計新保單，不過在未來，當技術問題克服後，我們是否應該禁止保險人提供新型優惠保險？這個問題涉及人民有無從現行保險中「出走」的自由，或者，一般人有沒有與帶因者組成「保險共同體」的義務。

基於這種認識，我們也可以再附帶討論一下隱私權概念無助於分析基因資訊與保險的問題。保障隱私權可否有效防止保險基因歧視？Tabarrok (1994, 85-86)早已提出一針見血的分析：即使我們禁止保險人取得基因資訊，但是當有人在基因檢驗後為了證明自己有正常或優秀的基因，而主動出示他們的基因資訊時，保險人便可以推斷沒有出示基因資訊的人可能帶有某些異常或較差的基因⁶⁸。

即使我們基於保障隱私權而禁止保險人實施基因檢驗或要求獲得基因資訊，但是我們可不可以禁止人們為了個人利益主動提出基因資訊？如果不具有致病基因的人紛紛主動提出基因資訊以企圖獲得優惠費率的保險，禁止保險人要求獲得基因資訊的立法目的勢必落空。為了避免立法目的落空，唯有進一步禁止個

⁶⁷ 對於這個問題，英國保險人協會(ABI)於 1997 年發表政策聲明，為辦理抵押而投保的生命險，凡保險金額為十萬英鎊以下者，不考量基因檢驗的結果。因此，對保額超過十萬英鎊的保險契約，保險業可使用基因檢驗，見 ABI (1997b)。

⁶⁸ Tabarrok 這種推論來自於資訊經濟學(information economics)與賽局理論(game theory)的理論。Posner(1998, 22)也以同樣的方式分析美國聯邦法律保護大學成績單隱私成效不彰的理由。當大學畢業生不同意雇主可以取得成績單，則雇主可以推斷拒絕出示成績單的人為劣等成績。準此，即使成績差的畢業生也會提供成績單，因為拒絕出示成績單者等於不打自招坐實了自己成績差。Tabarrok 與 Posner 這種分析方式可以溯及到 Akerlof (1970)以「檸檬市場」形容二手車交易的經典之作。

⁶⁹ 其實沒有基因異常的人也不當然會主動出示個人基因資訊，例如這些人可能也想將基因資訊加以保密，或者出示基因資訊的利益並沒有大於出示基因資訊的不利益。以上是 Tabarrok 於 2000 年 1 月 25 日致筆者信函所分析的一種可能性。不過即使如此，出示基因資訊的決定權還是保留在個人自己，因此當利益大於成本時，個人還是會出示基因資訊。

人主動提出基因資訊，才能保障不提出基因資訊的帶因者。不過，如此一來似乎產生一個弔詭的結果：為了保障某些人的基因隱私，反而必須限制或剝奪其他人本身的基因資訊使用權！但個人事務的自我決定難道不是所謂隱私權最重要的核心？如此一來不是導致隱私權概念的自我矛盾？

本文先前已指出，保險是人們以集體行動降低不確定性所帶來威脅的社會制度。保險必須以多數人共同參與為前提。因此分析保險政策時，我們應當以社會成員彼此間的互動層面加以觀察，而不能將問題窄化為保險公司與被保險人的關係。保險公司只是社會成員成立保險的媒介。經營保險的資源其實來自於社會成員自願加入所繳納的保費。如果社會成員不願意與帶因者一起分擔風險，則他們還是會以其他途徑規避負擔帶因者健康風險的成本。

（三）保險與生存保障

如果允許保險人以基因資訊差別收費，或得根據基因狀態拒絕投保，則遺傳疾病的帶因者將可能因此而無法取得保險。以美國這種醫療費用高昂又沒有社會保險制度的國家為例，個人如果沒有保險而罹患需要龐大醫藥費用的疾病（例如乳癌），則形同被判處死刑(Hudson *et al.* 1995, 393)。其次，由於罹患疾病的風險較高，遺傳疾病的帶因者比一般人更需要保險，如果由於帶因狀態而被迫繳納更多保費，而保費金額令帶因者無法負擔，或是根本被拒絕投保，便會產生保險需求較高者無法取得保險，而只有保險需求較低者才能取得保險的供需矛盾。

由於遺傳疾病帶因者也是社會成員，如果社會坐視這些帶因者無法獲得醫療，顯然不合乎人道。不過，應當提供帶因者多少的保險，必須考量各國醫療體制的差異。在英國、加拿大、德國，乃至於我國，都有某種程度以上的公醫制度或社會保險，國民無論是否為帶因者，都能獲得一定程度的醫療補助。因此在社會醫療福利越優厚的國家，帶因者無法獲得保險的嚴重性便隨之降低，反之，則嚴重性增加。

在基因科技發達的時代中，我們經由遺傳學知識與技術將會知道越來越多關於人類健康的資訊。既有保險制度的資訊基礎來自於過去所累積的醫學知識與人口衛生資料。然而一旦新的人類健康資訊出現，可能會對保險制度帶來可觀的影響。為了使社會成員能獲得醫療照護的保障，我們有必要針對國家整體醫療福

利體系進行全盤調整。這種調整應當釐清社會保險與私人保險的社會功能，以及這二套體系如何相互補充。本文將在以下相關部分中進一步討論這項問題。

第二節 就業

職場上的就業歧視一直是勞工法的重要課題，其中包括基於性別、種族、殘障等等因素的歧視。而隨著基因科技的應用，在職場上便可能出現新的基因歧視類型。基因檢驗(genetic testing)在職場上的運用有基因篩檢(genetic screening)與基因監測(genetic monitoring)二種類型。基因篩檢是針對員工或求職者的基因特徵加以檢查。而基因監測則是針對員工的遺傳物質加以檢驗，以確定是否因接觸危險物質而產生損害或變化(OTA 1990, 3-5)。

如果合理運用，職場上的基因篩檢與基因監測對於勞資雙方都有好處。例如，依據基因篩檢的結果而分配工作，以降低受僱人因工作因素而發生疾病的危險，或者依據基因監測的結果作為改進特定工作區域衛生條件的參考。不過，當雇主為了提昇生產力，降低曠職與人員流動率，減低保費、醫療補助以及傷病補償津貼等等因素，而採用基因檢驗結果作為錄用與指派工作的根據，則基因上容易發病或對某些物質敏感的帶因者，便可能因而喪失求職機會，或者在工作晉升與職務分配上受到不利待遇。

關於基因檢驗與就業問題，有以下爭議問題：

一、職場使用基因資訊之隱私問題

相對於傳統就業歧視，基因歧視的特徵在於雇主必須憑藉基因資訊才能進行歧視。然而由於人體基因無法經由肉眼直接觀察，必須透過醫學檢驗分析才能取得基因資訊，因此無法像性別、身心障礙或種族等特徵可以在外形上一目了然。由於基因資訊是一種關於人身與健康狀態的資訊，屬於個人的隱私事項，因此雇主可否取得基因資訊就涉及有無侵害隱私的爭議。

(一) 基因資訊之合理使用範圍

由於某些工作的性質或場所可能導致特定疾病的發生，如果一概不許雇主可以取得基因資訊作為人事決策的參考，將使得受僱人喪失利用基因科技提早預防疾病的機會。鑑於在職場中使用基因檢驗確實有無法抹煞的積極價值，因此目前許多人認為雇主只能取得與工作有關的基因資訊，而不應當取得與工作無關的基因資訊。⁷⁰

然而，由於員工的整體健康狀態會影響到個人生產力，即使某些基因導致的疾病與工作內容無關，可是疾病的結果還是會影響個人總體工作能力或使人因病缺席，而導致雇主的經營成本增加，因此由經濟觀點而言，所有導致疾病的基因都與工作有關聯。而且，即使可以區分與工作要求相關或無關的健康狀態，但是整體員工的健康狀態仍然影響公司的醫療費用支出與總體獲利(Schwartz 1997, 26)。對於這項問題，Rothstein *et al.*(1998, 414)主張，如果所有的雇主都不能取得基因資訊，則所有公司都有相等機會負擔基因導致疾病的成本，結果就業市場上不會產生各公司競爭力的差異。

Rothstein *et al.*的論點值得進一步加以商榷。首先，他們的主張其實是把帶因者對雇主帶來的財務風險，在整體就業市場中予以平均分散，而隱私權則是確保雇主方面平均分配風險的方法。不過，由於隱私權的規定只能對雇主發生限制，而不能拘束帶因者本人，因此基因風險的分配不均還是有可能發生，例如帶因者在選擇職業時可能會優先考慮醫療福利條件較佳的公司。⁷¹其次，Rothstein *et al.*的主張必須建立在雇主有義務承受帶因者引起的成本增加風險，然而他卻沒有先證明為何雇主必須負擔這項義務。換言之，必須雇主先有義務負擔帶因者引發的成本風險，才有餘地進一步討論如何在雇主之間平均分散這項風險。然而雇主應否為員工負擔個人基因風險？以及應該負擔至何種程度？這些問題並不是訴諸於隱私權就能獲得解決。

（二）基因檢驗與基因資訊之濫用

⁷⁰ 這種主張的代表者為 Rothstein(1997a; 1997b)。美國官方的研究計畫也採取了這種立場作為政策建議案。在成文法方面，例如目前美國紐約州法則規定雇主只能取得與工作環境有關的基因資訊(Rothenberg *et al.* 1997)。

⁷¹ 當然，一般人的工作選擇機會常面臨很多限制，而個人健康風險也不當然會是選擇工作的首要考量。因此這種帶因狀態對個人的求職傾向影響，有待進一步調查研究。

如本文先前所述，由於與基因有關連的疾病可能涉及許多基因的互動，或者需要環境因素介入，而這些疾病的發病機制在目前的科學知識下多尚未被充分瞭解，因此在目前基因資訊的預測能力仍然有限(Andrews *et al.* 37-39)。即使是單基因的疾病，如 HD 這類可以確定在中年後會發病的情形，就個別帶因者的發病年齡與發病嚴重性的預測也無法完全準確。此外，判斷基因導致疾病的機率，以及特定基因對健康的影響，需要具備專業的遺傳學知識與相關疾病的臨床經驗，不是一般醫療人員所能勝任，而普通人憑藉對於遺傳疾病刻板印象(stereotype)所做的判斷，更容易出現毫釐千里的謬誤。⁷²更何況，從事基因檢驗的實驗室素質不一，如果實驗室的設備、人員或操作程序不合標準，則基因資訊的正確性與可信度便值得懷疑。⁷³基於以上原因，如果放任雇主可隨意取得基因資訊，則有可能產生濫用或誤用的可能性。

不過，如先前在保險與基因檢驗部分所述，這些基於技術性問題或實施失誤的考量，在理論上並不構成絕對的反對理由，當技術的正確率或實施的嚴謹程度提高時，這些理由的重要性就隨之減弱了。更進一步說，「零失誤」固然是一種值得追求的理想，但如果僅僅以無法達到這種理想就禁止某一項活動，則顯然是不切實際的論點。否則，現代社會中許多不可或缺的活動都將因為難以保證達成零失誤而被迫停止。因此，比較務實合理的作法應當是如何提昇技術的正確率，並且對失誤的情形提供適當補救措施或合理補償，而不是單純以有可能失誤就因噎廢食而全盤否定了技術的價值。

二、僱用人責任

雇主取得勞工基因資訊後會發生兩難困境。如果雇主依據勞工基因狀態的風險而指派職務或工作場所，可能被勞工視為基因歧視而產生反彈；然而，如果雇主不根據勞工的基因傾向指派職務或工作場所，如果該勞工因而發生職業上疾病或傷害，則雇主可能面臨勞工提起的損害賠償訴訟。

⁷² 如本文所舉案例一與前述關於鐮刀型紅血球特徵受到歧視的案例，當隱性遺傳病帶因者本身只有一個變異基因，則本人不至於發病，也不必然比常人有更差的健康狀態。因此這種帶因者所遭受的歧視沒有科學根據。

⁷³ 關於這些問題更進一步的介紹，見 Holtzman & Watson (1998)。

關於雇主基於員工健康因素而限制受僱人工作環境的作法，在美國已經出現過紛爭，例如雇主可否為保護胎兒，而限制懷孕婦女工作場所的爭議⁷⁴。這類問題的關鍵應當在於，雇主可否基於保護員工的目的而限制員工的工作自由？以及，如果員工不接受雇主的保護性措施因而事後發生損害時，員工可否向雇主求償？

關於第一個問題，必須考量員工的待遇或地位有無因雇主的保護性措施而受損。如果員工的待遇及地位因此而受損，自然雇主的保護措施便值得非難。可是如果員工的待遇及地位不因此而受損，則又當如何？固然我們可以由薪資、福利等條件判斷員工的權益有無受損，然而如果這些權利不受影響，是否便可以正當化雇主的管理權力？更何況，所謂權利不受影響其實也涉及主觀評價因素，例如工作環境的舒適、職位的發展機會與未來展望等等。因此問題癥結仍然是員工意願應當受到何種程度保障的問題。這涉及了政治哲學向來討論的自由與拘束問題，或是所謂自由的界線問題。在基因檢驗引起雇主管理權力與責任的重新安排時，則涉及為了滿足員工自由，雇主提供資源與機會的義務程度究竟何在的問題。

關於第二個問題，傳統契約法或侵權行為法上有所謂「與有過失」的免責事由。如果勞工個人的基因傾向在特定工作場所中會導致罹患疾病的風險提高，當勞工堅持在該場所工作因而罹患疾病時，依照過失責任主義，雇主可以免負損害賠償義務。在這種情形下，若勞工對於雇主仍有損害賠償請求權時，則形同要求雇主負無過失責任。當然，如果雇主能夠特別考量某些員工的基因傾向，而改進工作場所的種種衛生設施與條件，或許可以使特定員工不至於發病。但是，如果具有這些基因傾向的員工只佔非常少的人數比例，而且為這些少數員工改善衛生設施與條件的成本非常高昂，則是否應當為了督促雇主改進工作環境，而對雇主課以無過失責任？尤其是當這些成本消耗了企業的獲利，而導致企業減少對全體員工的福利與獎金分紅，此時便等於是犧牲其他員工的利益而滿足少數員工的工作權，而這是值得追求的結果？如果將這些員工指派其他職務或工作場所就可以避免疾病發生，又無需支出改進工作環境的高昂成本，那些拒絕調職的帶因受僱人仍然有權利請求損害賠償？如果我們認為在職場中帶因者無權將個人基因

⁷⁴ 美國聯邦最高法院以性別歧視為由宣告雇主這種措施違憲，見 *UAW v. Johnson Controls*, 111 S.Ct 1196 (1991)。

風險轉嫁他人，則我們便應當以過失責任主義為雇主的責任標準，使帶因者自行負擔個人體質與決策的風險。至於我們應當選擇過失責任主義或無過失責任主義，顯然必需加入分配正義與經濟效率觀點才能從事完整考量。

三、統計性歧視

雇主可否根據基因導致發病的統計風險而從事雇用上的決定？雖說基因導致發病是一種未來可能性，但是卻並非毫無根據，因此雇主以基因狀態進行雇用決定，有無構成不合理的差別待遇，仍有斟酌餘地。

相較於一般的歧視身心障礙案例，基因歧視的特殊性在於可能發病的帶因者處於一種介於正常與疾病的模糊地帶。一方面，帶因者由於遺傳而帶有可能使本人發生疾病的基因，因此在未來發生特定疾病的機率比沒有這種基因的人更高。例如在文獻上通常被提到的 BRCA1 基因，帶因者在一生中發生乳癌的機率據評估約為 70%乃至 87%，而一般人在 50 歲前罹患乳癌的機率為 2%，在 70 歲前罹患乳癌的機率為 7%⁷⁵。不過，疾病的表現是人體許多基因與環境共同作用的結果，因此帶有特定致病基因的人士不當於會發病，或者即是帶有特定基因必然發病，但是發病時機與病情嚴重性也有個別差異。⁷⁶所以在發病之前，我們並不能將帶因者⁷⁷視為病人或身心障礙者，可是他們卻由於基因狀態與正常人有

⁷⁵ 關於 BRCA1 基因帶因者的乳癌發病機率，在近十年來科學界各項研究中所獲得的數據並不一致，有研究結果所顯示的機率為 87%，但也有其他的研究得出發病機率為 70-75%。關於這些研究的回顧，見 Hofmann and Schlag (2000)。此外，國內研究者也在本地家族性乳癌患者中發現 BRCA1 與 BRCA2 等變異基因的存在，見陳和瑟與李水龍(2000)。

⁷⁶ 與基因有關的疾病可以分成單基因遺傳病(single gene disorders, monogenic disorders 或 mendelian disorders)與多因遺傳病(multifactorial disorders)二類，前者為單一基因所引發的疾病，而後者為許多基因共同作用加上環境因素而造成疾病，因此發病的機會是一種或然率。不過即使是前者，發病的時機早晚與病情輕重則有個別差異，並非一概相同，而環境因素也有相當的影響力。

⁷⁷ 本文討論的帶因者主要是指帶有可能導致以下疾病基因者：晚發性單基因遺傳病(monogenic disorders of late onset)，如 HD、阿茲海默症(Alzheimer Disease)等，以及多因遺傳病(multifactorial genetic disorders)如心臟病、高血壓、糖尿病、癌症與精神病如精神分裂、躁鬱症等，以上這二大類遺傳疾病的介紹，見 Andrews *et al.* (1994, 86-99)。至於隱性遺傳疾病如海洋性貧血的帶因者，由於他們通常不會有發病的問題，在職場上對這些人加以歧視顯然沒有科學根據且不合理，因此在法律禁止歧視這些對象比較不會有爭議，故本文不再多加討論。至於在嬰兒或

異，因而有可能因此遭受不利待遇。依據源自於 Aristotle 的平等公式：「等者等之，不等者不等之」，雇主有沒有理由針對帶因者進行差別對待？換句話說，即使帶因者發病的可能性是一種或然率，雇主可不可以根據這種或然率作為決策的基礎？這是不是構成一種應該禁止的差別待遇？

對於這個問題，我們可以先參考一下經濟學者研究就業歧視的方法。第一種是 Becker (1971)提出的方法，他將歧視視為一種個人的品味愛好(taste)，我們可稱之為品味歧視(taste discrimination)。Becker 研究歧視的創見在於指出，當一個人為了維持歧視的偏好時，將會導致可供交易的對象範圍受到限縮，因此他會付出一定程度的代價。第二種方法則是由 Phelps (1972) 所提出，他認為歧視是資訊不充分下的一種有效率措施。當雇主在錄用員工之前，無法知道個別應徵者的將來工作表現會如何，因此他對於應徵者的工作品質處於一種資訊不足的狀態。雖然雇主為了確定應徵者的工作品質可以進行調查與研究，可是這麼做可能導致成本過高而不可行。因此當某些特徵與員工的工作品質之間具有某種統計關聯性時（如性別、種族等），雇主便以這些特徵進行篩選，這就是一種統計性歧視(statistical discrimination)。即使雇主屬於自由開明人士，並沒有排斥特定族群的偏好，但是也可能基於經濟效率上的理性考量而實施統計性歧視。

相對於品味歧視的研究方法將歧視當作一種給定偏好加以處理，統計性歧視則基於交易成本的理論說明歧視的成因。歧視的出現並非全然來自於不理性的偏好，當人在資訊不充分的情形下無法瞭解交易對象的屬性時，統計性歧視便成為一種有效率的選擇方法。例如目前在國內外就業市場上，不論是公部門或私部門，往往以學歷作為工作資格的限制，或作為決定薪資高低的標準。這種就業市場上的「文憑主義」作法也是統計性歧視的一種型態。嚴格來說，學歷只能表示一個人通過了學校方面的考試，但是並不能充分代表一個人的工作能力。這種措施之所以不被認為違法，主要原因應當在於學歷與工作表現之間具有著某種程度的統計關聯性，因此以學歷篩選員工是一種有效率的措施。

幼年期便發病的單基因遺傳病也應當不會有就業基因歧視的問題，因為當帶有這些基因的人成長到就業年齡時早已發病，因此如果有就業歧視方面的問題則屬於因為身心障礙受歧視，而不是單獨因為基因而受歧視，因此這部分也不在本文討論的範圍之內。

如果純就事實面來看，雖然基因導致發病只是一種未來可能性，但是卻並非毫無根據，除非有更新的科學研究可以推翻既有的知識，否則不能完全加以抹煞。由於帶因者與非帶因者的發病機率確實有所不同，而雇主以基因資訊篩選員工則似乎符合「不等者不等之」的平等要求，因而不構成違反平等的差別待遇。正因為以基因特徵實施統計性歧視不是單純基於非理性偏好，而是有遺傳學根據與經濟效率考量，因此這究竟是否合理難以一概而論。

帶因者的基因狀態導致發病，是一個由低度可能性到確定性之間所構成的或然率空間。而發病時機的早晚，與疾病本身的嚴重程度，也必須加以考慮。原則上，對於發病機率低、發病時機遙遠、發病症狀輕微者，雇主較無理由以基因狀態為雇用決定的根據；反之，則雇主根據基因的決定比較可能被接受。至於某些特殊工作職位，尤其是與公共安全影響重大者，如危險設施操作員或飛行員等等，即使發病可能性低或發病時機遙遠，在公共安全的要求下，帶因者的工作權可能因此受限制。

四、工作權與人力資源

如果以基因導致未來發病的風險而拒絕帶因者的就業機會，將會妨礙帶因者投資個人工作技能的機會與意願，從而使社會整體人力資源的投資降低，造成個人與社會的損失。此外，基因歧視也形成對轉換工作的限制。這種問題主要發生在美國。由於大多數美國人民是經過雇主取得醫療保險，為了避免因更換工作而喪失保險，以致於員工不願更換工作。這種無法自由轉換工作的限制，使勞工無法適才適所，構成個人與整體社會的損失。

這類人力資源問題其實是人民工作權問題，或者更進一步而言，是工作機會權的問題。在就業市場上，勞動契約的基本內容是薪資與勞動力的交易，雙方基於契約會各自享有獲益的機會與損失的風險。如果帶因者的健康傾向導致雇主經營成本增加的風險提高，是否帶因者仍然應該擁有與一般人相同的工作機會？在自由經濟市場，雇主選擇何種勞工，完全取決於雇主個人的觀點，換句話說，對於個別勞工的價值，雇主享有定義自由。因此，雇主願不願意與帶因者成立雇用契約，可以根據個人的評估做出決定。如果法律禁止雇主以基因狀態作為決定雇用的根據，則法律便是限制了雇主對於帶因者為利益與風險評估的自由，或者

可以說，國家對於勞工的價值採取了某種定義，並且以法律強制雇主必須遵守這種定義。至於勞工的工作權與雇主的經濟自由權應當如何取舍？這二種權利之間有沒有權衡的標準？這與本論文以下章節所要處理的分配正義問題有關。

第三章 關於基因歧視之現狀與法律規範

由於我國與世界絕大多數國家尚未針對基因歧視從事特別立法，因此本章將分析焦點放置於分析目前各國對於基因歧視的反應、產業實務的作法、在法律規範不足下的管理難題，以及將來的發展趨勢。由於目前法律資訊流通發達⁷⁸，本論文在此則不扮演傳遞法律資料的角色，因此將不詳細介紹各國現行規範架構，也不一一具體檢討在各國法律下解釋基因歧視合法性的問題。

⁷⁸ 關於檢討各國法律規範基因歧視的現狀，有一些值得參考的介紹性資料：關於世界各國相關法律的分析，見 Crosbie (2000)與 Lemmens (2000)。至於探討美國現行法律與基因歧視的資料則相當眾多，以下僅列數篇年代較近的論著：關於分析保險就業歧視的相關法規，見 Jagutis (1999)，另見 Gulati (2001)對於法律管制的批評；至於就業基因歧視方面的法規分析，見 Kaufmann (1999)與 Pagnattaro (2001)。此外，美國人類基因組計畫與國家人類基因組研究所網站上也提供了值得參考的資料，見 <http://www.ornl.gov/hgmis/elsi/legislat.html> (visited June 6, 2002); <http://www.nhgri.nih.gov/Policy_and_public_affairs/Legislation/> (visited June 6, 2002).

第一節 保險

一、世界各國實務與法令

在人類基因組計畫開始執行之初，計畫的執行者即預料到基因歧視是人類遺傳學發展的一種社會後果。而美國的 ELSI⁷⁹計畫則補助了許多相關研究。以美國為例，1990 年代初期的調查研究指出了保險基因歧視的一些案例(Billings *et al.* 1992; Hudson *et al.* 1995)。而美國聯邦政府部門也承認在美國有基因歧視的情形(Department of Labor *et al.* 1998)。而近年來，在大眾傳播媒體對於基因科技的興趣日漸濃厚下，也相繼報導了多基因歧視的案例⁸⁰。基於這種認知，美國各州在近幾年紛紛制訂了禁止保險人使用基因資訊與根據基因從事差別待遇⁸¹。

不過，最近研究顯示，基因歧視在美國的普遍程度並不如先前所預期。無論是針對醫師與遺傳學專業社群從事問卷調查，或是針對保險業實施調查訪談，保險業使用基因資訊或基因歧視的情況屬於極少見情形，而且帶因者即使被某一家保險公司拒保，仍可以由其他保險公司獲得保險。此外，一般人所謂基因歧視的現象，許多是對於基因歧視採取寬鬆定義所致⁸²。而在這些情形之中，有部分是現行保險業的標準作法，如拒絕給付美容手術、拒絕在重大手術之後立即同意

⁷⁹ 目前美國官方的人類基因組計畫(HGP)中有固定比例的預算資助人類基因組與倫理、法律、社會方面問題的研究。這種研究被美國能源部(DOE)稱之為 Ethical, Legal, and Social Issues，見<<http://www.ornl.gov/hgmis/elsi/elsi.html>>(visited June 6, 2002)。而美國國家衛生研究院(NIH)則稱為 Ethical, Legal, and Social Implications of Human Genetics Research，見<<http://www.nhgri.nih.gov/ELSI/>>(visited June 6, 2002)。以上二部門的用語雖不盡相同但是縮寫上均是 ELSI。由於美國這種研究模式已成為一種典範，因此 ELSI 也成為研究人類基因與倫理、法律、社會相關問題的代表通稱。

⁸⁰ 美國相關的媒體報導甚多，在學術刊物上被引用的報導見 Colby (1998, 454)所列出的資料。有興趣的讀者可自行在網際網路上搜尋到許多資訊。

⁸¹ 至 2002 年 4 月 29 日為止，美國已有 41 州制訂管制保險基因歧視的法律，見美國國家人類基因組研究所網站 http://www.nhgri.nih.gov/Policy_and_public_affairs/Legislation/insure.htm (visited June 6, 2002)。

⁸² 如本論文一開始即表示，根據比較正式的定義，所謂基因歧視是根據基因而給予差別待遇。如果已經表現出疾病，即使疾病原因來自遺傳，仍不屬於基因歧視。

增加保險額度等，或者是對許多通常疾病（心臟病、不孕症等）認為屬於遺傳性疾病(Wertz 1999; Hall and Rich 2000)。而某些曾經關心過基因歧視議題的研究者，現在也認為目前基因歧視案例其實相當有限(Beckwith and Alper 1998, 206)。

除美國之外，其他國家的資料也都顯示，保險業要求從事基因檢驗、要求提供基因檢驗結果，或從事基因歧視的情形很少見。例如，根據英國政府前人類遺傳諮詢委員會的認定，在英國尚未有足夠的量化證據顯示人們因為基因歧視而無法獲得保險(HGAC 1997)。至於加拿大，也未有報告顯示保險人已經有系統性地在核保過程中使用基因檢驗(Lemmens 2000, 352)。

為何保險業至今未普遍使用基因資訊作為評估風險的利器？

其實世界上多數國家尚未立法禁止保險業使用基因資訊與根據基因從事差別待遇。目前只有奧地利、比利時、挪威(Lemmens 2000, 359-360)，以及荷蘭(Crosbie 2000, 37)等國家有相關的法律直接或間接加以禁止。而以美國為例，即使許多州禁止使用保險業使用基因資訊或從事基因歧視，但事實上各州保險業者對於相關法律並不十分熟悉，也沒有意識到這些法律對於經營業務的影響(Hall and Rich 2000)，而許多保險更不在各州法律的限制範圍之內（如雇主自身舉辦的保險，或是不屬於州政府權限的部分）。由此可見，法律限制可能不是各國保險業未廣泛使用基因資訊的理由。除此之外，或許畏懼公眾的反彈是一項可能的原因，但是這種影響力的大小究竟如何值得加以商榷。

保險業未普遍使用基因資訊的最主要理由應當出自於成本效益分析上的考量。如本文先前所述，目前人類遺傳學的知識有限，因此無法以基因資訊準確預測一般性的疾病。即使某些少數疾病的基因已經在科學上獲得深入研究，但是實施基因檢驗必須支付檢驗費用。而實施基因檢驗通常還需要伴隨提供遺傳諮詢服務，以提供受檢者相關醫學與社會、法律問題的資訊，這部分的諮詢費用可能也必須由保險公司負責。因此為了篩選出可能的少數帶因者而普遍實施基因檢驗，在可行性上並不經濟。以英國為例，根據英國保險人協會(ABI)在 1998 年向會員公司所發佈的一份資料，目前只建議關於七種疾病的十種檢驗方式可用於保險業

⁸³。而截至 2000 年 10 月為止，英國政府的遺傳學與保險委員會(GAIC)只承認亨汀頓氏症的檢驗適合用於保險業⁸⁴。

此外，如果是團體保險，所有的投保人都依據團體費率加以收費，保險業並不要求提供個人資訊，因此基因資訊與基因歧視對於現行的團體保險沒有影響。即使是在個別核保的保險種類，保險人也可以使用非基因檢驗，或者使用被保險人一般病歷資料、家族病史等，而不需要使用基因資訊評估風險。

在正式的法律規範之外，英國保險業發展出了一套產業自律的模式。英國保險人協會(ABI)已經在 1997 年制訂出一套同業規範準則處理基因歧視問題(ABI 1997b)。這份準則要求同業會員公司不得針對要保人實施基因檢驗，但在某些條件下可以要求揭露基因資訊。不過，關於為了辦理房地產抵押而應銀行要求投保的人壽保險，如果保險金額低於十萬英鎊，則一概不過問基因檢驗結果。在國家尚未制訂正式法律規範時，這種產業自律的模式，可以補充既有規範的不足。不過，產業自律性規範處理的事項有限，因此或許只是立法前過渡期間的暫時性或補充性作法。至於產業自律是否能夠有效因應整個社會的基因歧視問題，也有賴於社會文化條件配合，因此也不一定能在每個國家成功實施。

雖然基因歧視目前不是保險業的普遍作法，但是基因歧視仍然是一個值得現在加以探討的課題。人們對於基因歧視的恐慌並非毫無根據。根據美國民間團體「基因聯盟」(Genetic Alliance)的估計，目前已有將近 700 種的基因可加以檢驗⁸⁵。關於經許可用於臨床實施的基因檢驗，以美國紐約州為例，在 1996 年時已有 27 種 (Casey 1997, 15)。當然，在研究上與臨床治療上可用的基因檢驗，距離為保險目的而普遍使用仍有相當距離。不過，隨著科技進步，我們在將來可以獲得更多遺傳病理學知識以及基因與疾病發生率的統計數據，也能開發出更

⁸³ <<http://www.geneticsinsuranceforum.org.uk/default.asp?/Criteria/specific.asp>> (visited June 6, 2002). 閱讀這份資料必須登入該機構網站，本資料內容與網址取自英國下議會的一份報告 “Genetic and Insurance” <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm200001/cmselect/cmsctech/174/17405.htm#a13>> (visited June 13, 2002)。

⁸⁴ <<http://www.doh.gov.uk/genetics/gaichuntington.htm>> (visited June 6, 2002). 關於這項政策的相關報導，見《生物科技與法律研究通訊》第九期的報導(2001, 4-5)。

⁸⁵ <<http://www.geneticalliance.org/geneticissues/gainsurance.html>> (visited June 6, 2002).

多的基因檢驗方法，例如可以用基因晶片從事快速篩檢(Henn 1999)，一次檢驗多種基因(CEJA 1998)，或者可以用簡便的套裝產品由消費者自行實施檢驗(ACGT 1997)等等。更重要的是，當基因檢驗的費用下降之後，商業化的基因檢驗服務將更為普遍(Malinowski and Blatt 1997)。因此，使用基因資訊未來可能將在保險上大行其道。

二、我國實務與法令

相對於各國在保險基因歧視上的熱烈討論，國內保險業，以及保險法或保險學專家並未普遍關心這項問題。至於在人身保險的核保實務上，則尚未傳出保險公司計畫或已經使用基因資訊或基因檢驗。

在法律方面，如同世界上絕大多數國家，目前我國保險法或其他任何法律，均未特別針對基因資訊或基因檢驗在保險上有所規定。因此保險業使用基因資訊或基因檢驗是否合法，只能夠透過解釋既有的一般性法律規範加以了解。以世界各國為例，如果已經有立法保障個人資料隱私或是保險上的反歧視待遇，則可以嘗試透過解釋這些法律，而將基因資訊與基因檢驗的事項納入法律規範範圍。不過，由於這些法律並不都是有意針對基因資訊或基因檢驗而制訂，因此能否作為當前管制使用基因資訊或基因檢驗的根據，在法律解釋上具有不確定性⁸⁶。

目前我國關於保障隱私的一般性法律規定僅有民法第 195 條第 1 項⁸⁷。除此之外，電腦個人資料保護法，以及刑法上保障「秘密」⁸⁸的相關法律，也具有保

⁸⁶ 關於保險與基因資訊及基因檢驗問題，Crosbie (2000)曾針對美國、加拿大與澳洲等英語系國家，以及瑞典、德國、荷蘭等歐陸國家的現行法令加以介紹。

⁸⁷ 民法第 195 條第 1 項：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」

⁸⁸ 如刑法第 315 條至 318 條之一等等妨礙秘密的刑罰規定。在此應注意，雖然「隱私」與「秘密」的概念在意義上有相關，但是二者所指涉的對象並不完全一致。依筆者所理解，「隱私」的指涉範圍可能包含與個人資料相關的任何事項，但是刑法上保障的「秘密」在指涉範圍上比較狹窄，並不一定凡是個人資料都屬於秘密。唯有當個人資料僅有本人、經本人同意之人，或是相關範圍內的有限之人所知，而不為其他人所知悉時，一項資訊才具有秘密性。此外，刑法上妨礙秘密罪保護的客體不限於個人資料，亦包括其他與人格或人身無關的非個人性資訊，例如商業資訊。

障隱私的功能，不過，在保障客體以及規範的行為對象上，保護範圍較為侷限。以上些法律都只是規範本人與資訊利用者之間「非交易條件」或「非交易客體」的個人資訊，而不及於屬於「交易條件」或「交易客體」的個人資訊，因此這些法律無法充分介入保險契約關係。

當本人與資訊利用者或處理者之間不具有交易關係，或者具有交易關係，但是流通個人資訊的目的在於便利交易進行，而不在於以個人資訊成為交易的主要內容或交易條件時，可以適用以上保障隱私的法律規範本人與資訊利用者或處理者的關係。不過，當個人資訊成為交易的主要內容或交易條件時，例如保險契約，這些保障隱私的法律並不必然能夠充當拒絕提供個人資訊的理由。如果交易相對人在法律上沒有強制締約的義務時，交易相對人原本就可以自由決定是否締結契約，並且自由決定契約的內容與條件。當將交易相對人以提出個人資訊作為契約的內容或條件時，固然個人可以基於維護個人隱私的偏好而拒絕提出資訊，但是相對人也可以拒絕締結契約，從而使個人無法獲得從事交易所帶來的利益。

當個人不提出個人資訊而無法完成交易時，個人的隱私並未受到侵害；當個人為了進行交易而同意提出個人資訊時，交易相對人也並未侵害隱私，因為獲得個人資訊來自於本人同意。基於以上分析可知，對於規範保險契約關係中使用基因資訊或基因檢驗，保障隱私的一般性法律並沒有充分適當的介入餘地。唯有針對基因隱私或保險契約關係從事特別立法，才能清楚界定法律干預的條件、範圍與程度。

當然，訴諸憲法上的隱私權，也是干預保險業使用基因資訊或基因檢驗的另一種可行方法，尤其是在成文特別法不存在時更具有重要性。不過，以憲法上隱私權作為干預基因歧視的理由，有一些額外困難有待克服，例如，憲法上隱私權的規範依據、適用範圍，以及與其他憲法權利的相對效力高低等問題。由於我國憲法並未明文保障隱私權，因此即便可以藉由憲法第 22 條承認憲法上隱私權的存在⁸⁹，但是關於憲法上隱私權的保障目的、保障對象、保障的範圍、程度等

⁸⁹ 我國大法官釋字第 293 號解釋曾經提及隱私權的概念：「銀行法第四十八條第二項規定「銀行對於顧客之存款、放款或匯款等有關資料，除其他法律或中央主管機關另有規定者外，應保守秘密」，旨在保障銀行之一般客戶財產上之秘密及防止客戶與銀行往來資料之任意公開，以維護人民之隱私權。」不過，關於隱私權的規範根據、法律位階、適用範圍等等問題，大法官解釋均略而未加詳論。

等問題，均有待進一步加以釐清。此外，保險契約屬於私法關係，人民是否可以根據憲法上隱私權對抗保險公司，在解釋上具有不確定性。

由理論的觀點來看，關於保險業使用基因資訊與基因檢驗的合法性，重要的關鍵或許不在法律文字或法律學理層面的解釋，而在於如何了解保險基因歧視對於各方面利害關係人以及社會發展的影響。一旦我們清楚認知到這些影響，則可以有助於釐清價值取舍上的得失輕重。當法律解釋有多種可能性時，如果我們已經形成清晰、合理的價值判斷，我們自然會去選取最能夠實現優先價值的法律解釋。

第二節 就業

一、世界各國實務與法令

關於職場上使用基因資訊與基因檢驗，目前世界上已由國會立法加以規範的情形並不多見。而在有所規範的少數國家中，大都是利用現有的就業平等法或醫療資訊隱私法加以管制。例如荷蘭在 1997 年制訂醫學檢查法(Medical Checks Act)，其中規定不得針對重大不治之症進行醫學檢查，不過，如果涉及職務安全者不在此限⁹⁰。至於美國，雖然某些州已立法在職場中使用基因資訊或基因檢驗⁹¹，而聯邦政府也曾發佈行政命令禁止聯邦行政機構使用基因資訊或基因檢驗⁹²，不過，聯邦國會尚未有所特別立法。目前許多論者認為可以擴張解釋既有的美國障礙人士法(Americans with Disabilities Act, ADA)，以保障帶因者工作權⁹³。不過，美國障礙人士法的保護仍極有限，並不足以形成一個完整的規範架構。至於

⁹⁰ 轉引自 Crosbie (2000, 48)。

⁹¹ 至 2002 年 4 月為止，美國已有 31 州制訂管制就業基因歧視的法律，見美國國家人類基因組研究所網站 <http://www.nhgri.nih.gov/Policy_and_public_affairs/Legislation/workplace.htm> (visited June 6, 2002)。

⁹² 美國總統 Clinton 於 2000 年 2 月 8 日公佈禁止基因歧視的行政命令，要求所有政府部門不得以基因資訊考量僱傭事項。 <http://www.nhgri.nih.gov/NEWS/Executive_order/> (visited June 6, 2002)

⁹³ 關於如何將 ADA 適用於基因歧視，可參見 Kaufmann (1999)的詳細分析。

澳大利亞，則是利用一般性的就業平等法規範就業基因歧視，而瑞典則根據既有的醫療資訊隱私法，使雇主在未經同意下無法取得個人基因資訊(Crosbie 2000, 40-50)。

二、我國實務與法令

如同保險，我國目前在就業方面也未有針對基因歧視的特別立法。關於雇主可否使用基因資訊、基因檢驗，以及根據基因實施差別待遇，我們目前只能根據一般性的就業平等法與保障隱私的規範加以論斷。

我國已經有幾項法律禁止純粹基於身、心理因素的就業歧視，如身心障礙者⁹⁴保護法第 4 條、就業服務法第 5 條與精神衛生法第 36 條⁹⁵。如果雇主不依據工作內容為資格或能力上的考量，僅僅以身心障礙為理由，而在僱傭關係上做出不利身心障礙者的決定，則構成違法行為。不過，由本文先前關於基因歧視的說明可知，可能遭受基因歧視的對象是未發病的帶因者，在醫學上而言他們並不屬於病人或身心障礙者，這是否意味他們無法依據這些法律享有免於被歧視的權利？

以美國 1990 年美國障礙人士法為例，該法所規定的具有障礙(disability)的人士在定義上包含三類：一、具有影響生活中主要活動的生理或心理損傷者；二有此等損傷的病例者；三、可能被視為具有此等損傷者⁹⁶。因此在美國障礙人士法中，受保護的身心障礙者不只包含現在具有身心障礙情形的人士，也包含過去曾

⁹⁴ 現行身心障礙者保護法的前身是殘障福利法，後來因為順應去污名化的世界潮流，消除殘障名詞可能帶來的負面印象，因此於民國八十四年殘障福利法修正之際，殘障的名稱由身心障礙加以取代。準此，在其他法規中，身心障礙即應取代殘障的用語。

⁹⁵ 身心障礙者保護法第四條：「身心障礙者之人格及合法權益，應受尊重與保障，除能證明其無勝任能力者外，不得單獨以身心障礙為理由，拒絕其接受教育、應考、進用或予其他不公平之待遇」。就業服務法第五條：「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、性別、容貌、五官、殘障或以往工會會員身分為由，予以歧視。」精神衛生法第三十六條：「病人之人格與合法權益應受尊重及保障，不得予以歧視、虐待或非法利用。對於已康復之病人，除能證明其無勝任能力，不得以曾罹患精神疾病為由，拒絕入學、應考、僱用或予其他不公平之待遇。」

⁹⁶ 見 42 U.S.C. 12102(2)。

有身心障礙病史而現在痊癒的人士，以及有被視為身心障礙之虞者。而該法主管機關平等就業機會委員會(Equal Employment Opportunity Commission, EEOC)則於 1995 年在官方的政策方針中解釋，因基因資訊而受歧視者，適用本法關於障礙的第三類定義⁹⁷。而在我國法的適用上，現行身心障礙者保護法沒有明文將有被視為身心障礙之虞者納入保護。筆者曾認為可用「舉輕以明重」或「舉重以明輕」的法律解釋原則，使帶因者同樣受到本法所保障⁹⁸。

為了保護帶因者在職場中的工作機會，在法律解釋上將帶因者認定為與病人或身心障礙者具有同等應受保障的地位，只是一種權宜之計，並不能提供周延合理的規範。禁止雇主針對「可能發病」的人士採取差別待遇，有可能流於過度規範。在醫學上而言，任何人多少都有因為遺傳導致發病的可能性。無限制地禁止針對「可能發病」的人士實施差別待遇，等於使雇主不能實施任何差別待遇。在美國 *Bragdon v. Abbott* 案例中，美國聯邦最高法院首席大法官 Rehnquist 即表示，將保護身心障礙的界限擴張到未來發病的可能性，則帶有衰老生病基因的人，在此時此地都可以被視為身心障礙者⁹⁹。換句話說，既然衰老與生病是所有人早晚面臨的處境，漫無邊際以「可能發病」的標準將現在健康的人視為身心障礙者，則所有人在此時此刻都可被認定為身心障礙者，如此一來將失去規範上的意義。

⁹⁷ 見 2 EEOC Compliance Manual (CCH), §902 (Mar. 14, 1995)。值得注意的是，這項解釋僅具有政策指導方針的性質，並沒有成文法位階的拘束力。至於司法部門方面，因尚未出現本法與基因歧視的爭訟，因此法院迄今未表示意見。

⁹⁸ 在澄清法規適用範圍的說明上，「舉輕以明重」適用於解說禁止規範或課予義務規範，而「舉重以明輕」適用於解說許可規範或授予權利規範。不過，許可規範或禁止規範，以及授予權利或課予義務的規範，這二種性質規範的區分通常只是觀點上的不同，因此同一法規依不同觀點來看可能同時具有許可與禁止，或授予權利與課予義務的雙重性質。以身心障礙者保護法第 4 條及就業服務法第 5 條等規定為例，由禁止或課予義務的觀點來看，法律要求雇主不得從事不合理的差別待遇；由許可或授予權利的觀點，則是賦予身心障礙者免於不合理差別待遇的權利。準此，筆者(2000, 14)認為：基於法律上的評價，既然已經具有身心障礙情形的人應該與一般人具有同等工作機會，則目前尚未出現身心障礙情形的帶因者，因為他們現在的健康狀況優於實際上具有身心障礙情形的人，因此更不應該因為健康因素而受到歧視。

⁹⁹ 524 U.S. 624, 661 (1998). (Rehnquist, C.J., concurring in the judgment in part and dissenting in part).

另一方面來看，即使帶因者可以基於身心障礙者保護法第 4 條及就業服務法第 5 條享有平等的就業機會，但是這是否能對他們提供足夠保障？其實身心障礙者保護法第 4 條及就業服務法第 5 條所保障的權利內容只是一種機會平等。如果帶因者的基因傾向真的不適合工作的性質，則不容易基於平等權而主張對某項工作具有權利。

由於基因傾向而不適合工作的情形可能有：一、對勞工本人有危險，例如工作環境或內容可能誘發職業疾病；二、對他人或公共安全有危險，例如大眾運輸或需要高度安全的設施；三、產業或工作型態的特殊性，如人力訓練成本非常高的行業，員工如果因病提早離職將造成企業無法回收人力資本的投資，或是其他工作上的特殊需要等等。以上這些工作機會平等的例外，或是被認為不屬於侵害機會平等的類型，其實或多或少早就被國內外的勞動法規範所承認。基因科技只不過是提供了一種新的區分方法，因此基因歧視所引起的問題便在於，除了傳統實施的衡量方法，在法律上應不應該准許雇主以基因特徵作為選擇的方法？

第四章 隱私權

第一節 關於隱私權之基本理解

我們在什麼狀況下可以判定一個人具有隱私權，而能在法律上有所主張？我們首先可以知道，如同其他法律權利，隱私權是一種針對特定事物得以有所主張的權利。如同財產權是一種對於財產得以有所主張的權利，隱私權是一種對於隱私得以有所主張的權利。關於財產的概念，我們通常具有相當清楚的理解。然而，對於何謂隱私，以及隱私的概念範圍如何，則我們似乎不容易立刻提出一個清楚的定義。

隱私權的概念發源於美國。而在我國法學界中，對於隱私與隱私權的理解，也深受美國法學所影響。因此在我國既有的一些法學文獻上，隱私與隱私權的內容被界定地相當廣泛，除了個人資訊之外，個人生活空間、身體自主等事項也被學者認為屬於隱私與隱私權的範圍。由法律繼受的觀點來看，參考美國法對於隱私的界定自有相當價值。不過，在個人生活空間與身體自主等事項上，我國法律早有維護住居與人身自由的相關法制，是否有必要援用美國法的隱私權概念處理這些問題，或有見仁見智的商榷餘地¹⁰⁰。

¹⁰⁰ 在我國法學文獻上，贊成廣泛性的隱私權概念，如詹文凱(1998, 214-215)。其他引用美國學者隱私權概念者，如林子儀(2001)。關於隱私權在美國法上所指涉的案例多樣化，Murphy (1996, 2381)指出“The phrase “right to privacy” is a bit of a chameleon. Its uses range from the right to be free from physical invasion of one's home or person, the right to make certain personal and intimate decisions free from government interference, and the right to prevent commercial “publicity” of one's own name and image, to name three.”

關於基因歧視在隱私方面的爭議，我們可以發現主要關鍵在於資訊權，至於身體自主權則不是特有問題，而且也不是最重要的問題。例如，傳統的職場體檢原本就涉及侵入身體取得樣本以及身體自主，然而只要在與工作相關的範圍內合理實施，則不構成違法。而在保險體檢方面，體檢作為準備締結契約的先行行為，是基於當事人同意而實施，因此自然沒有侵害當事人身體自主的問題¹⁰¹。為了切合基因歧視的脈絡，本文關於隱私權的討論將限於個人資訊的自我控制權與他人的利用權問題¹⁰²。

Lebacqz (1998, 240-241) 將基因隱私權的內容定義為：一、個人有權選擇不知本人基因狀態。二、個人有權排除他人知悉其基因狀態。三、基於個人意願排除他人干預基因資訊之使用¹⁰³。為了避免基因歧視，禁止雇主或保險人過問基因資訊，自然是最簡便的方法。在討論基因歧視的文獻中，認為基因隱私所受保障不足，以及呼籲立法加強保障基因隱私，是絕大多數學者的共同意見。然而，為何基因隱私應當受到保障？這個問題在學術文獻中似乎被學者們視為理所當然，以至於學者們多半只是以簡略說法一筆帶過，關於保障基因隱私的理由，以

¹⁰¹ 至於經濟弱勢者因為談判地位上的弱勢而在職場或投保時「被迫」自願體檢，自主性是否受到侵害？關於這個現象，我們仍應以通常的方式理解為屬於自願選擇。否則，當自願概念牽涉過多複雜因素時，將會失去法律運用上的可行性與安定性。

¹⁰² 基於這種目的，在本文中「資訊隱私權」與「資訊控制權」或「資訊利用權」等名詞的差異僅在於觀察的角度不同。當一個人對於自己的個人資訊具有隱私權，則等於具有個人資訊上的排他性控制權。當一個人對於自己的個人資訊不具有隱私權，則意味不具有排他性的資訊控制權，不過，這並不至於使本人有義務對他人提供個人資訊。當然，如果他人對於某人的個人資訊擁有利用權，自然本人就沒有隱私權可以對抗他人獲得資訊。

¹⁰³ 在此值得一提的是，我們應當注意隱私與保密的區分。雖然這二者經常有所關聯，但是在觀念上仍然有差異。由資訊的觀點來看，隱私是一個人對於個人資訊的控制能力，當個人對於個人資訊的控制能力越強，意味著該個人享有更多隱私。因此在維護隱私的關係上，本人與一切潛在獲取資訊的人之間發生資訊控制權的對抗。至於保密，則是個人為了實現特定目的，而將資訊提供特定相對人，而接收資訊者有義務使資訊不為其他人所知。基於這種了解，我們可知基因資訊的隱私不等同於基因資訊的保密。例如，遺傳病患者在醫師之前沒有基因隱私，但是醫師與病人之間仍具有保密關係。所以，法律界定基因資訊隱私範圍的考量與基因資訊保密的考量不同。而關於基因資訊保密的法律也不當然可用於保障基因隱私。

及在何種條件下值得保障基因隱私等等問題，並未受到詳細討論。因此以下本文將針對隱私權與基因歧視的一些問題加以整理。

一、資訊隱私權之功能：真實資訊流通的閘門

關於個人資訊隱私的核心問題是：「在何種條件下，真實的個人資訊可以由他人加以利用或散布？」如果涉及爭議的個人資訊不合乎事實，資訊所指涉的本人原本就可以透過既有的誹謗或妨礙名譽訴訟獲得法律救濟，而不需要以隱私受侵害的立場提出法律上的主張。

我們可以將隱私權理解為用來界定人與人之間關於資訊流通的一種制度性安排。隱私權的大小，正反映了社會對於資訊在個人與他人之間的使用權分配。在個人隱私權範圍之內，利用個人資訊必須得到本人同意；反之，在非個人隱私權範圍，他人可以不經本人同意而使用個人資訊。

顧名思義，隱私通常被人認為是屬於私生活範圍內的事務。所以由一般人的直覺出發，或許我們會傾向於認為，當真實資訊牽涉個人私生活的程度較高時，則屬於隱私權所保障的範圍，反之，則不在隱私權的保障範圍之內。基於這種想法，公私二元論就成為一個被經常引用的判斷標準。準此，如果個人資訊涉及公共領域的事項，則不在隱私權保障範圍之內；反之，不涉及公共領域的個人資訊，則屬於個人得以主張隱私權的對象¹⁰⁴。

雖然以公私二元論界定隱私權的範圍符合一般人的直覺，不過如果加以仔細推敲，卻也不無問題。在人與人之間互動往來方式複雜的現代社會，往往許多事務同時涉及自我與他人，而不容易使用公私二分的方式加以清楚切割。事實上，公與私的二元對立在法學界中早有反對看法。二十世紀偉大的法理學家 Kelsen 在反對公法與私法區分時，已經指出私法有公益性而公法有私益性，公益與私益並不能截然劃分。換句話說，事物本身的利益狀態並不是區分公私範疇的良好理由。

¹⁰⁴ 對於這個問題，詹文凱 (1998, 142-152)則認為，個人在不涉及他人的範圍內可以享有隱私權，至於涉及他人的事項，則不屬於隱私權所保障的範圍。

此外更重要的一點是，即便在相對上我們能夠區分出公共與私人領域，在界定個人資訊支配權的問題上，公私二元論也不當然是一個理想的判斷原則。為什麼？我們首先可以知道，公私範疇的二分來自於社會實踐，是一種社會演化的歷史結果。以公私二元論界定個人資訊的控制權，其實就是把資訊的流通問題套用公私範疇加以處理。然而，經由過去歷史演化形成的公私區分標準，並不一定能夠適切符合界定資訊控制權的規範目的。更何況，某些社會互動的型態以及相關的利用資訊方式根本就不存在於既有的社會空間¹⁰⁵。新型的社會互動既然創造了一種新的社會學意義空間，這種空間究竟屬於公共或私人領域就不是想當然爾就可以立即論斷。此時，訴諸公私二元論認定資訊控制權的歸屬，便顯得有些空洞。由以上分析可知，公私二分的作法其實只是轉換了問題的形式，但是卻沒有完全解決問題。

我們應當根據何種原則控制個人資訊的流通？以社會學家 Luhmann 的觀點來說，我們身處的當代工業社會是一種高度功能分化的社會。如果承認這一點，則與其我們企圖建立一套通用的公私區分標準，並用這套標準處理各種社會領域的個人資訊流通問題，不如具體分析個人資訊在各社會領域中所發揮的功能、個人資訊對社會實踐中的資源、權力分配有何影響，以及公共政策應當採取何種立場。

二、個人資訊對個人的意義與對社會的意義

關於個人資訊的隱私權，有二個重要的問題需要釐清：個人資訊對於他人具有哪些影響？個人資訊對於本人具有何種意義？

在隱私權的相關文獻上，隱私權支持者往往訴諸維護人格、自主，或個人私生活不受干涉等理由，而主張應對於個人資訊提供法律保護。如果進一步分析這些各式說法，我們可以發現，其實這些論點的基礎都來自於強調個人價值的立

¹⁰⁵ 例如隨電腦資訊科技發展所形成的人機空間(Cyberspace)。Cyberspace 這個完整的字，則是吉布生(William Gibson)在1984年寫的小說Neuromancer中第一次加以使用，形容一種由人類與機器共同組成的空間。

場¹⁰⁶。為什麼個人資訊會影響資訊所指涉者的人格、自主、生活，乃至於個人價值？資訊只不過是資訊而已，資訊所指涉的事件、行為或經驗本身，才是直接影響人格、自主、生活，乃至於個人價值的因素。既然事件、行為或經驗已經存在，為何當事者有權利不讓他人獲得真實資訊？如果僅僅訴諸人格、自主或個人價值等等抽象理念，並不能幫助我們看清問題的關鍵。

Posner (1983, 232-233)曾經針對隱私的功用提出一個直接了當的回答：控制個人資訊的目的在於操弄他人對自己的觀感或社會評價。這種論點或許乍看之下相當唐突，但是卻掌握了人類是社會性動物的重要特徵。正由於我們是社會性的存在，並非是生活在真空中的個人，所以隱私或隱私權的概念必須預設他人的存在，如果沒有他人，則隱私乃至於個人人格並沒有意義可言¹⁰⁷。

在我們的日常經驗中可以輕易觀察到，為了與他人從事各種經濟性或社交性往來，人們通常會保留某些對自己不利的個人資訊，以博取他人認同，而有助於實現自己與他人從事交往的種種目的。這種現象在社會生活中屢見不鮮，而在商業、職場、求學與婚姻上更具有重要的涵意。Posner更指出。由於他人對我們的評價取決於他人的內心想法，然而我們沒有權利操控他人的思想，因此個人對於他人加諸自己的評價沒有權利可言，從而個人沒有控制資訊而操弄別人對自己觀感的權利(Posner 1983, 252-253)。他甚至主張，當人們在求職、申請貸款、或婚姻時拒絕提供個人資訊時，應當視同詐欺(Posner 1983, 237-238)。

由Posner這個觀點看來，隱私權是個人可以隱匿真實資訊的工具。當人與人之間的各種往來無法基於充分的屬人資訊進行時，將會影響到當事人之間對於他方在資格條件等特徵上的評估正確性。如此一來，隱私權成為妨礙人際往來效率的障礙。

當然，保留個人資訊以影響他人對自己的印象，並非完全沒有正面價值。例如，許多富人很可能不希望他人知道自己的身份，以避免許多無謂困擾，如慈

¹⁰⁶ 關於保障隱私權理由的各式理論，見詹文凱(1998)與林建中(1999)。關於訴諸於自我人格的形成或個人尊嚴作為保障理由，資訊自決權方面，見李震山(1997)；隱私權方面，見詹文凱(1998, 179-200)。

¹⁰⁷ 因此 Posner 抨擊了美國法上關於隱私權理論最早的「獨處權」(the right to be let alone)。想要在遺世獨處的人其實屬於鳳毛麟角，一般人們所企望的乃在於透過選擇性地揭露資訊而操弄周遭世人的態度(1983, 234)。

善捐款的要約，乃至於遭受搶劫或綁架勒贖的風險。不過除此之外，是否表示個人資訊隱私就不應該受到法律保障？

關於這一點，Murphy 指出，除了與他人交往的名聲之外，隱私可以有二方面的意義。第一種意義是個人對於隱私的純粹偏好，而與他人對自己的觀感無關，例如有些人希望與世隔絕，因此不願他人知道自己的個人資訊。而第二種意義則是隱私具有所謂的「動態效果」(dynamic effect)，例如當人們想要從事某些不同於社會常規的活動時，如果他們預期到個人資訊可能外流的話，他們將會放棄從事這些活動。因此隱私權的保障可以有助於社會的多樣性，使人可以隔離於通行社會規範之外從事個人活動(Murphy 1996, 2386-2387; 2393-2399)¹⁰⁸。

基於以上的分析，我們可以發現隱私具有三種意義：一、個人名譽資本，有助於實現個人與他人從事交往的目的；二、純粹個人偏好；三、對於個人行為的社會控制。在以上的三種意義中，純粹個人偏好所反映的是隱私對於當事者本人的價值。但是在第一種與第三種情形下，隱私所促成的其他目的或後果則具有個人主觀隱私偏好以外的其他意義，而同時涉及社會利益。當然，以上三種意義有可能同時存在於某個具體事例之上。例如，在第一種與第三種情況下，當事者個人也會對本人的隱私賦予主觀價值，只不過這不是唯一的重要考量。其次，當社會藉由揭露個人資訊的方式控制社會成員的活動，或者藉由保障隱私而使社會成員有更多意願從事某些活動時，則個人的名譽資本也會受到資訊流通與否所調節。

三、隱私本身的價值與因隱私產生之影響

基於對隱私三重意義的了解，我們可以更深入地討論隱私權的界限。如果我們僅僅根據人性尊嚴或人格價值等等抽象理念處理個人資訊使用權，則不容易

¹⁰⁸ 隱私對於行為的動態效果，可以分成積極與消極的效果。關於某些活動，如果可以確保從事這些活動的相關訊息不為人所知，則或許可以增加人們從事活動的誘因。例如後天免疫缺乏症候群（AIDS；愛滋病）的檢查，如果可以實施匿名檢驗，則可以增加高感染風險人士接受檢查的誘因，而有助於傳染病的預防與治療。反之，如果行為的資訊會被公開，則將增加行為人的行為成本。例如，當法律要求公務員本人與特定親屬必須公開財務資訊，則會增加公務員利用職務從事違法金錢往來的成本，從而降低貪污舞弊的發生機會。

細緻地論證出個人資訊受保障的界限。例如，公職人員財產申報法限制了公職人員的個人財務隱私權¹⁰⁹，難道是因為他們的人格比其他人更低，以至於個人財務資訊不值得受法律保障？很顯然不是。同理，對於經由性行為感染後天免疫缺乏症候群的患者，法律規定他們必須提出性行為對象的資訊¹¹⁰，因此在這項範圍內，他們沒有一般人的性生活資訊隱私權。當法律使他們在這方面的隱私權比一般人更少，也不是以他們的人格比較低作為立法理由。由這些例子可以清楚看出，隱私權界限與人格價值沒有必然關聯。在社會中維護人格的建構自然個人追求隱私的動機之一，但是個人追求隱私的動機卻不當然必須與法律上界定隱私權範圍的問題混為一談。

我們應當注意，權利爭執之所以出現，乃是來自於一個人的行為對他人產生影響。如果一個人的行為對他人毫無影響，則根本不會有任何關於權利的糾紛，自然也就沒有界定權利的必要。例如，當一個人綁鞋帶的方式不會對他人產生影響，法律便沒有必要特地針對個人綁鞋帶的方式界定權利。不過，當一個人的行為對他人產生影響而出現糾紛時，這時候我們首先應該體認到這種人與人之間的糾紛具有 Coase (1960) 所謂的相互性(reciprocal nature)。在發生人際衝突時，其實只要某一方不存在就不會出現紛爭，紛爭的發生是二方同時存在所共同導致的結果。當我們面對權利界定的糾紛時，除了傳統上我們根據習慣或直覺認定誰對誰錯的思考模式之外，我們更應該去思考如何使人與人之間往來所引起的

¹⁰⁹ 公職人員財產申報法第二條：「左列公職人員應依本法申報財產：一、總統、副總統。二、行政、立法、司法、考試、監察各院院長、副院長。三、政務官。四、有給職之總統府資政、國策顧問及戰略顧問。五、簡任第十職等或相當職等以上各級政府機關首長；公營事業機構相當簡任第十職等以上首長及一級主管。六、公立各級學校校長。七、少將編階以上軍事單位首長。八、依法選舉產生之鄉（鎮、市）級以上政府機關首長。九、縣（市）級以上各級民意機關民意代表。一〇、法官、檢察官。十一、警政、司法調查、稅務、關務、地政、主計、營建、都計、證管、採購之縣（市）級以上政府主管人員，及其他職務性質特殊經主管院會同考試院核定有申報財產必要之人員。縣（市）級以上公職候選人準用本法之規定，應於選舉登記時申報。」

¹¹⁰ 後天免疫缺乏症候群防治條例第九條第一項：「感染人類免疫缺乏病毒者，有提供其感染源或接觸者之義務；就醫時，應向醫事人員告知其已感染人類免疫缺乏病毒。」

損害降到最小¹¹¹。經過這層思考之後，或許我們便比較能夠理解，除了強調「個人」的尊嚴或價值之外，界定權利¹¹²無法免除對於他人的考量。

基於這種認識，我們可以初步整理出一些看法：一、個人資訊對於本人具有主觀價值，因此構成一種利益。二、在社會互動的情境下，人對於相對人的個

¹¹¹ 關於使用資源引起的相互衝突，Coase(1960)開宗明義即強調應該摒除一方侵害他方的傳統單向思考模式，而必須以相互性的方式分析權利界定問題。

¹¹² 傳統法律思考通常以「賦予權利」、「限制權利」或「剝奪權利」的觀點看待解決人際糾紛的方式。不過，基於人際紛爭的相互性觀點，其實這些作法是同一種作法的不同形式。當 A 與 B 二人在利用資源或決定個人行動方式上發生衝突時，如果我們應當由 A 使用資源或決定行動方式，不論是賦予 A 特定權利，或是限制、剝奪 B 的既有權利，這些差異只是法律技術上建構方式不同，但是就分配資源與解決行動衝突的一般性觀點來看，則具有相同意義。

如果就抽象的權利理論來看，「賦予權利」與「限制權利」或「剝奪權利」的差別，來自於以權利積極要件或消極要件的表達形式差異。任何權利都同時具有積極要件與消極要件。當人與人之間發生權利衝突時，而必須決定權利的範圍時，如果由積極要件的觀點來看，則我們是在賦予權利，但是如果由消極要件的觀點來看，則我們是在限制或剝奪權利。由於積極與消極要件都可以透過他方加以定義，當積極要件所規定的內容存在時，必然指涉消極要件所規定的內容不存在；而消極要件所規定的內容存在時，必然指涉積極要件所規定的內容不存在。因此不論以積極或消極觀點陳述權利範圍，權利的內容均相同。基於以上立場，本論文使用「界定權利」的說法包含賦予權利、剝奪權利或限制權利的情形。

之所以法學家強調「賦予權利」、「限制權利」與「剝奪權利」的差異，主要原因來自於法律體系建構上的技術因素，而這些因素可以用來在處理法律案件時作出細微的法律效果區分。例如，如果我們將著作權法上「合理使用原則」認為是著作權在內容上的消極要件，則將導出著作權人在他人合理使用範圍限度內不具有著作權的結論，並認為「合理使用原則」賦予利用人使用著作的權利。反之如果認為「合理使用原則」不是著作權內容上的消極要件，而只是著作權的行使效力限制，就會支持「合理使用原則」是一種阻卻構成侵害著作權的抗辯手段，並未賦予他人免費使用著作的權利。不過，就資源利用的抽象觀點來看，這二種解釋方式具有相同意義：在合理使用範圍內，他人可以不須經過授權而利用著作，亦即可以不事先經過著作權人同意而使用著作。在理論層面上，以上這種具體層次的法律技術建構方式差異，卻無法幫助我們釐清「合理使用原則」的適當範圍何在。因此，為了研究如何處理資源分配爭議，我們可以先將注意力集中於探討如何藉由「合理使用原則」合理分配著作資源的使用，而暫時不拘泥於法律技術層面的細節。

基於以上立場，本論文對於分配權利採取抽象性的討論，而不具體處理法律技術建構上的細節，因此一概以「界定權利」概括所有「賦予權利」、「限制權利」與「剝奪權利」情形。此外值得說明的是，在本論文中，界定權利是在抽象的層面上描述分配權利、義務的過程與結果。至於界定權利的具體形式，可以由立法或司法解釋、判決加以實現。

人資訊也有需求，因此就相對人的個人資訊也賦予一定的主觀價值。三、個人資訊的使用衝突，表示了不同人之間的主觀價值衝突。四、除了直接影響個人在社會中的自我形象建構與他人觀感，個人資訊也會影響某些行為發生或不發生的機會。如果以更抽象的角度觀察，我們可以將考量隱私權範圍的因素分成二類：一、隱私本身的價值，以及二、因隱私產生之影響（包含隱私的名譽資本效果以及隱私與行為之間的動態效果）¹¹³。

從法律觀點來看，在何種條件下使用個人資訊構成侵害隱私權？何種情形下使用個人資訊不構成侵害隱私權？在何種條件下，個人對於本人資訊的利益足以成為一種法律所保障的權利？根據法學方法論，我們知道隱私或隱私權是一種不確定法律概念，構成要件的界限有待於進一步加以確定。依筆者所信，論斷隱私權的法律保護範圍，應當同時權衡隱私本身的價值以及因隱私產生之影響。

以上這二種價值的相對輕重如何？當以上二者間彼此衝突時，二者的相對輕重與效力高低，就成為判斷個人資訊流通的重要關鍵。在一些社會情境之下，我們可以訴諸既有的社會慣例處理。例如，當二人彼此間論及婚嫁時，一方對於他方的個人資訊加以收集，應不構成侵害隱私，這是因為如此有助於雙方能夠審慎締結婚姻，以免輕率的婚姻造成當事者與社會的不利後果；或當二人計畫共同合夥經商時，一方應有權利知悉他方過去的財務信用。但是關於日用品買賣的一次性交易，賣方要求買方提供詳盡個人資料，顯然就不符合社會慣例，因此有不當侵害隱私之虞。或者，當人行走於公共道路上，應當沒有隱私權可以要求他人不加以觀看；不過，當人置身在個人住宅內，則有權要求他人不加以刺探¹¹⁴。

在沒有社會慣例可供參考的場合，我們就比較不容易權衡隱私本身的價值與因隱私產生之影響。例如，企業經營者察看員工的電子郵件，如果雙方沒有事先在僱傭契約中加以規範，我們很難在這個現象開始出現時立即斷定個人資訊的使用權歸屬。同理，在基因歧視的脈絡下，究竟保險人或雇主使用基因資訊是否

¹¹³ 關於這個區分的重要性，筆者受了 Ruiz (1998)之啟發。

¹¹⁴ 在某些社會情境下，或許公共／私人領域的區分已經成為界定個人資訊使用權的社會慣例。不過，在社會慣例可供參考的場合，這項區分則無法充分提供界定個人資訊使用權的參考標準。

構成侵害隱私權，也不是想當然爾就可以得出答案。此時我們需要對於基因隱私在保險與就業等脈絡下從事反省性與批判性的檢討，才能釐清相關問題癥結¹¹⁵。

第二節 隱私權與保險領域中之基因資訊流通

就商業性的人身保險而言，保險人與要保人處於資訊不對等的狀態。為了避免資訊不對等導致逆選擇現象，保險人只能訴諸體檢與要求誠實說明等方法獲得契約相對人的人身資訊。本文先前已經提到，在生命科學上來看，基因資訊與非基因資訊並沒有絕對的界限。而在保險市場中，基因資訊與非基因資訊也沒有顯著的差異，例如保險業傳統上使用的個人醫療資訊也不無預測未來疾病的功能，某些傳統醫療資訊也會顯示出個人與家族的遺傳，而許多傳統醫學檢驗的結果也可能影響當事者本人的自我認同，也是當事者所不願告人的事實。

既然基因資訊在保險上並沒有重大特殊性，而在生命科學上也有區分上的模糊性，為何許多論者仍然試圖建構出基因隱私特殊性的種種論述？

關於這一點，我們可以藉由區分「隱私本身的價值」與「因隱私產生之影響」加以理解。在保險脈絡下，「基因隱私本身的價值」與「傳統身體資訊隱私的價值」之間並沒有太大差異。換句話說，基因隱私並沒有重大的特殊性。然而，如果在保險上不針對基因隱私實施特殊的差別待遇，將可能使得某些帶因者喪失與一般人相同的投保機會。由此我們可以清楚看出，「受基因隱私所影響的價值」，亦即帶因者的投保機會，其實是爭論保險基因歧視的重要關鍵。至於基因隱私，則是作為保障帶因者獲得一般投保機會的手段。當然，基因隱私本身並非

¹¹⁵ 在科技與社會事務快速變遷的時代，新生事物往往涉及了重新界定人我之間資訊使用界限的隱私權的問題。不過，在人與人之間互動往來方式複雜的現代社會，是否能夠用抽象的隱私權概念一概處理不同社會領域的資訊支配權問題？隱私權概念的運用是否會忽視了社會不同部門的運作原理，而扭曲了社會資源的分配？針對這項問題，何建志（2000, 18-19）提出了多元性的隱私權概念，主張隱私權的內涵、強度與界線，應取決於不同的生活與社會領域而異，而沒有單一而適用於所有場合的隱私權界線。至於個人資訊決定權的範圍，應取決於各種生活領域或社會部門中的關係特徵。

毫無任何價值。只不過，在精細論證的過程當中，我們應當留意，基因隱私同時具有本身自為目的的價值，以及服務於其他目的的手段價值。

在投保時，要保人有無基因隱私權可以對抗保險人要求基因檢驗或查看基因資訊？如本文先前所述，論斷隱私權的法律保護範圍，應當權衡隱私本身的價值以及因隱私產生之影響。

在保險脈絡下，隱私本身的價值在於被保險人對於個人基因資訊的主觀價值。被保險人在保險脈絡下有何隱私權可以主張？依據既有保險慣例與相關法令，保險人原本就有實施體檢與查看病例的權利。因此，支持基因隱私的論者便往往訴諸於基因資訊的特殊性，以反對既有的保險實務慣例運用於基因資訊。不過，如本文先前所述，基因資訊特殊性的論點並不具有高度的說服力，甚至可能流於基因決定論的迷思。

基因隱私所影響到的價值主要有二方面：一、帶因者以一般費率購買商業性保險的機會，或者更抽象地說，是帶因者能夠獲得免於疾病威脅且維持生活品質的機會；以及二、商業性保險市場免於逆選擇威脅，而能健全運作的價值。

在一個社會當中，使人人都能夠獲得醫療保障是一項值得追求的理想。不過，為了實現這個目標，商業性保險並非是唯一可用的社會制度。在我國以及歐洲許多國家，都已經建立普遍性的社會保險制度，而能夠在一定程度上滿足全體社會成員獲得醫療照顧的需求。因此，在同時具有普遍性社會保險以及私人商業性保險的社會，是否容許保險人實施基因歧視或使用基因資訊，必須考量這二套社會制度在功能上與社會意義上的差別。

假設社會保險制度給付基因檢驗費用，並且給付控制或治療遺傳疾病的費用，試問可能或實際的帶因者採取何種行為？他們會為了維持自我認同或保守基因隱私，而拒絕從事基因檢驗？如果社會保險機構與指定醫療機構能夠遵照現行一般的醫療資訊保密要求，不將基因資訊洩漏於其他人，則我們有很好的理由可以相信，除了少數不治之症如亨汀頓氏症帶因者之外，絕大多數可能的帶因者將會願意接受基因檢驗，而帶因者也不會拒絕社會保險機構與相關醫療機構在業務必要範圍內使用他們的基因資訊。如果以上的論點可以被接受，則可以支持本文先前的說法，亦即，在商業性健康保險脈絡下，基因隱私是作為保障帶因者獲得一般投保機會的手段，基因隱私本身並不具有特殊的價值。

在具有社會保險制度的國家，有必要保障帶因者以一般價格購買商業性健康保險？由於不同國家的社會保險在保障範圍上有所差異，因此這個問題的答案或許因地而異，也需要進一步的實證研究支持。不過，我們還是可以在抽象理論上從事一些初步的分析。

首先，當我們禁止保險人取得被保險人的基因資訊，即是排除保險人根據基因評估被保險人的健康風險。如此一來，基因隱私成為干預商業保險市場的法律手段，而干預目的在於使帶因者獲得與一般人相同的保險機會。當人身風險較高的帶因者可以在一般費率下購買保險，其實就是使風險較低的人補貼高風險者的保險費，亦即形成了所謂的「交叉補貼」現象。這種交叉補貼發生在購買同一種保險商品的社會成員之間。相對地，如果是透過社會保險滿足帶因者的保險需求，雖然也會發生交叉補貼，但是從事交叉補貼的資源來自於全體社會成員。由分配效果來看，如果我們認為滿足帶因者的保險需求是全體社會的義務，而不是只有某一部分社會成員應負擔的義務，則理論上應選擇社會保險而非商業性保險達成這項目的。

其次，如果我們承認商業性保險比社會保險制度更能夠推出多樣化的保險種類，且更能靈活反應不同人士的保險需求，則我們不宜輕易扭曲商業保險的市場機制，以免妨礙商業保險市場的效率與消費者福祉。如果禁止保險人使用基因資訊，有可能引發逆選擇破壞商業保險市場運作的威脅。即使商業保險市場可以承受一定程度的逆選擇而繼續運作，但是在效率上可能還是會受到影響。因此由效率觀點來看，以社會保險滿足帶因者保險需求，可以避免影響商業保險市場的效率與消費者福祉。

基於以上觀察，筆者在此的初步結論是：一、在商業性健康保險脈絡下，基因隱私是作為保障帶因者獲得一般投保機會的手段，基因隱私本身並不具有特殊的價值。二、為了保障帶因者保險需求，使用社會保險制度比較能夠達成負擔分配的普遍化，且禁止使用基因資訊將妨害商業性保險市場的效率。

第三節 隱私權與職場基因資訊流通

在就業關係中，這是一種勞資雙方彼此交易勞動與薪資的領域。既然這是一種交易關係，則當事人是否願意建立關係的考量，應當是在於對交易內容的評價。原則上唯有雙方對交易內容都認為合理時，才会有交易的發生，而強制勞動或強制雇用的情形則是例外。在職場基因歧視的脈絡下，雇主有無取得基因資訊，可能會影響他對於受僱人生產力或生產成本的評價，可是適合用隱私權來加以干預？如果禁止雇主取得受僱人的基因資訊，形同使雇主處於一種「基因盲」的狀態，換言之，即禁止雇主根據基因來評斷受僱人對他經營事業的影響。

我們應當阻止基因資訊在職場流通？由Posner對於隱私權的一般觀點可知，他將會反對這種作法。而Epstein則更具體地主張，固然基因歧視是科技發展帶來的新現象，但是仍然屬於人與人之間的老問題。而遺傳疾病與一般的不幸事件並沒有任何不同，帶因者並不具有隱匿基因資訊的特權¹¹⁶。因此，使帶因者享有隱私權即是使他們能夠有權從事不實陳述(misrepresentation)，而這與謊報年齡一樣都是屬於虛偽陳述或許欺(Epstein 1994, 12-13)。至於容許取得受僱人基因資訊是否會導致雇主的不理性行為？Epstein認為，尋求自利的雇主不致於歧視基因條件對經營成本沒有影響的勞工。不過，對於基因條件有較大風險的人，雇主則會有誘因加以歧視，而這是理性的反應。Epstein更進一步以過去反性別歧視的法律為例，認為這些法律強迫雇主不分成本差異而雇用勞工反而才是不理性(Epstein 1994, 18)。

或許有人會質疑，一旦法律不預設保障個人可以隱瞞個人資訊，則有可能引起他人基於這些資訊做出不理性反應。對這個問題Posner的回答如下：首先，自由市場中的競爭會消除不理性反應。例如，當某個前科犯或同性戀者是良好的工作人員，在他們的個人資訊被揭露時，許多雇主可能基於偏見而不加以錄用。可是，如果其他雇主可以用低於平均薪資的價格雇用他時，則相對於有偏見的雇主，這些捐棄成見的雇主可以享有競爭優勢。在一個多樣化、競爭性與分權的社會中，不理性的反應會隨時間而式微。其次，不理性的反應本身會付出代價。例如，當朋友、債權人或雇主對於某人的資訊反應過度而不與他往來時，則他們本

¹¹⁶ 字體強調為筆者所加。

身也會付出一定代價，因此這可以對不理性反應發生矯正作用(Posner 1983, 235-236)。¹¹⁷

當然，Posner 所舉以上理由之所以能成立，最主要還是依賴於對人類理性的看法。如果要反對 Posner 的主張，則必須假設人在從事商品交易與人際往來時的理性不一樣，換言之，在前一種情形人比較理性，而在後一種狀況下人比較不理性。可是，僅僅因為行為的對象差異而導致同一人的理性程度變化，這種假設其實並不合理。關於影響人類決策正確性的因素，比較合理的解釋是在於資訊的充分與否，而不在於理性能力的變化。例如，在比較有經驗的交易事項中，人們的決策會比較精準地對應於個人的價值與期望，反之，在比較沒有經驗的情形，則比較可能出現誤差。既然影響決策正確性的主要因素是在於資訊而不是理性程度，因此資訊不充分導致的影響可以透過競爭而減少。在自由市場中，價值被低估的人、事、物可以經由競爭而逐漸達到應有的價格水準^{118 119}。

如同基因隱私具有干預保險市場的效果，基因隱私也有干預勞動市場的效果。如同基因隱私在保險領域中可以作為實現交叉補貼與社會保險目的的手段，藉由禁止雇主知道應徵者或員工的基因資訊，基因隱私在職場中可以發揮保障帶因者工作機會的功能。我們有必要以基因隱私禁止雇主根據基因資訊進行人事決策？根據本文先前使用的分析架構，在職場脈絡下，論斷隱私權的法律保護範圍，應當權衡隱私本身的價值以及因隱私產生之影響。

在職場脈絡下，基因隱私本身的價值在於受僱人對於個人基因資訊的主觀價值。不過，依據既有勞工安全衛生法令與慣例，雇主原本就有實施體檢的權利。當然，如果實施體檢的目的與職場衛生安全或商業必要性無關，雇主不得濫用體

¹¹⁷ Posner 在這裡的論點可追溯自 Becker (1971)。

¹¹⁸ 關於人類在從事商品交易與人際往來時均具有相同的理性，見 Posner (1983, 237-238)。關於不理性與資訊不充分的區別，見 Posner (1983, 236-237)。

¹¹⁹ 當我們在設計言論自由的法律制度時，通常是預設人具有足夠的理性處理資訊。否則，如果我們預設人沒有足夠的理性處理資訊，則會使我們傾向於認為人很容易受到「不良」資訊所蠱惑，因此為了維護大眾權益我們應當限制言論自由，或者為了維護國家安全與社會利益應當從事言論審查。正因為我們預設人類處理資訊時具有理性，因此不論是涉及高度意識型態的政治問題（例如族群或外交政策），或者涉及高度不確定性的科技問題（例如核能或遺傳工程），法律都應該

檢。因此，如果我們承認雇主原本就可以基於職場衛生安全或商業必要性而探知受僱人的生理資訊，既然基因資訊是生理資訊的一種，則是否禁止基因資訊在職場流通，應當由支持基因隱私權的論者負擔說理上的舉證責任。

我們如何權衡職場基因隱私的合理界限？筆者相信，個人基因隱私在職場工作機會的分配上並不是具有特殊重要性的考量因素，因為向來我們已經承認雇主使用體檢篩選員工的權利。基因隱私在職場中的價值，主要應不在於隱私本身的價值，而在於隱私所影響的其他價值。

在就業市場中，基因隱私所影響到的價值主要有二方面：一、帶因者的工作機會；以及二、職場衛生安全，以及雇主經營事業的效率。

使帶因者獲得與一般人相同的工作機會，能夠實現何種利益？在現代社會中，職業對於一個人而言具有多重的重要意義。首先，職業是現代社會中人們獲得經濟資源的最主要管道。藉由交易勞動，個人獲得金錢維持生活所需的開銷，並且可以藉由各種消費建立起個人的生活風格。其次，職業是現代社會中個人建立自我認同的重要社會制度。現代人通常都以職業身份作為自我認同的基礎，並以這種身分認同與他人從事互動。當一個人失業，不但失去生活上的經濟基礎，更會陷入自我認同的危機。此外，失業不但對於個人，對於家庭甚至於社會安定也都有影響。如果允許基因資訊在職場流通，則帶因者在職場上遭遇不利待遇的可能性將會增高，從而使個人自我認同與經濟安定遭受威脅。

基於社會政策立場，為了促成社會安定，賦予受僱人基因隱私權對抗雇主，是一個比較好的選擇？由社會整體的就業狀況來看，基因歧視的主要效果或許不至於使社會總體就業機會變少，而只是使職場機會的分配發生變化。由於就業市場具有競爭性，當一個人獲得工作機會，等於其他人失去工作機會；當一個人的工作機會受到限制，等於其他人有更多工作機會。然而，在當今流行的倫理與人權標準下，我們通常預設每個人身為人格主體的價值具有等值性。如果我們接受人格等值性的前提，則我們很難預設立場主張何人比其他人更有資格獲得特定工作。換句話說，身為帶因者的事實，並不必然使帶因者比其他人更有資格獲得工

鼓勵資訊的流通，而非限制資訊的流通。不過，我們有沒有任何理由可以在設計資訊隱私法時預設人沒有足夠理性處理資訊？

作。即使一個帶因者因為雇主得知基因資訊而喪失工作上的機會，並且導致個人自我認同與經濟上的損失，但是其他人卻可以得到這個工作上的機會，而有助於建立自我人格認同與獲得經濟利益。由於社會太過複雜，當我們站在整體社會的角度觀察，很難說帶因者獲得工作上的機會必然在價值上優於其他人獲得工作上的機會。誰有資格獲得特定工作的問題，或許最好還是交由市場競爭機制處理。

容許在職場中使用基因資訊，是否會助長「完美勞工」的迷思？由於人人都會有生老病死，要求人類成為完美機器不是一個合理的期待。因此我們不應鼓勵雇主一味追求完美勞工，而以苛刻標準要求員工的表現。不過，就業市場是一個競爭性的市場，當多數人競爭同一個職位時，我們有理由不允許雇主挑選「相對上」比較好的人選？如果職場人力資源的分配邏輯就是以生產力作為衡量標準，則基因隱私並不相容於這套產業邏輯。

另一方面來看，允許以基因資訊篩選員工可以產生哪些利益？首先，這可以減低受僱人因為體質因素產生職業病的可能性，尤其是在工廠，或是有污染源、病原的環境。這是受僱人、雇主，乃至於第三者都可以享受的利益。其次，這可以增加雇主運用資源的效率，這種利益則主要由雇主獲得。由此可知，使用基因資訊可以增進就業市場分配人力的效率。但是因為效率提高而產生的利益，在分配上卻可能引發爭議。我們可以想像，當雇主根據基因資訊而節省使用勞動力的成本，同時卻有某些帶因者遭受不利待遇，這樣的畫面的確會使得一般人在情緒上難以認同。

基於以上的觀察，筆者對於職場中基因隱私的一些初步意見如下：一、個人基因隱私在職場工作機會的分配上並不是具有特殊重要性的考量因素；二、職場中篩選員工的標準是生產力，而基因隱私會干預雇主對於員工生產力的評估；三、關於使用基因資訊而產生的利益，並非均等地歸於雇主、受僱人與其他第三者，因此需要加入分配正義的考量加以處理。關於分配正義的問題，本文將在以下第六章相關部分加以交代。

第四節 小結：基因歧視與隱私權範圍之界定

基於以上對於隱私權基本法理的討論，以及分析基因隱私在保險與就業領域的影響，我們可以得到以下幾點結論：

一、界定隱私權範圍應從事價值權衡

如果沒有人與人之間在行動方式與使用資源上的衝突，我們不需要使用法律上的權利概念解決紛爭。權利與衝突是無法彼此分離的概念，而界定權利的範圍則取決於我們如何解決衝突。當我們處理人際間使用個人資訊的衝突時，即使我們都承認隱私對於個人具有重要性，但同時我們不應否認限制使用個人資訊對於他人也會造成影響。為了確定隱私權的合理範圍，我們必須同時考量隱私本身的價值與隱私所影響的價值。至於判斷個人在特定的社會關係中是否擁有隱私權，我們應當針對賦予隱私權與不賦予隱私權的相對優劣加以理性評估。以上的論點對於討論隱私有一個重要的涵意：隱私具有相對上的重要性，而不是絕對的重要性，因此不必然在任何條件下均優於其他利益。

二、基因隱私影響保險與就業關係的運作原則

究竟誰有權利可以獲得保險與工作機會？關於這種分配資源或機會的問題，保險與就業制度已經存在一些既有的分配法則。在法律承認保險人與雇主有營業自由或使用財產自由的限度內，只要取得資訊的方法不涉及強暴、脅迫、詐欺、竊盜或侵害他人的人身與財產，我們也應當承認保險人與雇主在營業上有權利獲得必要的資訊。賦予基因隱私權，將會限制保險人與雇主獲得資訊，並影響他們從事營業決策的能力，進而干預保險與就業制度中的分配資源或機會的方式。

當然，直接以法律干預市場運作或許可以減少帶因者的因為基因歧而喪失機會的情形。不過如此一來，如本文先前所指出，可能會導致成本轉嫁對第三者造成非預期性的不良後果，或是引起社會資源的使用扭曲。為了實施這些法律規定，也必須增加其他社會支出，例如建立一套將基因資訊與非基因資訊分別處理或保管的醫療資訊檔案系統。最重要的是，在法律體制的設計方面也會出現許多複雜問題：一、我們首先必須界定何謂「基因資訊」與「基因檢驗」，才能確定

法律適用的範圍。但是何謂「基因資訊」¹²⁰或「基因檢驗」¹²¹？這些概念的內涵並不確定，也沒有一個絕對的判斷標準¹²²。二、我們必須決定與基因資訊相關的種種權利義務關係，例如，許可或禁止取得基因資訊的各種條件，以及許可或禁止根據基因從事差別待遇的各種條件。因此，以隱私權保障個人不因為基因而受到不利影響，在可行性上必須加以斟酌。

¹²⁰ 雖然在美國很早就出現對保障基因隱私權的關心，但美國聯邦國會迄今為止並沒有通過任何保障基因資訊或基因隱私權的立法。而在近年來國會議員推出的許多立法草案中，對於基因資訊的定義都互有出入，這反映出了以法律進行強制干預時不易拿捏適當範圍的困難：如果定義太狹窄，則保障不足；如果定義太廣泛，可能造成其他反效果。

¹²¹ 基因檢驗與其他醫學檢驗有何不同？究竟是方法上的差異或對象上的差異？認知人的基因狀態並不一定僅限於直接分析染色體或 DNA 分子，我們也可以使用其他生化檢驗的方式推論出特定基因的存在或不存在，甚至可以使用顯像造影的物理原理加以判斷(如 X 光)，是故基因檢驗與非基因檢驗的區分有模糊性。美國人類遺傳學會(ASHG)於 1995 年即認為二者之間沒有明確界線(AHC 1995: 327)。英國政府的基因檢驗諮詢委員會也承認基因檢驗與其他檢驗之間沒有絕對區分，而且在臨床應用上二者的區分逐漸模糊(ACGT 1998, 13)。反對區分這二者的其他理由，另見 Zimmern (1999)。

¹²² Rothstein *et al.* (1998)體認到這種定義上的困難，因此建議反就業基因歧視的立法不適宜正面定義基因檢驗或基因資訊，而應當由反面定義方式，禁止雇主取得與工作無關的醫療資訊。

第五章 平等權

第一節 關於平等權之基本理解¹²³

一、平等概念之空洞性

我們可不可允許根據基因從事差別待遇？本文先前已經就這個問題提出一些初步的評論。不過，為了更清晰地分析基因歧視的合法性，我們有必要在更一般性的層面上理解平等與侵害平等在規範上的意義。

平等問題的發生，來自於資源與負擔在分配上發生爭議。當人與人之間發生爭議，固然顯示了某個人的意志與其他人的意志相衝突。不過，人際紛爭同時都涉及了誰可以享有利益或機會，以及誰應當忍受不利益或有所犧牲的問題。由這個角度觀察，我們可以發現，任何法律問題都有資源與負擔分配上的涵意¹²⁴。

然而，平等卻是向來法學與倫理學上最難解的問題之一。學術界早就公認並不是凡有差別待遇即構成不平等。換句話說，差別待遇本身是一種事實，並不

¹²³ 關於本文以下對於平等所做的一般性分析，部份內容取自何建志(2001)。為了避免引註繁冗，因此不一一加以標示。在該文之中，筆者闡述了平等在法律制度上如何運作的一般理論。

¹²⁴ 為了進行一般性的理論分析，本文在此以廣義的方式使用資源概念，包括具體、物質方面資源，也包括抽象上、制度上的機會或地位。

必然違法，也不必然構成反平等。不過，關於如何區別違反平等與不違反平等的差別待遇，則引發了學者之間爭執不休。

在平等理論的思想史上，來自於Aristotle (1999)的公式「等者等之」是一個向來經常被引用的平等概念。不過，Westen(1982)則清楚地說明了，平等是一個沒有自身實質內涵「空洞觀念」(empty idea)¹²⁵。Westen主要想說明二件事情：一、在邏輯上，平等的主張其實是訴諸於某種平等以外的價值規範。二、將其他價值以平等之名加以主張造成了嚴重的概念混淆。

關於第一點，Westen (1982, 543-547)認為Aristotle的平等公式是一種空洞而形式化的同義反覆(tautology)。我們可以在其中發現一個循環論證：所謂「等者等之」意味著先指認出相等者，然後再實施相同待遇。但是何謂相等者？如果相等者就是「那些應該受到相同待遇者」。那麼，我們就落入了觀念上的惡性循環，而平等就只不過是一個沒有實質內涵的空洞容器。很明顯的是，如果沒有援引平等之外的道德標準，平等本身不能告訴我們應當如何判斷平等或不平等。然而，如果援引了其他道德標準，則平等就成為多餘。總而言之，平等如果不是空洞便是贅餘¹²⁶。

關於第二點，Westen認為以平等進行討論會掩蓋系爭問題的真相。正因為世界上沒有完全相同的人，然而我們卻可以在某一方面來將他們視為相同，因此某一方面的平等必然意味著在另一方面不平等，反之亦然，某方面的不平等意味著其他方面的平等(Westen 1983, 616)¹²⁷。當以平等之名進行討論時，乍看之下

¹²⁵ 雖然 Westen 並不是第一個提出這種想法的人。不過，他將這種想法以非常清晰、完整的方式加以考究並呈現，對於這項問題的思考有相當貢獻。關於以往許多學者提出平等概念空洞性的意見，請參閱 Westen (1982)文章中的各相關部分與註腳。就國內學者而言，黃昭元似乎意識到平等是一個空洞概念與循環論證，不過他仍然還是以「同者等之，不同者不等之」的平等公式來理解平等(黃昭元 2000, 24-25)。

¹²⁶ 關於這一點，二十世紀法理學家 Hart (1961, 155)也與 Westen 有相同的看法。依 Hart 所見，「等者等之」並不具有自身的完整性，唯有我們以其他標準加以補充時，「等者等之」才能夠在行為上具有確定性的指導功能。由於人們多多少少在某方面上相似或者某方面上不相似，除非我們能夠確立某種標準以區分相關與不相關的因素，否則「等者等之」必定是一個空洞的形式。如果沒有這種進一步的補充性標準，我們無從根據「等者等之」批評法律是否違反平等。

¹²⁷ 在法學上這種觀點至少可以追溯到 Flathman (1967, 43; 49)。

似乎是一方主張平等而另一方為不平等辯護，但實際上各方都是在為平等而爭執，只是各方所選取的平等立場不同(Westen 1982, 592-596)¹²⁸。

基於以上的批判性分析，我們在法律或倫理上還能夠為平等加以辯護。如果我們將平等依傳統的「等者等之」加以理解，則平等的確是一種沒有實質內容的空洞觀念。除了「等者等之」的空洞公式之外，還有沒有其他的理解方式，使得平等可以不需要依附於其他權利或規則，而具有自身的獨立實質內涵？

從邏輯的觀點看，法律的內容必須指涉於特定的人、行為或事物，否則，法律將不會具有任何內涵，法律的適用範圍也根本無從確定。準此，法律的運作必然會使用到區分(distinction)，亦即，為了課予義務或授與權利，法律必須指示何為構成要件主體與非構成要件主體，何為構成要件行為與非構成要件行為，何為構成要件客體與非構成要件客體。同理，一切法律行為以及人類行為也一定會使用區分作為運作前提¹²⁹。從這個觀點來看，我們可以發現，如果將平等權與區分是否合理的問題加以等同，則任何法律或行為都會有平等權問題，或者說，平等權可以附著在一切法律或權利的運作。不過，認定區分是否合理卻不能單純藉由平等概念提供答案，而必須訴諸其他價值規範。若是將平等權的基礎建立在這個層次上，則無法逃脫平等概念空洞性的指責。為了要確立平等權的特有內涵，必須另外尋找基礎。

二、關於社會組織的方式與人際關係之平等理念

關於如何理解平等，相對於嘗試建立一個判斷何者為相同或不同的標準，Dworkin與MacKinnon則採取了另一種途徑。這種途徑強調平等的意義在於主張個人不得單純出於他人的利益考量而受到漠視，或者，平等的意義在於個人有權免於受到他人所宰制。

¹²⁸ Westen 並引述了許多學者的類似看法，如 Rae：「問題不在於『是否平等？』，而在於『何種平等？』」；Benn：「平等…通常…意味著除去某種區分，而以另一種區分加以取代」；Karst：「達成某一種形式的平等必然隱含了施加相對應的不平等」；Lucas：「如果我們在某方面造成平等，我們因此會在其他方面造成不平等」。以上各學者的說法，見 Westen (1982)文註 201 的引述。

¹²⁹ 根據 Luhmann 的系統理論(system theory)，區分是一切觀察的運作基礎。關於系統理論下區分與觀察等概念的一般介紹，見鍾芳樺 (1997, 28-38)。

Dworkin所倡導的「平等關懷與尊重」(equal concern and respect) 是一個比較溫和的表達方式。Dworkin特別區分了「平等待遇的權利」(the right to equal treatment)與「被視為平等者的權利」(the right to treatment as an equal)。前者是要求資源分配的平等，而後者則不是要求資源分配結果的平等，而是要求在分配決策的過程中必須被加以考慮而不受漠視。Dworkin所強調的「平等關懷與尊重」是第二種平等，他認為這才是自由主義平等觀(liberal conception of equality)的根本(Dworkin 1978, 272-273)^{130 131}。

關於歧視與平等的問題，MacKinnon認為向來主流的處理方式屬於一種「差異取向」(difference approach)。然而，平等問題在她看來其實是「權力分配的問題」(a question of the distribution of power)，以及上下層級的問題(a question of hierarchy)。由於社會權力分配的不平等，以致造成社會出現上下層級，而在權力的運作下，則進一步建構並鞏固了種種差異與區分。為了在根本上擺脫權力建構下的種種差異與區分的範疇，以避免差異取向的盲點，因此她提議另一種「宰制取向」(dominance approach)來分析平等問題。宰制取向並不是用來研究現實或符合現實，而是在於批判現實。因此宰制取向不會去設立可用在個案中產生特定結果的抽象標準，而是揭露種種宰制與屈服的現象(MacKinnon 1987, 32-45)。在這種世界觀之下，我們可以得到另一種在形式上比較激進的平等權，即平等是一種反抗宰制的權利。更進一步說，這是一種反對現狀而要求改造既有社會結構的理論¹³²。

雖然這些平等理論已經不再將重點放在強調人與人之間有何相同或不相同，但是以上這二種平等理論並未能完全免於Westen的批評。以Dworkin的「平

¹³⁰ Dworkin 這種想法散見於他的多處著作中，另見 Dworkin (1978, 227)。Dworkin 對於平等的這種理解，也被 Tribe (1988, 1437-1438)的美國憲法權威教科書所援引。

¹³¹ Dworkin 的這種平等理論來自於哲學家 Rawls 的正義理論(Dworkin 1978, 180-183)，Rawls 認為只要凡是具有善惡觀念*與正義感的道德人格者(moral person)就有資格享有平等(Rawls 1971, 504-512)。* Rawls 所謂的 a conception of their good 是指對於任何有形無形事物在價值上具有某種觀念而言。英文中的 good 可以兼指有形或無形，以及具體或抽象事物，在中文翻譯為善或財貨等都難以兼顧英文的多種意義。conception of good 在此權宜翻譯為善惡觀念。

¹³² 贊同這種以平等作為反宰制的理論，見 West (1990, 693-699)，及廖元豪 (1996, 37-43)。

等關懷與尊重」為例，Raz曾指出，其實Dworkin所強調的無非就是「關懷與尊重」，至於平等則是贅餘¹³³。Dworkin的追隨者Waldron (1991, 1362)也不得不承認，Raz的批評可能屬實。而Hart (1979, 845)也曾清楚剖析，在Dworkin所謂的「平等關懷與尊重」之中，「平等」這個字詞扮演著空洞而誤導的角色。

準此，即使Dworkin的「關懷與尊重」或MacKinnon的「反抗宰制」可以迴避認定相同或不相同的爭論，但是仍然引用了平等以外的價值來填充平等的內涵。而顏厥安(1998, 168-169)也曾倡議一種「憲政平等原則」。在這種憲政平等原則下，每個人所具有種族、膚色、性別、語言、宗教、政治見解、階級等等特質只是一種「表象」或「次要」的差別，而不是一種「真正」或「主要」的差別。因此原則上國家不能基於表象差異實施差別待遇。不過，顏厥安也承認，這種憲政平等原則只有在一種特定的哲學人類學觀點才有立足之地，換句話說，這其實是一種特定價值觀點的表達。

在當代的倫理與法律思想上，支持平等的「特定價值觀點」是什麼？Vlastos的論點是一個很具有代表性的說法。他認為所有人的「人類價值」(human worth)平等，因此就「內在價值」(intrinsic value)而言，每一個人的福祉及自由都與其他人的福祉及自由具有相同價值(Vlastos 1962, 43-53)。

雖然人類價值的平等性是一個值得贊同的理念，但是，在具體的問題上，我們如何應用這個理念？如果平等理念在許多個案上無法提供具體的內涵與指示，是否意味平等是一個無用的空洞概念？

對於平等理念的存在價值，Miller提出了「社會性平等」(social equality)以區別於傳統的「分配性平等」(distributive equality)。根據Miller，分配性平等源出於自由主義傳統，而他所提倡的社會性平等則基於社會民主(social democracy)與社會主義。社會性平等牽涉到人們如何彼此對待，以及人們如何進行社會關係。社會性平等並不要求人們在權力、名望、財富或天賦才智上的平等，而是強調這些差異如何被看待。社會性平等並不指示特定型態利益應當如何分配，而是指引一種生活方式。雖然社會性平等本身並不是一種分配性的理念，但是社會性平等對於分配仍有影響。至於資源應當如何分配，取決於系爭資源的社會意義

¹³³ 轉引自 Westen (1990, 102-103)註 10。

(Miller 1999, 239-244)。

當我們觀察現實社會，可以發現「差異」的現象無處不在，包括人類天賦條件、社會地位與各種資源等等。平等理論的價值，就在於是否能夠針對種種現實差異的合理性提出一個評估原則，並證明這套評估原則的正當性。關於平等的根據，在傳統的分配性平等典範之下，論者多訴諸於人性尊嚴或尊重作為平等的基礎。但是Miller則意識到這種平等理論無法調和理想與現實上的不一致，因此他支持Walzer (1983)提倡的「複合式平等」(complex equality)。複合式平等不要求一套適用於全體社會的全面性平等原則，而是在各個社會領域中建立不同的分配原則(Miller 1999, 242-243)¹³⁴。例如，關於投票權與福利權，作為社會一份子的公民應當平等享有，如果這些權利沒有被平等分配，則社會公民就沒有享受到社會平等。這是因為，這些權利象徵著人作為社會成員的身份地位，如果分配不平等，則會造成身分上的等級。但是至於其他權利或資源，如果不平均的分配不至於影響到社會上的身份地位，則不必然須要平均分配。準此，社會平等在Miller看來是一種身分平等(equality of status) (Miller 1999, 232-239)。

筆者認為 Miller 的社會性平等與複合式平等是一種比較合理可行的觀念。一方面，社會性平等清楚地告訴我們，平等理念是一種關於我們如何安排人與人在社會關係中公民資格的理念。但是在現實的資源分配上，Miller 的複合式平等並不企圖建立一套全面性的平等原則，而是尊重各社會領域的運作，以及在該領域中的分配法則。其次，在現實制度的運作上，我們必須進一步探討具體內涵。關於這些問題，將會在本文以下相關部分有所討論。

三、平等與法律

在對於一般性的平等理論有所了解之後，我們可以將這種理解應用在法律上。以我國法律為例，憲法第七條是我國法律上關於平等的最基本規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」關於本條文的解釋運用，學理與實務上最重要的問題莫過於所謂「在法律上一律平等」的意義究竟應如何加以理解。

¹³⁴ 複合式平等的概念最早由 Walzer (1983)所提出，並經 Miller (1995a; 1995b; 1999)加以補充。

我國法學界傳統上多將平等概念分別由「事實平等與法律平等」、「絕對平等與相對平等」、「形式平等與實質平等」、「機械平等與比例平等」等種種區分方式加以闡釋，然後再主張我國憲法第七條規定的平等條款是「法律上」、「相對」、「實質」與「比例」的平等。而我國法律學者的向來通說則是，憲法上所要求的平等並不禁止合理的差別待遇¹³⁵。大法官在歷來平等案件上所形成的見解則與學界通說大體上一致。例如，「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」（釋字第211號解釋文），以及「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」（釋字第485號解釋文）¹³⁶。

觀察大法官的歷來解釋，我們發現「實質平等」已經成為大法官對憲法第七條的通用理解。由概念上看，「實質平等」是相對於「形式平等」而言才有意義。可是何謂「實質平等」與「形式平等」？

通常所謂的形式平等，其實應是法律上的一致性(consistency)與不偏私(impartiality)，亦即執法應當符合法律本身的要求，不得根據法律以外的因素給予特別待遇。這也就是我們所謂法律之前人人平等的通常涵意。在觀念上，其實執法一致性與不偏私並不同於平等，或者，我們不需要以形式平等的說法來解釋執法一致性與不偏私。如果沒有經過嚴密思考，一般人無法區分到這二者在意義上不完全等同。例如，民法第12條規定：「滿二十歲為成年」，因此只要具有「滿二十歲」的特徵者，就得以享有成年人的一切權利。當我們明知一個人年滿二十歲，卻不給予成年人在法律上的應有待遇，則違反了適用法律的一致性或不偏私要求。為了救濟這種情形，不必以未受到與相同條件者同等待遇的理由加以處理。我們只需要忠實而無矛盾地實施法律規定，而不需要所謂平等對待。

由本文先前針對一般性平等理論的分析可知，所謂平等或不平等必須取決於某種觀點上的基準。否則，在各種人、事、物之上，我們無從判斷彼此間可否

¹³⁵ 過去國內法學界對於平等意義的理解，見李惠宗 (1988)的介紹與整理。

¹³⁶ 其他大法官解釋的相類說法，見釋字第 341 號解釋理由書、釋字第 412 號解釋理由書。

相提並論。從這個觀點看，所謂「形式平等」是一個自相矛盾的概念。凡是當我們認為應當相同或不相同處理時，我們已經預設一套區分標準。平等與不平等的判斷必然來自於某種規範上或價值上的前提。在倫理或法律的範疇中，如果是純粹形式，就不會有平等或不平等可言，如果有平等或不平等的結論，必然來自某種規範性命題¹³⁷。

在一般法律案件中，我們通常可以找到具體的法律規則作為分配資源或負擔的準據，因此只要運用法律符合一致性與不偏私的要求，就不會有平等的爭議出現。更精確地說，當我們對分配資源或負擔的準據具有共識時，爭議將來自於如何特定規範的適用範圍或方式，而不會涉及規範本身的正當性。不過，如果沒有具體法律規則作為行為與裁判依據，或者是我們認為具體的法律規則與更抽象的法律規則相衝突時，此時分配準據規則出現了不確定性，便容易發生平等的爭議。在這種情形下，我們須要找出各種正當化的理由，論證出系爭資源或負擔分配衝突應當依循何種方式解決，而這就是向來所謂實質平等或合理差別待遇的要求，亦即，找出合理充分的論點支持某一種分配方式。

當我們對於特定資源或負擔的分配標準沒有爭議，則不會出現法律上的平等爭議，或者更精確地說，實質平等的爭議將不會發生。所謂的實質平等只不過是一種在規範上被接受的分配方式。一旦「實質」平等的標準被建立，我們自然知道如何適用規範的「形式」平等何在。一旦「實質」平等的標準有爭議，關於如何適用規範的「形式」平等也會出現爭議。總而言之，所謂「實質」平等與「形式」其實是一體二面，都只能求諸於特定的規範觀點，亦即特定的資源或負擔分配方式。

我們如何在法律推論的過程中判斷哪一種分配方式優於其他分配方式？以我國的情形來看，關於資源分配的法律爭議，憲法爭訟是最終的救濟方法¹³⁸。然而，司法機關如何「根據憲法」從事違憲審查？畢竟，憲法明文所規定的資源方

¹³⁷ 本文此處的結論在邏輯與數學上並不一定能成立。不過，由於本論文屬於規範性研究，因此就不再深入處理這項論點在邏輯與數學上的涵意。

¹³⁸ 在立法過程中，資源分配方式的抉擇屬於政策辯論範圍，一旦制訂法律之後，如果針對法律內容本身的正當性沒有爭議，則法律訟爭的事項就發生在如何釐清立法目的與法律適用範圍。如果針對法律內容本身的正當性出現爭議，則由司法機關根據憲法判斷系爭法律的合憲性。

配方式為數稀少。當國家與人民或人民之間出現資源分配的憲法爭訟時，因為憲法規定的抽象性與不完整性，司法機關通常會藉助既有的法學推論模式從事判斷。關於這些法律推論過程的細節，並不適合在本文此處加以深入檢討¹³⁹。不過，我們可以運用複合式平等的想法，就法律上的資源分配選擇提出一些初步建議：

一、人性尊嚴概念並不當然適合處理人際間資源分配爭議

當一個人無法獲得期待的利益或機會時，通常會在心理上產生負面情緒。如果其他人可以得到這項利益或機會，而自己卻無法獲得時，則容易在相互比較之下產生不滿，或者造成自尊與自我評價低落。不過，由於社會上資源有限，我們不一定都能滿足所有人的需求。當不同人之間為了使用資源產生衝突時，除非當事者之間能夠自行協議出令雙方滿意的處理方案，否則不論結果如何，必然有一方會成為衝突下的失敗者。

在倫理或法學論述中，人性尊嚴是一個經常被引用的理念。不過，如果由「相互性」的觀點來看，使用人性尊嚴理念處理人際衝突，在理論上無法提出方向性的指引。由於人人都具有人性尊嚴，當人們在意志上產生對立時，如果僅僅根據人性尊嚴觀點而不加入其他觀點時，我們不容易判斷應當由哪一方獲得法律上或倫理上的優勢地位。當具有人性尊嚴的主體之間彼此衝突時，除非我們在人性尊嚴上進一步作出質的區分或是加入量的考慮，否則無法在人性尊嚴的價值層面上判斷出哪一方較重要。可是人性尊嚴通常被理解為等值而且非量化的概念，所以人性尊嚴概念對於解決人際衝突無法提供思想上的指引。

當然，如果我們能將人性尊嚴概念客觀化，使人性尊嚴概念的存在脫離於個人主觀意志，或許可以解決以上的理論困境。然而如此一來，我們就必須在理論上採取道德客觀主義的立場。筆者認為，一方面，道德客觀主義在認識論上有所困難。二方面，在當代多元化與民主化的社會中，道德客觀主義也已經漸漸失去了社會基礎。依筆者所信，人性尊嚴是一個文化上或歷史性的概念，必須參考特定社會時空下所建構的人際互動架構，才能夠獲得具體內涵，否則將只是一個空洞的口號¹⁴⁰。

¹³⁹ 關於這方面的詳細研究，可參見何建志 (2001)。

¹⁴⁰ Rawls (1971, 586)有一段關於人性尊嚴的評論值得參考：“Once the conception of justice is on hand, however, the ideas of respect and of human dignity can be given

當社會對於某些價值具有普遍共識，以人性尊嚴概括這些價值，並作為倫理與法學推論的根據，或許是一個可行的簡便思考方式。不過，在社會中對於特定現象並不存在普遍性的價值共識，則僅僅以人性尊嚴作為論證的前提，則容易使我們在思想上不夠周延，而無法妥善斟酌個案上的各種相關利益，也難以與不同立場的觀點進行對話。

二、分配資源應參考社會領域的運作特徵與系爭資源的社會意義

人們所追求的資源具有多樣性。例如，金錢、學習與工作的機會、居住環境、健康與醫療照顧、各種社會組織的身分地位、榮譽等等。另一方面，社會關係具有多面性。這些不同的資源在各種關係中的社會意義並不相同，而在各種社會關係中分配資源的方式也各自不同。例如，我們可以使用金錢購買居住環境，但是不一定能夠購買身分地位、榮譽或接受高等教育的機會。獲得工作機會通常取決於能力，分配高等教育資源取決於資質，提供醫療照護重視需要，榮譽建立在行為舉止或表現，社會組織的身份地位則可能要求友誼、共同興趣或特定專長¹⁴¹。

依本文先前所述，人性尊嚴是一個文化性概念。我們必須在特定社會時空條件下參考文化價值，才能論斷資源分配的方式有無侵犯人性尊嚴。而根據複合式平等的想法，我們可以進一步發現，各種社會關係下的慣例與各種資源的社會意義，體現了資源分配的文化價值。

當我國大法官處理平等爭議案例時，曾多次提出「事實上差異」（釋字第 211 號解釋文）、「事物之性質」（釋字第 412 號解釋理由書）或「事物之本質」（釋字第 477 號解釋理由書）等等概念。不過，在大法官解釋當中，這些概念的涵意並未被詳細解說。由複合式平等的理論，我們可以針對大法官這些說法，提出一個清晰的說明與支持。

a more definite meaning.”（一旦我們掌握了正義的構想，則尊重與人性尊嚴的觀念將能夠被賦予更明確的定義。）筆者的立場在此與 Rawls 相同。關於處理權利、義務紛爭，應當在一個分配資源與負擔的架構之下才能進行有條理的分析。正義代表了一種分配資源的整體性世界觀。

¹⁴¹ Walzer (1983) 在書中舉出了許多有趣的例子加以說明。

誠如古希臘哲學家 Protagoras 所言：「人是萬物的尺度。」(Men is the measure of all things.)由於事物本身不會發言，任何事物之間是否相同或相異，取決於人類所使用的判斷標準。當大法官認為事實或事物的特徵是判斷平等與否的重要因素時，由複合式平等來看，即意味著：當我們面臨資源使用衝突時，應落實在到特定的社會脈絡下，探討其中社會關係是基於何種原理從事運作，並斟酌系爭資源的社會意義，以促成社會關係的合理運作。

由複合式平等的觀點，可以幫助我們進一步發覺出平等爭議中更細緻的一些考量因素。在最單純的情況下，各社會領域中只分配特定的一種資源。不過，在現實上，某些社會領域中的運作同時影響到數種資源的分配；或者，某些資源存在於數種社會領域之中，而具有不同社會意義。以職場為例，金錢與身分地位的分配同時在就業市場中受到影響。以隱私為例，個人在住家、職場、醫療領域中都有隱私的需求，但是隱私在不同社會領域中的受保護程度並不當然一致。在某些情況下，特定資源可以在不同社會領域中具有相同的社會意義，但是在其他狀況下，某些資源的社會意義僅僅侷限在某一社會領域。例如金錢，可以用來購買醫療、休閒娛樂、居住環境等等，但不一定可購買榮譽。至於學術榮譽，僅能在學術領域中使個人具有影響力，但是無法轉換為其他領域中的可用資源，例如以學術榮譽無法直接購買商品。

當法律處理關於某種資源的分配問題，或者調節某種社會關係時，也通常涉及跨領域的資源，或是各社會關係之間的協調。此時應注意的是，在價值權衡的過程中，不應只侷限於關注某一項特定社會關係，也不應使用抽象概念而輕率提出結論。負責任的法律推論過程應當充分考量各種關係與資源特性，而且應說明如何取舍價值輕重的理由。

第二節 平等權與保險基因歧視

商業性健康保險是一種社會領域或社會關係。向來商業性健康保險追求何種平等？相對於社會保險的目的在於普遍保障全體社會成員的醫療需求，向來商業性健康保險的目的在於有效率地媒介風險程度相似的人共同分擔醫療風險。商業性健康保險所重視的平等是保費與風險之間的均衡，或者要保人之間的平等。

如果不同風險的人繳納相同保費，顯然低風險者不但繳費購買自己的保險，也同時繳費幫助他人購買保險，而高風險者則享受到他人的補貼。如果低風險者並未自願接受這種補貼現象，則我們可說這違反了保險上的平等。不過，保險上的不平等並不需要經由政府介入加以矯正。當購買保險與銷售保險的自由未受到政府管制，則保險市場可以經由民主的方式自動維持保險上的平等。當低風險者認為保費過高時，可以選擇向其他保險人購買保險，就等於以民主投票的方式表現反對意見。當保險費率的設計違反要保人之間的平等時，可以藉由要保人的自由選擇與其他保險人的競爭加以制衡。

由消費者福祉觀點來看，越有效率的保險市場越能增進要保人福祉。在有效率的保險市場下，要保人付出的保費能夠反映出個人風險的高低程度，而不至於多付出保費補貼高風險者。風險程度相近的人可以藉由保費所揭露的訊息，選擇性地結合為分散風險的共同体。我們在這裡可以發現一個值得注意的現象：保險上的平等並不是由中央政治權威人為刻意創造。只要有保費價格機制作為提供訊息的管道，以及要保人的自願選擇，就可以創造出一個以效率為運作基礎的保險平等。

在追求效率的保險市場中，高風險者是否成為犧牲者或受到不平等待遇？當我們對於平等的概念有清晰理解時，我們可以針對這項質疑的前提加以考究：我們基於何種觀點認為高風險者受到犧牲或不平等待遇？主張高風險者受到犧牲或遭受不平等待遇，必須以高風險者有被承認的既有權利或受保障的利益為前提。我們知道，商業性健康保險是經由人們自願加入而成立，並不是來自於政治權威與法律的要求。不論是在法律或道德上，我們不能說一個人有義務購買商業健康保險¹⁴²。當一個人自願購買保險，是為了追求自己的利益，並不是履行對於

¹⁴² 強制責任險是一種商業性保險自願加入的例外情形。為了保障意外事故受害人可以獲得充分賠償，法律要求特定有肇事可能性的人投保責任險。責任的發生來自於違反義務。責任險的功用在於使違反義務的行為人有足夠的財力履行賠償責任。由於責任涉及對於他人的義務，因此我們有理由強制潛在肇事者投保責任險。不過，健康保險並未涉及對他人的義務。由於責任險的性質與健康保險不同，因此強制責任險的例子不影響本文此處的結論。當然，或許有人認為在道德上我們有義務照顧自己的健康，以避免連累其他人。不過，這畢竟不是法律義務。其次，疏於照顧自己的健康，也沒有道德上的制裁或責任可言。照顧自己並不是一種嚴格意義下的義務。更精確地說，照顧自己以免連累他人，在道德上應當是一種美德，但不至於成為義務上的要求。

他人的義務。如果人們不購買商業性健康保險，我們不能認為這構成違反義務，也沒有權利要求人們購買保險。

集合眾人之力共同分散風險，對於加入的個人具有避險上的利益，因此在政策上值得鼓勵，但是這並不必然構成強制購買商業性健康保險的理由。分散風險的目的必須有相當的人數才能實現。不過，當一群人企圖以保險方式進行集體分散風險，但是在人數上不足時，我們有沒有理由可以譴責不購買保險的人？即使加入投保可以同時滿足個人自己與其他人的避險需求，我們也沒有理由譴責不購買保險的人。當我們因為有更多人加入投保而更能享受分散風險的利益，我們並沒有資格積極要求這種利益，更沒有權利要求他人加以履行。當投保對要保人有利，我們沒有權利要求他人購買商業性健康保險時，我們更沒有權利要求低風險者犧牲自己利益在保費上補貼高風險者。由此可見，所謂高風險者因為保險市場追求效率而被犧牲或者受到不平等待遇，在法律上或道德上的根據並不充分。

由複合式平等來看，所謂高風險者在保險市場中被犧牲或者受到不平等待遇的說法，其實是基於商業性保險以外的其他觀點。由於私人商業保險的運作是由眾多個人自願投保所支持，我們原本就無權過問他人是否投保或應當以何種價格購買保險。不過，當私人經營的商業性保險已經運作於社會上，並且保險公司在收取眾人保費後有能力可以承受一定程度的逆選擇時，或許會有人基於道德主義立場而主張保險公司應當負擔「社會義務」，而不應汲汲牟利。很顯然，這種主張其實就是要求私人保險公司承擔社會保險的功能¹⁴³。

商業性保險是否應當承擔社會保險的角色？基於複合式平等觀點，筆者不贊成社會保險的運作方式介入商業性健康保險。這二種制度可以並存互補，但是不適宜使某一套制度的運行原則妨礙另一套制度的運作。

首先，社會保險的精神在於以全社會成員的資力建構分散風險的社會安全網路。可是，商業性保險交叉補貼的成本卻限於一部分社會成員所承擔，而不及於其他社會成員，因此反而造成負擔分配不均。其次，逆選擇扭曲了商業保險的市場機制，有妨礙商業保險的效率之虞，從而影響消費者福祉。第三，以商業性保險實現社會保險功能，妨礙我們獲得社會實施社會保險的實際總成本資訊。當

¹⁴³ 例如，雷文玫 (2000)曾討論使商業保險負擔團體互助任務的可能性。

商業性保險吸收了一部分社會保險的成本之後，這些成本在名目上並沒有被歸入實施社會保險的成本項目，也不易由公眾所知悉。在民主社會中，公共政策的制訂不應該在盲目下進行。唯有顯示社會政策的執行利益與成本，才能進行理性的政策辯論。

商業保險追求保費與風險的平等，而社會保險基於公民資格，則追求使用醫療資源上的平等。這二種平等都有各自存在的價值，但是不應相互干涉妨礙。為了實現社會保險追求的平等，最好是不干預商業性健康保險的運作，而應藉由收取一般稅的方式獲得補貼高風險者的資源。以一般稅實施具有社會政策性質的保險，具有以下優點：一、實施社會政策的成本由全體人民負擔。二、不扭曲商業保險市場的運作，維持效率與一般消費者福祉。三、實施社會政策的成本歸全體大眾負擔，增進人民了解議題的興趣，使人民可藉由輿論與議會加以審議。

如果我們直接立法要求保險人不得根據基因差別收費，可以免去許多思考上與執行上的負擔。當我們以法律要求私人保險事業承擔帶因者的高風險，我們可以不思考如何重建社會保險制度，不用擔心如何重新調整社會保險的資源運用分配，也不需在議會中進行審查與辯論。不過，在一個民主憲政國家中，人民應當有權了解資源分配的資訊，也應當有權表示意見或參與決策。使商業性保險負擔社會保險的成本，形同使部分私人分擔實現公共政策的支出，而且並未提供他們表達對資源分配意見的適當管道，這首先就是一個值得在民主程序中加以討論的議題。其次，當這一部分成本資訊進入私領域，我們在日後就不容易在公共領域中進行審核與討論，也會使一般人民因為缺乏了解，而減低參與理性審議的動機。

為何資源分配的理性審議具有重要性？

首先，這可以促使我們能夠全盤思考社會資源如何分配，而不致因為思考不週反而造成新的不平等現象。例如，身心障礙者向來就不容易以一般保費購買保險，為何帶因者有權以一般保費購買保險？或者，當我們針對從事特定行業的人士在健康保險上給予差別待遇，或者針對後天事故導致身心障礙的人加以差別待遇，為何不能針對帶因者給予差別待遇？

其次，人民理性審議後的決策結果具有更高度的正當性，能夠因此產生出有代表性的社會共識，並作為我們從事法律上或道德上價值判斷的根據。藉由了

解議題與參與決策，社會成員之間可以有更多機會了解其他人的處境與觀念，而不再只是被動接收資源分配的現狀。這一點對於我們如何追求平等具有重要涵意。平等的價值判斷取決於我們選取何種價值標準，同時各種社會關係中也都有各自運作的資源分配系統，如果忽略程序正義的要求，可能會使某些想法無法在決策程序中加以審慎考量，也可能妨礙了社會中各種資源分配系統的相互協調，而無法實現複合式平等的理念。

第三節 平等權與職場基因歧視

我們可以根據基因判斷誰是職場上合適的工作人員？乍看之下，以基因作為區分的特徵，很近似於美國法上以性別或種族等「可疑分類」從事差別待遇¹⁴⁴。單純以人類基因狀態進行差別待遇，的確不是證明區分特徵與差別待遇之間具有合理關聯性的充分理由。例如，人類血型是由基因決定，在一般的社會生活領域，如果以血型差異作為決定權利義務的根據，顯然是相當荒謬。單純根據基因狀態從事差別待遇並沒有道德上與法律上的正當性。

如果離開環境而憑空看待基因，則我們很難說基因有所謂好壞可言，因此自無法證明以基因作為區分標準具有正當性。例如，假設當人類的生活環境中已經完全沒有細菌與病毒，則談論與免疫力有關的基因便沒有很大的意義。可是，正由於我們人類目前生活的環境中充滿細菌與病毒，因此當個人有某些基因缺損或變異基因導致免疫力受干擾而妨害健康時，則我們確實可以說個人在免疫力方面具有不良的基因。所以在既定的環境之下，基因的差異確實會影響人類在生理機能上的表現，至於影響程度高低則取決於是何種基因而另當別論。¹⁴⁵從這個觀

¹⁴⁴ 不過有些基因是跨種族或跨性別，因此基因與性別或種族不必然有絕對關聯性。

¹⁴⁵ 依照我們目前所接受的價值觀，人類在基因上的差異並不妨礙人格上的價值。可是許多人為了維護這一種立場，卻往往在說法上不謹慎，以至於產生所謂「基因無優劣」的主張。由於目前人類改變環境的能力仍然有限，因此大體上而言，人類的生活環境並不能無限制加以調整，從而關於生物個體的健康狀態，在特定環境下的基因自然有優劣可言。當然，環境的變遷可能會改變基因影響個體生理機能的效果。不過嚴格來說，我們應當主張「基因的優劣取決於環境」，但是卻不能說因此說「基因無優劣」。

點來看，當某些基因對人類健康不良影響的強度達到一定水準以上，則以基因預測個人未來健康狀態就不是沒有意義。如果個人健康狀態在某個社會生活領域中是一項被重視的條件，以基因進行差別待遇就不當然沒有合理性。換句話說，當人類基因影響到社會關係所追求的目標時，基因狀態可能就是一個從事差別待遇的正當理由。

雇主之所以要求員工的健康狀態具有一定水準，應當是為了避免員工健康不佳影響工作表現以及造成雇主經營事業上的負擔。如果雇主可以在發現員工健康狀態不佳時有權任意加以解雇，並且能夠輕易在就業市場上尋找替代人力，則雇主就可以比較不擔心雇用到健康狀態不佳的員工。不過，由於雇主的解雇權受到勞動法令所限制，而且事實上人力的替換與職務交接也會有成本，從而如果雇主為了降低經營成本，自然希望能夠在錄用人員或分配職務時以健康檢查進行篩選，使經營成本能夠被控制在一定的程度以內。

當遺傳學知識與基因檢驗技術進步，雇主則有機會能夠根據基因篩選受僱人。不過，由於使用基因檢驗或判斷基因資訊也會有成本，因此這在企業內部成本效益評估上並不一定有可行性。不過，當企業對於人力資源有特殊需求，或者當基因檢驗技術的價格降低而預測準確性提高時，雇主為何不能以基因篩選員工？在現行法下通常我們並不會禁止雇主以與工作有關的健康條件篩選受僱人。至於以基因篩選受僱人是否構成了不合理差別待遇？或者，基因與受僱人未來健康狀態沒有合理關聯？

由先前提到的「統計性歧視」來看，當我們對於許多潛在交往相對人不熟悉時，如果某一種特徵與某一種品質的人在經驗上具有某種程度以上的統計關聯性，則以這種特徵來篩選交往的相對人便是有效率的措施。就雇主的立場，統計性歧視的確是一項有效率的措施，但是由相對人立場來看，他本人可能具有符合工作資格的條件，但因為與其他不符資格者具有某類共同特徵，因此也一併受到排斥。不過，這種現象同樣也會發生在以性別決定保費的情形，這可能會導致我們在實際個案上給予了不適當待遇，如死亡風險小的男人繳納了比死亡風險高的女人更多保費。我們之所以認為這不構成不合理的差別待遇，是因為這些誤差現象的出現尚未超出可忍受的範圍。同理，當政府與私人企業普遍根據學歷分配職位與薪資，可能造成許多有能力但是沒有學歷的人士受到排斥，但只要這種作法

的誤差在可以忍受的範圍內，在與其他方法相對比較之下，這仍是可接受的措施。

我們在決定權利義務的分配時，理想上是應該使實際的分配結果合乎我們企圖達成的目的。由於我們身為人類並非全知者，因此我們必須依賴收集資訊輔助我們從事決策。——針對相對人從事詳細調查，並斟酌個案特徵給予適度待遇，不失為可能的一種方法。不過如此一來會造成龐大的行政成本，而且個案裁量也有可能衍生其他弊端。反之，如果使用某些特徵作為分配標準，則可以節省行政成本，但是也可能導致在分配權利義務上發生誤差。

就理論上來看，基因歧視最容易引起爭議的地方，在於以未來發生疾病的機率，而不是現有健康狀態作為分配工作機會的根據。這種作法的利益在於可以事先剔除不適任者，但是另一方面，這種作法的缺點是導致適任者被剔除的誤差。反過來說，如果不以基因篩選受僱人，就好的一方面來說，這保存了某些適任者的工作機會，但是就壞的另一方面來說，這使得錄用某些不適任者的誤差被維持。因此是否容許以基因特徵從事差別待遇，便取決於我們認為哪一種誤差比較可以被接受。不過，在判斷這個問題上，不能只侷限於雇主與受僱人的單面關係，還要進一步思考許多其他面向的問題。

例如，當某些職位涉及維持社會運作秩序，或者對公共安全有重要影響，如大眾交通工具駕駛員（車輛、船舶、航空器等）或危險設施操作人員（化學工廠、原子反應爐），則相較於其他工作職位而言，維持帶因者的工作機會意味著社會成本的期望值可能比較大。而複雜的法益衝突情形也會反映在雇主、受僱人與第三受害人之間的責任關係。如果受僱人因為遺傳疾病的影響而釀成意外事故，而這種遺傳疾病的帶因者可以經由實施基因檢驗加以辨認，則雇主是否會因為沒有使用基因檢驗而構成選任或監督受僱人的疏失，而必須負擔侵權行為的僱用人賠償責任？¹⁴⁶此外，當雇主為了避免侵犯員工隱私的嫌疑而放棄使用基因檢驗時，是不是有可能對肇事的受僱人構成保護不週？當肇事的受僱人向雇主起訴

¹⁴⁶ 民法第 188 條規定了雇主的連帶賠償責任：「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。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。僱用人賠償損害時，對於為侵權行為之受僱人，有求償權。」

請求職業疾病的損害賠償時，雇主是否必須承擔法律上的責任？^{147 148}

關於是否許可雇主根據基因篩選員工，我們可以考量以下因素：

- 一、雇主根據基因篩選員工對於受僱人以及社會所造成的不利益；
- 二、發生遺傳疾病的機率；
- 三、在職場中發病導致的損失（包含受僱人本人、雇主與第三者）。

根據直覺，我們可以使用「兩害相權取其輕」（社會成本最小）的原則作為初步評價基準。一方面，允許根據基因從事差別待遇，固然會引發某些人在利益上受到損失，但是，如果不根據基因從事差別待遇，也可能導致某些損害。因此，我們的抉擇取決於如何使整體社會的損害降到最小。

以上這種一般性原則的具體應用結果，將隨個案型態而有差異，因為不同遺傳疾病的發病機率與病情不同，而且不同工作的利益狀態也各有差異。當然，運用這項原則也有一些困難存在。例如，認定這些因素的輕重涉及科學事實與價值上的判斷，而這些科學事實與價值上的基礎並非總是毫無爭議。而在不同的各種利益之間，是否有互相比較的可行性，也不無方法論上的困難。不過，即使運用以上的原則無法達到如同操作數學命題的精確性，也不表示這種原則沒有價值。這個原則仍然可以幫助我們釐清考量的各項因素，使我們在價值判斷上可以不至於片面偏重某方面價值而忽略斟酌其他價值，因此在理論上具有釐清思考的價值¹⁴⁹。

¹⁴⁷ 民法第 483 之 1 條規定了雇主對於工作危險有加以預防的義務：「受僱人服勞務，其生命、身體、健康有受危害之虞者，僱用人應按其情形為必要之預防。」另依民法第 184 四條第 2 項規定：「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」準此，如果雇主未盡到第 483 之 1 條的危險預防義務，則應賠償受僱人的損害。

¹⁴⁸ 關於基因檢驗與這些侵權行為法上的可能問題與法律結論，另可參見 Seltzer (1998)對美國法的分析。筆者認為，基於法律不應自相矛盾使人無所適從的法理，當我們禁止雇主使用基因檢驗或基因資訊時，由於雇主無從根據受僱人基因條件指派職位或改變職場環境，因此應傾向於不許受僱人或第三者以雇主未實施基因檢驗構成保護不週或選任監督有過失。反之，當我們許可雇主使用基因檢驗或基因資訊時，則有理由認定雇主未實施基因檢驗構成保護不週或選任監督有過失，以求雇主的利益與負擔相互均衡。

¹⁴⁹ 這個思考原則仍然還只是一個初步的指導方針，在本論文第六章第四節中，將會作出更精緻的探討。

人類自有社會以來便一直在進行價值上的取捨比較，並據而形成倫理與法律規範。在社會中已經獲得解決的問題上，我們通常只要直覺性或機械性地訴諸既有通行規範，就可以確立處理紛爭的準據。如果面對新的問題時，則我們只能夠詮釋性地運用既有規範，以試圖溝通出一個共識的紛爭解決方案。基於這種想法，當我們在思考職場基因歧視是否違反平等時，既有的一些法律原則可以作為詮釋的起點。在詮釋的過程中，我們並不是機械性地運用這些規範命題，也不是如同操作數學命題一般從事精確計算，而是在我們的思想中建立出一個合理的秩序。

基於複合性平等的立場，我們在詮釋過程中的首要任務是理解工作的社會意義，才能進一步確立工作機會的分配標準。就我們所知，首先，工作是現代社會中人們獲得經濟資源的最主要管道。藉由使用工作收入，人們在物質層面上進行各種交換。其次，由「存在決定意識」的角度觀察，個人建立自我認同以及社會整合，都與就業息息相關。例如，失業除了造成當事者的財務問題，也可能使失業者失去社會關係的聯繫，並可能導致當事者的自尊低落。

由於就業關係對於個人與社會具有以上的多重影響，因此工作的社會意義比起健康保險更加複雜。健康保險是滿足醫療需求的手段，而這種需求可以不同的保險制度加以滿足。然而就業除了經濟上收入之外，更涉及自我認同與社會關係的建構，因此保障收入的救濟方式並不一定能夠同時滿足失業者的心理性與社會性需求。

在資本主義發展的早期階段，就業關係被認為屬於契約自由所支配。不過，隨著社會主義的左派思想興起，在當代的自由民主國家中，就業關係的各種內容已經或多或少受到法律所管制，而不僅僅受契約自由原理所支配。藉由限制雇主的契約自由，法律保護了弱勢地位的勞工，並實現保障個人生活安定與穩定社會秩序的目的。不過，由於法律管制對於生產效率有所妨礙，也影響了國家在全球化潮流下的競爭力，因此在二十世紀八〇年代之後，右派的保守主義或新自由主義便開始興起於歐美工業國家。

右派立場強調自由與效率，而左派立場強調平等與社會安全，在這二者之間我們如何加以取捨？筆者認為，在現代化的工業國家之中，由於人們在空間與階層之間的流動、社會系統的高度分化又彼此互相依賴，片面使用左派或右派的

世界觀，已經無法完全掌握國家與社會之間的相互關係。因此筆者贊同Giddens (1998)提出的「第三條路」方案，以民主化的方式創造公開透明的公共領域，以協助個人、社會與國家能夠合作進行資源分配與人力資本投資。

如果單純將就業關係理解為勞資雙方交易薪資與勞動的關係，則我們可以根據自由交易的原則分配工作機會，此時職場上所追求的平等就是生產力的平等。不過，如果將就業關係看作是維持社會連帶的領域，則滿足需要的考量就會影響工作機會的分配與職場上平等的理解。例如，當法律規定女性員工可基於分娩而請求雇主給予假期與薪資，這就不是出於生產力平等的考量。否則，為何女性員工可以在產假期間不工作的情況下領取薪資？為了論證保障女性工作條件的特別法律規定不違反憲法上的平等原則，我們只能訴諸於滿足需要的平等，而不應訴諸生產力平等的觀點。

在基因歧視的問題上，我們應當如何理解職場上的平等？經由先前的詮釋，我們知道工作同時具有經濟生產與社會連帶的雙重意義。至於可否允許雇主根據自由交易的原則分配帶因者的工作機會，取決於我們對於社會連帶賦予何種程度的相對價值。關於如何考量這二種意義在界定工作權利上的影響，本論文將在第六章第四節之三、（三）繼續加以討論。

第四節 小結：基因歧視與運用平等權之方法

基於本章先前對於平等權基本法理的討論，以及分析平等權在保險與就業領域的影響，我們可以得到以下幾點結論：

一、應以價值權衡作為運用平等權的方法

由於平等是一個空洞概念，如果不參考其他實質價值標準，我們無法單純憑藉平等概念本身判斷事物之間是否應當相同處理。當我們對於事物從事相同處理，等於是建立了一種分配資源與負擔的規則；反之，當我們對於事物從事差別待遇，即是建立了另一種分配資源與負擔的規則。究竟事物應否加以相同處理，取決於我們判斷哪一種分配資源與負擔的規則較為合理妥當。為了判斷何種分配

規則較為理想，我們必須斟酌相關的利益與價值¹⁵⁰，然後針對這些利益與價值的相對重要性，選取出一個適當的分配方法，這就是 Aristotle (1999, 1131a-1131b) 所謂的比例性平等。當某一種分配方式比較能夠維持相關利益與價值的平衡，則這種作法合乎平等；反之，當某一種分配方式導致相關利益與價值失衡，則不合乎平等¹⁵¹。

二、判斷基因歧視是否違反平等應從事價值權衡

保險與就業上的基因歧視涉及了許多利益與價值的衝突。為了判斷根據基因從事差別待遇是否合乎平等理念，我們應當一一考量所涉及的利益與價值，並在一個有條理的分配資源架構下尋求最適當的判斷基準。分配資源的架構是分配正義理論的主題，這將在本論文第六章中繼續加以討論。

¹⁵⁰ 利益與價值是彼此有關聯的概念，但二者並不同。利益是滿足個人欲望的有形或無形資源。而價值則來自於我們的價值觀，亦即我們對於事物所抱持的是非對錯觀念。至於利益的認定，則受到價值所制約。

¹⁵¹ 筆者曾將這種運用平等權的方法稱之為價值權衡法，並建議在實務上可藉由我國法學界所熟知的「比例原則」加以運用，見何建志(2000)。

第六章 分配正義

一般而言，關於解決人際間分配資源而產生的衝突，必須參考分配正義理論才能獲得完整答案。本論文則試圖將分配正義的觀點引入基因歧視爭議的脈絡，從而在整體的層面上比較不同處理方案的優劣。

分配正義屬於正義的一種特殊型態。在一般性正義概念的理論分析上，思想家們通常遵循古希臘時期 Aristotle 的分類，將正義區分為分配正義(distributive justice)與矯正正義(corrective justice)二種基本型態。分配正義處理政治系統中的榮譽及財富等資源的分配。矯正正義則用於回復自願性與非自願性交易往來(voluntary and involuntary transactions)的偏差情形，前者例如買賣、租借、質押等等，後者例如竊盜、搶劫、傷害、侮辱等等 (Aristotle 1999, 1130b30-1131a10)¹⁵²。

在本論文中，討論內容限於分配正義，而不及於矯正正義。不過，在討論分配正義之前，我們必須對於正義的一般性地位有所了解。因此在以下第一節中，本論文將首先說明正義概念與法律體系的關聯。其次，在第二節中，本論文則引用經濟學分析，指出基因歧視爭議其實與分配發展新興科技而來的利益息息相關，因此基因歧視具有資源分配衝突的涵意。在第三節與第四節中，本論文介紹政治哲學上的分配正義理論，並比較各種理論的相對優劣，最後主張多元正義理論在兼顧理想性與現實性上是比較可取的理論。

¹⁵² 除這二種基本類型之外，在其他脈絡之下，也有論者使用其他名稱討論正義問題。例如應報正義(retributive justice)或是懲罰正義(justice of punishment)，乃至於當代流行的「社會正義」(social justice)等。關於社會正義，Hayek 認為社會不是根據特定人格者的意志所形成的組織，因此社會正義誠屬無稽之談。基於考證社會正義概念在思想史上的發生與演變，他認為社會正義的流行只是近百年來的現象，而且對於社會正義概念的濫用深感不滿。不過，他仍然支持一般性的正義概念與分配正義(Hayek 1976)。至於分配正義、矯正正義等正義概念在法學上的涵意，可參見 Posner (1990, 313-352)。

第一節 正義概念之價值與地位

根據本論文先前部分的討論，我們已經看出，基因歧視涉及相當複雜的多種利益，如果僅僅根據單純道德主義的觀點加以論斷，將會忽略許多重要的因素。當我們超越道德主義的觀點，而將公共政策的參考資訊基礎擴大之後，將面臨更複雜的價值取舍難題：當我們採取某一種方案時將造成某些人受到損失，當我們採取其他方案時，可以避免這些損失，但是卻又造成其他人受到損失。

筆者認為，我們可以將正義理解為處理價值衝突所最後訴諸的一套評價標準。不過，如同其他思想史上的重要觀念，正義是一種備受爭辯的觀念。由於正義的內涵往往人言人殊，因此不乏有論者以為正義是沒有意義的空洞概念。

對於正義理論的批評，在當代法學界中最具有代表性的意見來自於 Kelsen。他認為，關於正義的價值判斷必須取決於一個標準，才能有正義或不正義可言。由於關於正義沒有客觀標準，因此談論正義或不正義就沒有意義(Kelsen 1957, 227-229)。例如，所謂給其所應得(to give to each his own)、Plato 所謂的絕對善(the absolute good)，或者 Aristotle 的中庸之道(doctrine of the mean)，並沒有具體實質的內容，只不過都是空洞公式(Kelsen 1957, 1-24)。

除了爭論正義有沒有客觀意義之外，或許我們可以問另一個問題：正義概念本身有沒有價值？如果世界上沒有正義這個名詞，也沒有基於正義的相關主張，則世界會更好或更壞？當我們的規範世界中具有獨立於道德之外的法律系統時，在法律的日常運作上，其實並不需要使用正義概念作為溝通或價值判斷的工具。Kelsen 的法律實證主義論點則清楚地顯示了這一個現象。

不過，如果沒有正義觀念的話，我們如何判斷一個制度的優劣？如何能夠判斷制度變遷朝向改良或惡化？Hayek 曾經一針見血地指出，雖然法律實證主義成功地證明了關於正義的實證性標準不存在，不過，法律實證主義卻錯誤地進一步主張客觀的正義標準也不存在。正是基於這種沒有客觀正義的錯誤結論，法律實證主義認為正義其實只是關於意志、利益或情緒的問題。但是，如果我們不堅持正義必須具有實證性標準，則我們還是可以根據正義評價法律規則系統的發展，以消除不正義的現象(Hayek 1976, 44)。

我們可以依據 Hayek 的這項觀點看出正義觀念的重要功能。如果我們沒有正義觀念，則難以針對法律系統的優劣加以溝通。一個社會的法律系統界定了分配權利與義務的標準，當社會成員之間就資源或負擔的分配發生衝突時，則訴諸於法律規則作為解決糾紛的基準。至於如何運用法律規則處理人際糾紛，屬於法律專業人士的日常工作，而絕大部分法學研究活動也都關注於這個層面的問題。在這個層面上，關於分析權利與義務的概念、法律規範的種類、法律規則位階、法律體系結構等一般性的法學問題，法律實證主義確實作出了很大的貢獻。不過，關於法律體系本身整體的優劣，卻超出了法律實證主義所能處理的範圍¹⁵³。正是在這個問題上，我們必須思考 Rawls 的論點：「正義是社會制度的首要德行」，「正義的主要課題在於社會基本結構」(Rawls 1971, 3; 7)。

根據 Rawls 的看法，正義問題主要涉及處理分配權利、義務的社會制度，而不在於個人行為(Rawls 1971, 54-55)。由於個人的權利、義務是社會基本制度所設定的產物，如果社會分配權利、義務的基本體制有所偏差，將會導致社會成員之間無法在一個良好的基礎上從事相互合作。因此，就理論上而言，正義的原則必須在制訂憲法之前就加以確立，才能使法律體系的運作合乎正義(Rawls 1971, 171-176)。

在現實上，由於我們已經置身於一個以憲法為基本架構的法律體系，所以正義是一個我們可以用來判斷法律體系是否正當的參考點，在這個意義下，我們所探求的正義是一種法律體系的背景正義，而不同於法律體系之內的正義。法律體系之內的正義即是 Aristotle (1999, 1129b)所謂的「合法即正義」。當法律體系已經將社會共識的價值標準內化為法律規則時，我們可以訴諸這些規則處理資源分配爭議。不過，當社會環境發生變遷，以至於法律體系所根據的社會條件發生變化時，純粹訴諸既有法律規則，就不一定能夠產生適當的分配結果。此時我們有必要回溯整個法律體系所賴以為基礎的背景正義原則，以調整法律規則的內容。以基因歧視為例，當我們無法確信以何種方式適用現行法律規則才能實現合理分配，則有必要重新思考社會成員共同組成社會所根據的基礎正義原則，以幫

¹⁵³ 以 Kelsen 為例，他的理論只能說明法律主體（立法者、行政機關、法院、個人）的法律行為是否有效或無效，而無法論斷是否合乎正義。

助我們形成適當的資源分配方案，並由立法或司法解釋方式調整現行法律規定的內容，以落實合理的資源分配方案。

以背景正義原則調整法律體系的規定內容，在思考程序上與實現法律體系內正義有所不同。實現法律體系內正義是一種高度受制於既有法律規則與法律概念的思考過程。而背景正義的建構，則不是受制於既有法律規則與法律概念的思考過程，而是藉由哲學性的反省，建構出一套社會成員間彼此相互合作的基本架構。在基因歧視問題的脈絡下，背景正義原則必須針對人類彼此間遺傳天賦不均等的現象，提出一個能讓社會成員基於理性思考而加以接受的方案。

第二節 基因歧視在資源分配上之涵意

由經濟學的觀點而言，是否值得從事某項行為，可以由成本效益加以衡量，當利益大於成本則可行，如果成本大於利益則不可行。關於基因檢驗，Tabarrok (1994; 1996)則由社會成本(social cost)與私人成本(private cost)二方面進行經濟分析。首先，他認為基因檢驗有助於個人從事疾病預防及早期治療，以及減少遺傳病人口的出生率，因此能減少疾病對個人帶來的痛苦，降低社會的醫療成本支出，並增加生產力，所以基因檢驗所帶來的社會利益大於從事基因檢驗的社會成本。在這種經濟分析下可知，就社會的資源運用而言，應該鼓勵可能的遺傳病帶因者從事基因檢驗，如此可以增加社會的利益。可是，如果因為基因檢驗結果為陽性，而使得帶因者喪失工作與保險，這種私人成本將使得個人不願意從事基因檢驗，而社會也將喪失基因檢驗可得帶來的利益。因此基因歧視是一種利益分配問題，社會福利可經由基因檢驗而增加，但是基因歧視的結果使這些福利由帶因者轉移至他人(Tabarrok 1994)。

為了保障帶因者，最簡便的政策工具是賦予人民基因隱私權或平等權，以抵抗雇主或保險人的基因歧視。可是，姑且不論這些法律措施是否可行，一旦加以嚴格施行，將造成雇主與保險人無法經由基因檢驗獲利，以致於他們喪失了進行基因檢驗的經濟誘因，如此則會降低社會對於基因檢驗的總需求。在基因檢驗的需求減少之下，基因檢驗技術的研發與生產的經濟誘因將會相對應地降低，如此則一般人民將不容易享受到廉價可靠的基因檢驗服務。由此可見，一味禁止雇

主或保險人的基因歧視，即使能夠照顧帶因者的利益，可是社會整體利益的增加可能因而減少，而帶因者也喪失享受更佳基因檢驗服務的利益。

另一方面，不承認人民具有基因隱私權或平等權可以對抗基因歧視，似乎也會有不良後果。例如，目前許多有關基因與疾病的研究還有待進行，需有自願受試者參與研究。而且即使我們認識了基因對疾病的作用，也開發出相關的基因檢驗技術，但是也需要有消費者來使用這些檢驗服務，否則無法回收研究與發展的成本。假如我們沒有妥善方式來事先處理基因歧視，潛在的實驗受試者或使用檢驗服務的消費者就會裹足不前，如此則會對醫學的進步造成阻礙，而使科技不能及早造福社會與人群。所以，為了促進基因檢驗的使用，我們必須事先設想到消除所有人使用基因檢驗的恐懼，唯有消除這類恐懼之後，才能使科技與社會之間能夠有不斷地良性循環發展。

關於解決基因檢驗引發的歧視問題，最理想的目標是能夠促成基因檢驗能夠自由進行，而且帶因者不致於因為檢驗而失去既得利益，如此則社會與個人都能夠享受到基因科技發展所帶來的好處。可是，如我們所知，雇主與保險人在基因歧視上的強烈誘因，以及帶因者或有帶因之虞者對於基因歧視的恐懼，阻礙了社會大眾對於基因歧視的接受度，造成社會與個人無法經由善用基因檢驗而得利。

基因歧視問題的關鍵在於基因檢驗技術是一種新的科技發展產物，以致於現有的社會結構中沒有一套基因風險的分散與交易機制。如果將解決問題的焦點集中於雇主／受僱人或保險人／要保人的平面關係，可能無法產生兼顧公平與效率的制度。在許可基因歧視的制度下，非帶因者能夠獲得社會發展基因檢驗科技的利益，而帶因者一方面獲得利益，但另一方面卻可能遭受損失。而在禁止基因歧視的制度下，則由帶因者能夠獲得基因檢驗科技發展的利益，但是卻未遭受損失，至於非帶因者則能夠獲得有限的間接利益。對於基因隱私權或基因平等權予以承認或否認，等於是二種不同的利益分配方法。以法律上基因隱私權或基因平等權作為分配手段，將傾向於形成你贏我輸的零和遊戲(zero-sum game)。與其由帶因者與非帶因者在零和遊戲中爭奪利益分配，不如設計出一套機制可以使帶因者與非帶因者互相合作，以創造雙方可以共享的更多共同利益。

基於這種資源分配觀點來看，賦予個人基因隱私權而禁止他人使用基因資

訊，並不足以化解社會福祉與個人利益之間的二難衝突。即使我們禁止保險人或雇主取得基因資訊，但是當有人在基因檢驗後為了證明自己有正常或優秀的基因，而主動出示他們的基因資訊時，保險人或雇主便可以推斷沒有出示基因資訊的人可能帶有某些異常或較差的基因(Tabarrok 1994, 85-86)¹⁵⁴。或許有人會建議，為了杜絕根據基因做出推斷或決策的可能性，應當全面規定個人不得無故任意出示基因資訊。反諷的是，如果為了保障帶因者隱私權而採取這種作法，則是同時否定了非帶因者的資訊決定權，反而與隱私權的自主性內涵相衝突。以上的分析表明，即使承認基因隱私權，這種作法並沒有真正消除利用基因資訊的經濟誘因，僅見治標而未能治本。

如果帶因者與非帶因者之間能夠進行某種社會契約，而各自能取得部分基因檢驗所生的利益，這自然是最理想的結果。然而我們可以想像，這種社會契約的交易成本(transaction cost)過高（如選擇當事人的成本、談判成本、資訊收集成本等等）¹⁵⁵，使得全體社會成員之間的自發協議難以達成。因此社會應該提供另一套機制，以代替相關當事人的談判與協議。這套機制的基本目標在於盡可能促成有需要的社會成員都能進行基因檢驗，以降低發病後龐大醫療成本的支出，而使個人與社會得利。

¹⁵⁴ 其實沒有基因異常的人也不當然會主動出示個人基因資訊，例如這些人可能也想將基因資訊加以保密，或者出示基因資訊的利益並沒有大於出示基因資訊的不利益。以上是 Tabarrok 於 2000 年 1 月 25 日致筆者信函所分析的一種可能性。不過即使如此，出示基因資訊的決定權還是保留在個人自己，因此當利益大於成本時，個人還是會出示基因資訊。

¹⁵⁵ 交易成本是經濟學上「寇斯定理」(Coase Theorem)的核心概念。諾貝爾經濟學獎得主 Coase (1960)開始以交易成本分析法律上權利分配與資源運用效率的關連性，而成為半世紀以來最重要的法律經濟分析理論，並引出許多法律經濟分析的重要成果。寇斯定理的基本內涵是，當交易成本為零時，無論法律的規定如何，社會資源的運用會經由個人交易達成最有效率的結果，然而，當交易成本大於零時，則法律的規定方式將會影響社會資源的運用效率。由寇斯定理出發，可知當交易成本過高時，法律可以作為降低交易成本的工具，從而使當事人能完成交易，以促成資源的最有效運用，並使當事人與整體社會的福利增加。

第三節 關於基因條件先天不均之分配正義理論

在人類社會中，帶有某些基因的人可能會使用較多的醫療資源以維持生命或生活品質，或者有較高的機會比他人更早到達死亡或缺乏自我照顧能力的狀態。這些基因上的特徵來自於遺傳，而不是個人選擇，因此是一種人與人之間的天生不平等(natural inequality)。

關於基因上天生不平等與正義的討論，在政治哲學上可以找到二種主要的對立觀點。左派觀點主張社會可以為了照顧弱勢成員而積極進行強制性的干預，以實現弱勢者的權利；而右派觀點主張捍衛個人自由，除了在最小限度的範圍以內，國家不可以剝奪個人權利。在當代政治哲學中，前者代表人物為 Rawls，而後者代表人物為 Nozick。以下則分別簡介二人主要觀點，並應用至基因歧視問題的討論。

一、Rawls 的觀點

在 *A theory of Justice* (1971)一書中，Rawls 試圖證明社會資源應當優先分配予天賦上弱勢者。他設計了原初狀態(the original position)的理論假設狀態，並認為如果個人在締結社會契約時處於這種狀態，則個人應當會選擇優先分配社會資源予天賦上弱勢者的分配方式。在原初狀態中的個人，於從事分配正義原則的選擇時，處於一種資訊受到限制的無知之幕(veil of ignorance)的下，而無法事先知道個人在締結社會契約之後的自然天賦與社會地位。由於每個人都有成為弱勢者的機會，這促使每個人在選擇分配正義原則時會考慮到弱勢者的地位。

依 Rawls 的看法，在原初狀態之下，人們將同意選擇二項正義的原則：一、每一人都擁有最大程度的相等自由。二、財富與權位的不平等，只有在能夠對每一個人都有利，尤其是在有助於社會中最不利者的條件下，才合乎正義（這個第二項原則被 Rawls 稱之為「差異原則」(the difference principle)¹⁵⁶。基於以上這二項正義原則，社會不得為增進多數人利益而犧牲少數人。Rawls 主張，在追求

¹⁵⁶ 關於 Rawls 對這二項原則的基本陳述，見 Rawls(1971, 60-65)。關於這二項原則的進一步申論，見 Rawls (1971, 243-251; 298-303)，以及 Rawls (2001, 42-50)的修正。

政治與經濟利益的分配時，當我們決定消除天賦與社會地位等偶然機運的影響，我們便會選擇這些正義原則(Rawls 1971, 12-15)。

為何我們應當支持差異原則？¹⁵⁷首先，Rawls 提出了一種我們可以稱之為「社會合作」的論證。他認為個人只有在一個相互合作的體系下才能實現個人福利，否則，大家都無法擁有令人滿意的人生。為了促使人人都加入這個合作體系，因此必須以合理的條件為基礎，而他所提出的正義原則便是這種合理的協議條件，以至於即使是社會存在有天賦較佳者，也能吸引其他人的參與合作(Rawls 1971, 15)。

其次，他提出第二種我們可稱之為「反對依天賦條件分配資源」的論證。他認為在競爭性市場經濟下，任一特定時期中的所得與財富分配，取決於起始點的資產分配狀態，因此現有分配結果是否正義，必須根據起始點的資產分配來論斷。而 Rawls 進一步認為，由於起始點的資產分配受到了自然與社會偶然因素的影響，現有的收入與財富分配是自然資產(natural assets)先前分配的累積結果。分配的數額受到這些道德上恣意因素 (factors so arbitrary from a moral point of view)所影響，是一種明顯的不正義(Rawls 1971, 72)。因此差異原則代表著一種將自然天賦的分配視為共有資產的協議(We see then that the difference principle represents, in fact, an agreement to regard the distribution of natural talents as a common asset and to share in the benefits of this distribution whatever it turns out to be.)¹⁵⁸。先天較有利者，唯有在改善其他不利

¹⁵⁷ 關於這一點其實是 Rawls 整個正義理論最關鍵的地方，而他也花費了許多篇幅比較各種選擇策略的相對優劣。不過，這些問題涉及在一次性的選擇機會下個人會採取何種對於風險的態度，以及我們對於理解個人理性的一般性方法論問題，因此關於這些問題本文此處不加以詳細討論，而只討論關於天賦上的優勢者與弱勢者之間如何締結社會契約的相關論點。

¹⁵⁸ 將人身天賦資產的分配視為共同資產是一種相當激進的觀念，連共產主義者都不曾有過如此的主張。關於這段備受爭議的文字，Rawls 後來有所補充解釋：被視為公共資產者是自然天賦的分配(the distribution of natural endowments)而不是自然天賦本身(natural endowments per se)。基於個人的身、心完整性受到社會基本權利所保障，因此社會不能針對個人天賦具有所有權(Rawls 2001, 75)。不過即使如此解釋，我們還是可以基於 Nozick 的觀點（詳後）加以質疑：不論是「將人類使用自然天賦的成果共有化」，或是「將人類自然天賦本身共有化」均構成侵犯個人權利。「將人類使用自然天賦的成果共有化」無異於強迫勞動或剝奪人類努力的成果。

者處境的條件下，才能由他們的幸運享受利益。個人先天上更優秀的能力，或社會上更好的起點，並不是他所應得之物。不過，Rawls 並不主張將先天上的優劣之分加以消除，而是主張安排社會的基本結構，而使這些偶然因素能造福不幸者 (Rawls 1971, 101-102)。

Rawls 關於原初狀態及無知之幕的描述，很近似於運用基因檢驗科技之前的社會狀態。一旦在社會上運用基因檢驗科技，社會大多數人不確定的基因狀態將因此而顯露。如果因此發現某些帶因者可能消耗較多的社會資源，其他人有沒有補貼扶助的義務？從 Rawls 的差異原則來看，為了避免運用新科技的利益分配不均而損害少數人，唯有在社會能夠禁止基因歧視，或補償基因歧視所生損害的前提下，才合乎正義的要求。換言之，正義的差異原則要求社會對帶因者給予扶助。至於非帶因者為何必須犧牲天賦的利益？Rawls 認為個人對於天賦條件沒有道德上的功勞，因此不能單純基於天賦的幸運而享有權利，而個人因天賦所取得的利益，則必須用來幫助其他不幸者方才合乎正義。

二、Nozick 的觀點

相對於 Rawls 主張國家可以積極以正義之名干預個人自由的左派立場，Nozick 則是屬於主張限制國家權力，強調個人自由的右派立場，這類立場在政治哲學上稱之為放任自由主義(libertarianism)，而有別於通常所謂的自由主義(liberalism)。關於分配正義，Nozick(1974)建立了一種權能理論(the entitlement theory)來加以說明。他的權能理論主要有三個部分：一、關於取得的正義原則(the principle of justice in acquisition)。二、關於轉讓的正義原則(the principle of justice in transfer)。三、關於不正義持有的矯正(the rectification of injustice in holdings)。他的基本觀念為：如果個人對於資源的原始取得或繼受取得具有正當性，或者基於矯正不正義而獲得某種資源，則個人持有這種資源便合乎正義，而不應由國家加以干預。而只要每一人所持有的資源合乎正義，則資源的整體分配便合乎正義(Nozick 1974, 150-153)。Nozick 舉例，當人民自願花錢觀賞職業籃球巨星的演出，如果觀眾的錢財來源具有正當性，而觀眾為了觀賞比賽，自願將錢財支付予職業籃球巨星，則職業籃球巨星的鉅額所得並不破壞分配正義(Nozick 1974, 161-162)。

Nozick 反對依據道德或社會利益等等模式化(patterned)的分配原則。為了維持這些模式化的分配正義理論，必須不斷對人民生活進行干預，如阻止人民依個人意願轉讓資源，或者對某些人民收取資源，才能防止人民的自由行為造成偏離模式的狀態(Nozick 1974, 163-164)。而為了追求公平而對個人進行干預的作法，更導致了某種形式的強迫勞動(forced labor)。如果個人願意經由更多勞動而取得比他人更多的財產，對於這些勞動所得課稅即形同是強迫這些人為貧乏者服務(Nozick 1974, 162-163, 169-172)。

Rawls 認為個人對於天賦沒有權利的主張，以及他為這些主張提出的哲學論證，遭到了 Nozick 的強烈批判。

關於社會合作的利益分配，Nozick 首先指出 Rawls 忽略了分配合作利益的二種不同型態：一種是如何分配社會合作利益的總額，另一種則是如何分配經由社會合作增加的數額。他認為 Rawls 其實只注意到第一種型態的分配，而忽略了第二種分配型態(Nozick 1974, 184-185)。其次，他建議我們可以設想一種較小範圍的社會合作，天賦條件較佳者自成一個群體，而天賦條件較差者也自成一個群體。這二個群體的成員都能經由原有的合作而得利，可是如果這二個群體合併為一個群體時，Nozick 認為這二個群體所獲得的收益增加已經不平等，因為天賦較佳者中有人從事發明創造而產生許多利益，因此天賦較差者經由與天賦較佳者合作，將享受到比原先更多的利益。如果以公平的名義再限制財產的自由轉讓，會使在社會契約下已經得利較多的天賦弱勢者進一步取得更多利益。而 Rawls 的社會合作協議條件，其實是主張天賦較差者可以取得更多的新增利益，然而，為何在分配上反而不是由天賦較佳者獲得較多的新增利益？而 Rawls 並無法證明，為何天賦較佳者沒有理由抱怨天賦較差者可以取得更多(Nozick 1974, 193-197)。

關於自然天賦與資源分配問題，Rawls 認為，在競爭性的經濟市場下，所得與財富的分配即使有效率，也受限於起始點的先天立足點不平等，由於受限於道德上恣意的先天偶然因素所支配，因此經濟市場的分配並不正義。而 Nozick 卻指出，Rawls 這種論證方式貶抑了個人自主性的選擇與行動，而將所有的個人成就歸於「外在」條件，這可能與 Rawls 原本所追求的人類自主與尊嚴背道而馳(Nozick 1974, 213-214)。其次，我們可以清楚看出，Rawls 為了證成個人不能單

純基於天賦條件而享受利益，有一種抹煞個人天賦與自然特徵為人格核心的傾向，因而主張個人天賦的分配為社會共有資產。而 Rawls 雖然聲明正義的二項原則排除了將人視為追求他人福利的手段(Rawls 1971, 183)。可是 Nozick 指出，Rawls 卻將個人的能力與資質充當為供他人所用的公共財產(Nozick 1974, 228)。

總而言之，Nozick 對於天賦資產的主張是，不論由道德角度觀點而言天賦資產是不是恣意，個人對於天賦資源具有權能，而且對於因天賦資產所生出的利益也具有權能(Nozick 1974, 226)。例如，當二位男士同時追求一位女士，如果其中一位男士因為天賦儀表才智較好而贏得佳人芳心，則另一位男士是否有權抱怨不公平？Nozick 認為，即使天生的儀表才智不是經由努力獲得，我們也不能認為基於天賦獲益即違反公平，更不能破壞天賦較好者的有利條件，或者由天賦較佳者取得某些資源補償天賦較差者(Nozick 1974, 237)。

第四節 多元正義

依照 Rawls 的理論來看，基因並不是經由個人努力所獲取的資源，當這種資源影響到人們的前途時，在道德上並沒有正當性，因此基因較佳者使用基因而來的利益，應當與擁有較差基因者共同分享。而根據 Nozick 的看法，即使基因不是個人努力的成果，也不應干預基因對於人們前途的影響。我們不應要求擁有較好基因的人放棄來自基因的利益，也不需要補償在遺傳上天賦較差的人。

這二種南轅北轍的論點，究竟哪一種比較合乎社會實踐與我們對正義的看法？很顯然，Rawls 強調保障天賦弱勢者的立場超出一般人在社會生活中人所實踐的正義標準。即使個人對於基因並沒有功勞，但是並不必然表示個人享用來自於基因的利益違反正義。至於 Nozick 的看法，則已經與現實上各國推行的社會福利與社會保險制度有所矛盾。如果這些制度已經出現並且能夠持續獲得支持，則可以證明社會大眾在一定的限度內支持將資源分配給弱勢者，即使弱勢者對於生產這些資源並沒有任何貢獻。不論是 Rawls 或 Nozick，他們的共同特點是企圖在理論上導出一個普遍性的分配正義法則。這種普遍性的思維模式，或許並不能完全契合一般人民的正義感，因此我們需要一個更具有彈性的思考架構，以幫助我們分析分配正義問題。

一、正義標準與各種社會關係

或許社會實踐對於正義的看法落在 Rawls 與 Nozick 這二極之間。不過，盲目或機械性的折衷方式無法引導我們從事關於正義的理性溝通。關於這個問題，社會心理學家們已經提出一些很值得參考的分析架構。Deutsch (1975)曾經針對人類的不同「行動目的」，而將正義法則區分成三種。他認為，正義的價值在於促進社會合作與增進個人福祉。當經濟生產力是主要目標時，則依據貢獻而分配的衡平(equity)將是主要分配法則；不過，根據相對生產力的高低而給予差別待遇，可能引起人際間的嫉妒，因此當維繫友好關係為主要目標時，齊一分配的均等(equality¹⁵⁹)是主要的分配法則；不過，在照顧老幼與病弱者方面，以上二種分配法並不適當，當個人福祉與促成個人發展是共同目標時，滿足需求(need)就成為主要法則。Deutsch 的研究顯示，人們根據不同的動機，而交錯使用各種分配正義法則，而不僅限於哲學家所設想的某一種普遍法則。

Lerner (1981)則進一步根據「社會關係」的差異，而歸納出分配正義的各種模式。他觀察到，正義具有互相矛盾的二種屬性，亦即，正義具有「客觀性」與「變異性」(justice as objective but varying)。正是正義的這種矛盾屬性造成了許多的爭論與困惑。不過，他也發現，正義其實是人際關係中的內在部分，在不同的關係類型中，各有相對應的分配正義法則。Lerner 的研究結果如下表：

¹⁵⁹ 關於 equality 以及其他相關概念，如 equity 或 fairness，在英文中往往依使用者的文化或學科背景而出現不同意義，因此增加了翻譯困難。equality 在法學上有時意指均一或均等，有時則意指根據實質規範標準從事差別對待。但是在社會心理學文獻上，equality 被用於指涉均一或均等，至於根據功過或貢獻而差別分配，則使用 equity。不過，equity 在法學上意指衡平，使用於救濟法律在個案上的僵化結果。在本文中，則依據學科脈絡將 equality 分別翻譯為「平等」或「均等」。至於 equity，則一律翻譯為「衡平」。此外，對於使用中文的人士而言，應當特別注意在英文中 fair 與 equal，或 fairness 與 equality 有細微的區分。自從 Rawls (1971)鼓吹 Justice as Fairness 以來，fairness 在倫理學上獲得更廣泛的使用。根據 Fletcher 的說法，在談論正義問題時，強調 fair 的概念是英、美等國運動文化下的獨有特徵，在歐洲或閃族語系當中並沒有相類似的語言，因此 fair 在這些國家中無法直接加以翻譯(Fletcher 1996, 81)。在本文中，為了將 fairness 與 equality 相區別，「平等」意指 equal 或 equality，而「公平」或「公道」則意指 fair 或 fairness。

Prototypical Experiences (Lerner 1981, 26)

Associated cognitive elements	Identity	Unit	Nonunit
Person perception	Same “me”	Similar “us”	Different “them”
Activity relation to goal	Vicarious dependency	Mutually facilitative convergent	Hindering divergent
Outcomes	Need welfare	Equality equivalence	More less

Lerner 將人際關係分成同一性(identity)、連結性(unit)與非連結性(nonunit)三種（如表上方第一列）。在第一種關係中，人們將他人視為與自己相同的人，彼此之間相互依賴，使用滿足需求與福祉作為分配法則。在第二種關係中，人們將他人視為與自己類似的人，彼此之間以互助方式進行互動，而使用均等或相等作為分配法則。至於第三種關係，人們將他人視為與「我們」不同的「他們」，彼此間處於競爭干擾的狀態，而使用計較得失的方式分配資源。

這些社會心理學研究提供了我們深入思考分配正義的良好參考¹⁶⁰。這些研究指出，分配正義法則的內容涉及了社會關係的類型、人們進行社會交往的目的，以及人們對於他人的態度等等因素。如果這些研究的確能夠在相當程度上反映了我們的社會實踐，則以下的幾個觀點值得我們加以考量：

一、抽象哲學理論與社會實踐之調和

雖然背景正義原則的建立必須藉由哲學性的思考加以完成，但是抽象的正義理論不應否認社會上存在著多元性社會關係與分配正義標準的事實。如果我們企圖建立單一標準的正義理論而適用於全體社會，則無異於抹煞了社會實踐所形

¹⁶⁰ 值得注意的是，這些社會心理學研究來自西方社會，因此是否在其他文化中也具有相同的分析能力或解釋價值，值得進一步加以深思，也值得由國內的心理學家進行比較與驗證。不過，只要我們不忽略文化差異的影響，這些研究成果仍然可以作為我們看待社會現象的一個參考。更進一步來看，一個社會的次文化之間也往往存在文化差異，這更警惕我們思考規範問題時，必須注意到社會現象的複雜性，而不能僅僅基於被視為理所當然的某種價值觀或意識型態輕率論斷。

成的多元化標準。但是如果完全容忍目前社會實踐中運作的分配標準，則形同主張維持現狀的保守主義。為了避免落入以上這二種極端，我們應當建立一種折衷於二者之間的正義理論。

二、分配正義標準與社會關係性質

在不同社會關係之下，人們以不同標準處理資源分配問題。基於這個觀察，如果我們發現人們對於處理資源分配的標準產生爭議，則我們可以推測這是來自於人們在社會關係的定性上有所歧異¹⁶¹。由此我們可以了解，分配標準爭議的發生原因，並不一定是單純來自於相關當事者的個人特質或是道德修養。對於社會關係的認知差異，以及隨之而來的態度分歧，可能才是更重要的原因。

隨著社會變遷與社會關係複雜化，我們往往會置身於一些沒有明確規範的社會情境，以至於現代人面臨了更多「角色衝突」或「自我認同」的困境¹⁶²。社會情境的曖昧性導致了社會成員對於社會關係與分配標準的認知不一致。為了解決資源分配爭議，我們有必要對於社會關係的性質加以確定，才能夠凝聚關於分配標準的共識。

二、多元正義標準之並存與相互補充

當我們承認社會中存在著多元正義標準時，將會發現這些正義標準之間彼此並不一致。某一種社會關係中使用的正義標準，在其他社會關係中卻可能被視為不正義。例如，我們容許以外表吸引力作為選擇婚姻對象的標準，但是卻不見得願意使用外表吸引力決定工作或受教育機會的分配。

我們如何看待社會中的多元正義標準？是否有必要以某一種社會關係中的標準調整其他社會關係中的標準？根據 Walzer (1983, 4-10)的觀點，我們不應使

¹⁶¹ 在不同社會關係之下，人們以不同標準處理資源分配問題。這個命題來自於社會心理學家的觀察與歸納。至於「關係」與「分配標準」之間究竟是充分條件或充分必要條件的關係，或者僅是經驗上的概率關係，則有待進一步研究加以證實。因此就嚴格邏輯觀點而言，我們不必然能由「分配標準」的存在或不存在而推論出「關係」的存在或不存在，而只能進行推測。

¹⁶² 根據這個觀點，我們就可以輕易理解，當社會變遷速度快時，關於司法人員操守標準、學術倫理、醫事倫理以及各種專業倫理，將會出現新的爭議。但另一方面，這些專業倫理的內容也會不斷地更加細緻化，以因應解決曖昧情境的需要。

用單一標準分配所有的資源，因為每一種資源都有其內在的社會意義，唯有根據資源的社會意義從事分配才符合正義。而 Miller(1995a)則指出，Walzer 的理論更指示我們應當盡可能地維持更多的分配正義領域，而不是減少分配正義的領域。

雖然 Walzer 的分配標準多元論有其道理，但是或許有人會質疑，如果我們沒有建立一個普遍通用的正義標準，則是否針能維持一個社會的整體正義？¹⁶³

對於這個問題，Miller (1999, 25-41)後來由另一種不同方式發展出了多元正義的理論。他認為各式社會關係可以歸納為三種基本類型，而基於這三種類型分配模式的同時存在與相互平衡，則可以發展出兼顧理想與現實的分配正義架構。第一種分配類型發生於連帶社群(solidaristic community)關係。在具有共同觀念、態度的共同體成員之間，正義的原則是根據需要(need)而分配。第二種分配類型發生於工具性結合(instrumental association)關係。在為了功效目的而共同合作的人群之間，正義的原則是根據功過(desert)而分配。至於第三種分配類型則發生於公民資格(citizenship)關係。在共同政治體的關係之中，正義原則依據均等(equality)標準界定公民身份的權利義務關係，亦即每人具有相同的自由與權利。如果有人自由、權利上不具有相當的地位，則這種淪為次等公民的狀態不符合正義的要求。

我們可以看出 Miller 的多元分配正義架構具有以下的涵意：一、在一個正義的社會中，的確容許某些社會關係的運作以功過或貢獻程度分配資源，並允許分配結果的不平等。二、社會資源的不均等分配，不應當影響社會成員身為平等公民的地位與必須生活需要的滿足。不過，由另一方面觀察，Miller 的架構在應用上具有不確定性。例如，關於何種資源的分配影響平等公民身份或必須生活需要，在理解上具有不確定性(Miller 1999, 32-41; 230-229)。

多元正義論的優點是能夠在相當程度上符合我們社會的生活經驗，不過另一方面，多元正義理論的可能缺陷在於只是重述現狀，或者甚至根本不能提供指引。例如 Dworkin (1985, 214-220)曾經批評，當系爭資源的社會意義不存在共識，Walzer 的理論無法回應衝突意見對立的問題。對此問題，Miller (1995a, 7-9)建議可以透過雙重詮釋的方法理解資源的社會意義。他認為可以一方面在社會制

¹⁶³ 對於 Walzer 理論的這種相關質問，可參見 Gutmann (1995)與 Arneson (1995)。

度與實踐中詮釋分配的原則，另一方面則以融貫性與一致性標準整理人民對於社會實踐的信念，而透過類推方式將人民在某個議題上的確定信念應用到有爭議的議題上，從而確立系爭資源社會意義與分配標準。

鑑於人類知識的有限性，以及社會制度發展的歷史性，筆者認為多元正義理論是一種比較合理的立場。誠如 Hayek (1973; 1976) 所見，人類的理性能力與知識不足以完全掌握社會現象的複雜性，只能隨著社會的演化逐步發展出適當的行為規則，而無法建構出一套全面性的正義理論。根據這種立場，筆者認為經由 Miller 所補充發展的多元正義理論，一方面重視社會制度與實踐所展現的分配原則，另一方面能夠以詮釋性的方法補充社會對於資源社會意義缺乏共識，在相當程度上能夠兼顧理想與現實，因此不失為值得參考的理論架構。

基於多元正義理論，我們可以進一步發現，正義原則的形成來自於社會實踐與理性反省的互動。這意味著正義原則並非是先驗(a priori)或獨立於人類而客觀存在的實體，而是經驗性與人為的價值。分配正義原則的發展，是一種高度人文文化的社會行動與理性思想建構。當新的社會情境帶來了分配資源的難題時，筆者認為，除了對於社會實踐與人們的正義信念加以詮釋之外，我們有必要對於安排社會制度的不同方案從事比較，以促使發展正義原則能夠建立在理性溝通與選擇的基礎之上。

三、多元正義與基因歧視

在現代化的複雜社會中，多樣性的社會關係同時存在，而這使得我們制訂公共政策與法律規範時陷入了困境：當我們在某一種社會關係中試圖實現正義，卻可能在另一個社會關係中造成不正義。基因歧視則是這種社會問題的一個典型，以下本論文將依據多元正義觀點從事分析¹⁶⁴。

（一）基因歧視在正義上的根本問題

為了思考如何解決基因歧視的各種問題，我們必須面對許多法學與倫理方面的概念、知識、原則與價值，並嘗試在這些陸離紛雜的觀點中整理出一個有條

理的秩序。不過，關於這個複雜的問題叢節，如果能夠釐清一個根本問題，則能夠在各項細節爭點上提供我們思考的指引：當一個人因為遺傳因素，而有可能在未來需要消耗比較多的資源，或是導致經濟生產力比較弱，我們應當如何看待這件事？

如果我們將勞動契約視為勞資雙方交易勞動與薪資的法律關係，則我們並沒有理由干預雇主對於受僱人健康傾向的評價。如果我們將私部門的保險定性為個人從事避險而組成的自願性結合制度，則我們沒有理由干預保險人對於要保人風險程度與保費的分類。當雇主或保險人的評估有誤，則他們自然會承擔損失，因此理性的雇主與保險人不至於基於沒有意義的偏見從事決策。反之，當他們的評估正確，則我們似乎更沒有理由干預他們的決策。除非社會上的雇主與保險人在評價契約相對人的健康風險上普遍性地發生明顯錯誤，而這種錯誤無法經由市場機能自行調整時，我們才有充足理由以法律干預私人決策。但是，如果我們企圖私法上的保險契約與勞動契約具有實現社會福利的功能，則以法律限制私人的決策範圍似乎就成為理所當然的作法。如此一來，雖然乍看之下法律已經解決了問題，但其實法律並沒有真正解決契約雙方之間的利害衝突。

在當代主流的道德哲學或人權理念之下，我們認為人的價值不會因為個人生理條件而受影響，換句話說，即使人的生理狀態各不相同，但是人人都應該具有相同的人格價值。不過，在承認這項理念的時候，我們也應該注意，雖然人人都具有相同的人格價值，但是每個人的生理狀態並不相同，不應當因為肯定前者而抹煞後者。畢竟，這種自然事實不會因為倫理或法律規條而有所改變。

在某個意義上，其實各種分配正義觀點的歧異最終可以歸結為Allen Buchanan (1990)所謂「互惠性正義觀」(Justice as Reciprocity)與「主體中心正義觀」(Subject-Centered Justice)的對立。互惠性正義觀主張，唯有對於社會生產有所貢獻，個人才擁有分享社會資源的權利。而主體中心正義觀則以為，基於人格者在道德上的根本平等(the fundamental moral equality of persons)，即使個人對於社會生產沒有貢獻，也具有分享社會資源的權利。由這個觀點來看，反對

¹⁶⁴ 關於本論文使用的多元正義分析架構，筆者在相當程度上受到 Walzer (1983) 與 Miller (1995a; 1995b; 1999)之啟發，但是在應用上卻不一定能夠完全符合他們的哲學立場。

基因歧視的立場最終只能訴諸主體中心正義觀。即使帶因者的未來健康風險高或經濟生產力較低，他們也應當擁有與一般人相同的待遇或參與權利。反之，贊成基因歧視的立場則是來自於互惠性正義觀，所以認為根據基因從事差別待遇具有合理性與正當性。

以上這二種分配正義觀點，何者適合用於處理基因歧視？如果基於傳統上追求單一正義標準的哲學傾向，我們則會企圖論證這二者中何者為優先，並駁斥另外一種觀點¹⁶⁵。不過，基於多元正義理論，我們知道，抽象上比較這二種哲學觀點的優劣，對於解決問題的幫助有限。我們必須進入具體的社會領域脈絡、釐清系爭社會關係中對於分配法則的社會實踐以及系爭資源的社會意義，並比較各種制度性安排的相對優劣，才能妥善處理基因歧視。

為了更清楚地理解基因歧視涉及的分配正義領域，我們可以先區分「分配資源的層面」與「分配社會負擔的層面」進行觀察。通常論者對於基因歧視的討論僅侷限在分配資源的層面，因此形成了道德上的二元對立局面，似乎基因歧視只與契約雙方有關，而我們必須選擇立場支持其中一方：基於互惠性正義觀支持經濟力量強大的保險人或雇主，還是基於主體中心正義觀支持弱勢而需要資源的帶因者？

不過，如果加入分配社會負擔的觀點，則我們對於基因歧視的認知將不再侷限於這種二元對立的局面。為了討論上的便利，我們先假設所有社會成員都承認人在道德上具有相等地位，因此都接受主體中心正義觀，並且認為人人都有相等義務實現主體中心正義觀的要求。至於接受主體中心正義觀的人應如何針對社會負擔加以分配？根據我們目前的社會實踐，我們可以歸納出四種處理社會負擔的分配正義原則，並認為合理的主體中心正義觀支持者也應當接受以下原則：一、分配正義原則要求實現公共利益的成本應由全體社會成員共同負擔，例如為維持司法、國防、教育等等基本社會制度，應由社會全體成員共同納稅支持。二、如果在社會資源足夠豐富的條件下，分配正義原則不反對以集體的社會資源實現正當的特殊利益，例如針對弱勢者的需要而給予特殊扶助。三、除原則二之外，關於實現特殊利益，應當由享受利益的特定人自行負擔成本。四、如果為了實現

¹⁶⁵ Allen Buchanan (1990)的論著就典型地反映了這一種傾向。雖然他批評了互惠性正義觀的缺陷，但是他並未能充分說明主體中心正義觀的相對優點與限制。

公共利益而導致特定人的正當利益受到損害，則應當由社會提供補償。

根據以上的原則我們可以看出，帶因者的工作與保險機會是一種個人利益，因此我們應適用原則二或原則三。如果依據帶因者的個人能力無法自行實現尋求理想工作與保險的成本，則我們可選擇原則二，以公共資源扶助帶因者實現個人利益。基於這個結論，我們發現強制保險人或雇主不得實施基因歧視，形同於要求未享受利益的私人負擔其他私人的生活需要，而這抵觸了原則三的要求。依據原則三，應由社會整體而不是由私人負擔照顧特殊利益的成本。為了正當化禁止保險人或雇主實施基因歧視的要求，我們也可以將滿足帶因者的生活需要解釋為一種公共利益，因此保險人與雇主身為社會的成員，有義務負擔實現公共利益的成本。畢竟，建立一個具有包容性的社會，或者消除社會的不幸，可以使全體社會成員的良心得到滿足。不過，即使我們適用原則一要求保險人與雇主應當滿足帶因者的需要，但是僅止於此則有所遺漏。如果滿足帶因者的需要是一種公共利益，則其他社會成員也應當共同分擔成本，而不是只有保險人與雇主應負擔這種成本。

由以上的分析可知，如果其他社會成員只是身為旁觀者，而不共同參與履行分配正義的要求，則保險人與雇主確實有正義上的理由反對僅僅由他們負責滿足帶因者的生活需要。換句話說，如果創造一個有愛心的無障礙社會是人人應盡的義務，但是卻有其他眾人不分擔這種社會義務時，則顯然不合乎「正義」或「平等」要求，也有「慷他人之慨」或「搭便車」(free riding)的道德瑕疵。為了實現分配社會負擔的正義，在我們企圖消除基因歧視時，全體社會成員應當共同承擔賦予帶因者資源與機會的成本，例如透過國庫補貼雇主，或者以社會保險替代商業性保險。

為了避免我們在分配正義的原則上自相矛盾，在我們的社會實踐之下，即使是主體中心正義觀的支持者，也必須正視社會負擔的分配合理性，而不能單純僅僅由資源的分配層面主張禁止基因歧視。否則，即使在資源分配的層面上實現了正義，卻同時在負擔分配的層面上造成不正義。基於多元正義的觀點，這二個正義領域都不能加以忽略，否則無法維持各種正義之間的平衡與協調。

以下本論文將針對保險與就業的具體問題，分析資源分配上的正義問題。

（二）多元正義與保險基因歧視

健康保險所分配的資源是醫療服務。在本論文第五章第二節中，筆者已經初步分析了由商業性保險與社會保險滿足帶因者保險需求的相對優劣，並且認為不論是促進維護商業保險效率或維持負擔公平的立場，應由社會保險滿足帶因者的保險需求。在眾多的美國方面文獻上，之所以許多論者主張保險人不可實施基因歧視，主要的原因是美國並沒有其他先進工業國家所推行的普遍性社會保險制度。如果個人帶有致病基因且又失去保險，在美國這種醫療費用高昂的國家，帶因者可能將陷入 Hudson *et al.* (1995, 393)所謂被判處死刑的處境。在這種社會環境下，反對商業性保險的基因歧視成為一個即時上有必要性的因應對策。

關於提供帶因者所需的醫療服務，其實部分論者也已經發現到社會保險才是根本解決問題的方法¹⁶⁶。因此即使是向來堅持平等的 Dworkin 也同意，如果每一個人都能夠獲得基本的保險，則保險人可以實施基因檢驗，並根據基因風險差別收費(Dworkin 2000, 435-436)。

基於多元正義立場，筆者認為法律不應當干預商業性健康保險根據風險而差別收費。為了補救商業性健康保險不足以協助經濟弱勢者取得保險，應當由其他社會制度（如社會保險）加以補救，而不宜貿然干預商業性保險制度的既有運作原則。其實社會保險的歷史發展本身就是一個多元正義的例子。在十九世紀與二十世紀前期的西方工業化國家，由於勞工安全衛生條件不佳，某些工作環境容易發生意外災害或導致職業病，因此使工人具有健康上的高度風險。不過，這些工人的經濟地位使他們不得不接受危險性較高的工作，但同時也使他們沒有財力購買足夠的商業性健康保險。因此，最需要健康保險的人反而無法獲得健康保險。

為了解決經濟弱勢階級無法獲得保險的社會問題，西方工業化國家紛紛採納了推行社會保險的方案，而並未立法禁止保險公司根據健康風險程度差別取價，亦即，不干預既有的商業性保險制度，而另外創造一個補救商業性保險涵蓋面不足的社會保險制度。由歷史的後見之明來看，不干預商業性保險是比較明智的作法。商業性保險是一個既存的制度，原本能夠發揮協助私人自行避險的功能。如果為了社會政策目的而干預商業保險的計價原則，將扭曲商業性保險的運作，並帶來一些額外的負面後果。例如，商業性保險反映風險的效率降低之後，

¹⁶⁶ 例如，Lee (1993); Beckwith and Alper (1998); Gulati (2001)。

可能影響到保險市場提供多樣化保險商品的能力，而造成某些消費者的福祉降低。

為了解決社會問題，如果我們有多數方案可以選擇的話，當我們必須為了達成目的而付出破壞一個既有制度的代價時，則應當考慮是否可以經由建立或調整其他制度達成目的。當然，在這些方案之間，我們應當從事理性、審慎地比較與評估相對優劣，而選擇最少負面後果的方案¹⁶⁷。以回應保險基因歧視為例，究竟我們應當選擇使商業保險負擔團體互助的任務（雷文玫 2000），或是選擇社會保險，應當先比較這二種方案在公平性、效率、可行性等等層面的優劣。此外，當實施社會政策而涉及了財富重分配時，由於涉及人民重要權利義務的剝奪與限制，不論財富重分配方案在法律形式上是透過立法或司法判決而實現，在決策過程中應當詳細說明價值判斷的理由。

（三）多元正義與就業基因歧視

1. 工作權與就業基因歧視

我們應當使用何種正義原則分配就業體系中的資源？如何認定就業關係在分配正義上的類型？根據 Miller (1999)的三種分配正義關係架構，如果我們認為機會與酬勞應當根據能力或貢獻，則我們採取工具性結合的態度看待就業關係，這種情形在競爭性的企業中最常出現。當我們認為人人應當在權利與酬勞上均等分配，則是採取公民資格的觀點進行分配，例如某些不容易判斷相對貢獻大小的合夥關係，或者是共產主義社會。如果我們認為機會與資源應當依據需要而分配，則是基於連帶社群立場。例如在某些工業國家實施的產假與育嬰假期制度，資源的分配是針對女性員工的需要，而不是她們在勞動生產上的貢獻。

筆者認為，當國家對於社會實施干預時，原則上應當以工具性結合的觀點看待就業關係，而不應以公民資格或連帶社群關係的觀點處理就業體系的資源分配。因此，國家的干預範圍，以維護就業市場的誠實交往與人力資源的合理配置為原則，而不宜動輒為促進公民資格或連帶社群關係而實施強制干預。公民資格或連帶社群關係的維持，應透過其他社會制度加以實現。為何應儘量維持就業關

¹⁶⁷ 我國法學界對於這個觀念應當不陌生。這個觀念其實就是比例原則下的「最小侵害原則」，亦即，應當在多數方法之間選擇侵害最小的方法。

係的單純化？如果從事生產以外的其他社會目的過度介入就業關係，將使生產與資源分配的關係複雜化，而不利於促進就業系統的效率。其次，關於維持工具性結合以外的公民資格或連帶社群關係，我們應留意「目的」與「手段」的區別。為了實現許多良好的社會理想，不一定只能透過強制干預就業系統作為手段。

基於以上立場，筆者認為在職場上應以貢獻或生產力作為分配正義的原則。換句話說，職場的正義原則在於使人盡其才，如果人力資源配置不當，即構成不正義。至於判斷就業基因歧視是否合乎正義，則我們應探討基因歧視是否阻礙人力資源的合理配置。

或許有人擔心，放任基因歧視將會導致許多人因為遺傳條件而受到排斥，或者將被迫接受不合理的勞動契約條件。這種擔心在相當程度上來自於想像。關於職場基因歧視在未來的普遍性與帶來的正、負面效果，目前我們並不能夠清楚論斷。當我們進行前瞻性的趨勢判斷，並不應一昧偏向於悲觀主義或基因恐懼症。

除了少數發病機率較高、一旦發病則健康受重大影響的帶因者之外，即使雇主可以合法使用基因資訊或基因檢驗，也不必然使所有受僱人都會造成嚴重影響。由於一個人的生產力取決於許多因素，除了健康狀態之外，也取決於工作技巧、責任感、創造力、溝通協調能力等等因素。如果健康惡化的時機不是很近，或病情不至於嚴重干擾個人活動能力，則帶因者仍然可能是一位有生產力的受僱人，而不至於因為基因歧視而完全喪失工作機會。此外，醫藥的進步能夠降低疾病對人類的不利影響，而科技的發展也能夠提供許多便利性的輔助設施或工具協助人類發揮生產力，因此也能夠緩和遺傳因素對個人就業的不利影響。更何況，每一個人或多或少都帶有不良基因，以基因尋找模範員工的作法並不切實際。當我們考量以上情形後，可以推斷，未來普遍出現不理性基因歧視的可能性並不高。

在就業篩檢措施的脈絡下，基因歧視是一種老問題的新型式。目前酒精測試、毒品、藥物測試、一般體檢，以及心理學上的人格特質測驗，乃至於學歷等等，都可以在產業上作為篩選或監控受僱人的手段。如果這些手段有助於提昇產業人力資源的配置效率且不違反法律，則根據基因配置人力資源的違法性何在？就目前既有的生理或心理篩檢措施而言，其實並非所有產業都有篩檢需求，因此這些措施並非受到普遍使用。不過，如果特定產業具有篩檢需求，則我們不應輕

易否定篩檢措施的合法性。以基因檢驗為例，在醫學知識與檢驗技術具有可靠性的限度內，一概禁止基因歧視將妨礙人力資源的配置效率。

根據目前社會的發展狀況，我們可以預見將來的社會在勞動分工上會更加多樣化與細緻化。即使某些帶因者因為遺傳因素不適合特定工作，這並不意味他們的工作機會選擇將會嚴重受到威脅。隨著科技與社會變遷，許多新的工作機會與新的社會活動領域將陸續出現。屆時影響人們選擇工作選擇機會的最重要因素很可能不是先天遺傳因素，而是後天的知識、技能與教育。

基於這種對於社會發展的認知，我們可以重新檢討國家與法律對於人民工作權的保障方式。依據法律介入的程度，國家可以透過以下三種基本方式協助人民就業：一、國家提供工作；二、國家提供輔助措施；三、國家干預就業市場。在實行市場經濟的社會，國家能提供的工作機會有限。至於實施計畫經濟或社會主義經濟的社會，雖然工作機會主要由國家分配，但是二十世紀的實施經驗已經證明了這種經濟體制有嚴重缺陷。因此在現在與未來，第二與第三種方法是國家影響就業市場工作機會的主要工具。

在知識經濟或新經濟在產業地位上日趨重要的潮流下，為了保障人民的工作權，國家應當以提供輔助性措施作為主要手段，而儘量減少使用禁止性或強制性的干預手段。使用法律干預雇主人事決策而維護人民工作權，這種思維模式來自於「保護弱者」的家父主義(paternalism)。不過，與其事後使用法律保障競爭力較弱的受僱人，為何不事先透過教育或職業訓練提昇人力素質？以美國反歧視性的措施為例，以配額措施或保障就業優先權，往往造成雇主與受僱人，以及受僱人之間的對立，因此不是根本上解決問題的理想對策。為了防止歧視對於人力資源配置的扭曲，以教育、職業訓練或其他輔助措施投資人力資本，才是符合世界產業趨勢的適當政策。如果過於依賴反歧視的法律，「受法律保障的弱者」將源源不絕。

基於上述思考，我們應使用生產力或貢獻作為職場中的分配正義標準，從而原則上不應干預雇主為了提昇運用人力資源效率而根據基因從事差別待遇。如果雇主的作法不是基於被公認的科學知識或可靠的檢驗技術（例如本論文第一章的案例二），或者雇主使用基因檢驗或基因資訊與事業效率毫無關聯，則應以法律加以禁止。

一旦原則上容許雇主根據基因從事差別待遇，可能增加某些帶因者在就業上的困難。不過，在一個具有多樣化工作機會的工業社會中，除了極少數的遺傳疾病，先天遺傳因素並不至於使帶因者完全沒有工作機會。如果加上社會有良好的教育、職業訓練與社會安全體系，更可以積極性地保障帶因者的工作機會與生活處境。簡而言之，當社會的分工更加多元化，而追求生產的就業體系、投資人力的教育訓練體系，與保障生活的社會安全體系並存時，容許職場上根據基因從事差別待遇，仍然可以維持正義的均衡。在就業基因歧視不妨礙正義的限度內，我們可以認為就業基因歧視並不構成侵害個人的工作權。

當然，容許職場上根據基因從事差別待遇，只是制度上安排的可能方式之一。這種安排的優劣，必須與其他作法加以比較之後才能加以確定。另一種可能的作法是，除了少數例外情形（如涉及重大公共安全，或明顯有害於受僱人健康），一概不允許雇主根據基因從事差別待遇。基於本論文先前的討論可知，這種作法妨害產業效率，而且造成由部分人承擔實現公益的成本，以致違反公平。判斷以上這二種作法究竟孰優孰劣，在相當程度上必須依賴實證經驗資料以及嚴謹分析，因而無法在此遽下論斷。不過，負責任的公共政策，必須基於對以上問題的充分討論與比較分析，否則，不論決策結果如何，在程序正義的層面上將具有嚴重瑕疵。

2. 人格權與就業基因歧視

除了工作權之外，就業基因歧視是否侵害了帶因者的人格權？例如，當個人因為遺傳因素而無法擔任特定工作職位時，個人的自我評價或人格尊嚴是否遭受破壞，因而值得在法律上獲得救濟？

關於這個問題必須先澄清一些基本觀念。在社會關係中，單純拒絕提供機會並不構成侵害權利或人格權。唯有行為者以不正當的方式拒絕機會，才有可能在法律上被評價為侵害權利¹⁶⁸。至於何種不正當的行為不受法律所容忍，每一個法律體系都各自發展出一些法律規則與運用這些規則的法律學理作為評價標準，而具體的推論方式與判斷結果，將隨著不同法律體系而有所差異。本論文在此將不在法律規則層次上進行分析，而僅就一些一般性的考量因素提出評論：

一、社會領域中的分配正義原則優於一般性人格地位考量

基於多元正義，特定社會領域中的分配正義原則決定了分配資源或機會的正當性。在就業關係中，被分配的資源或機會主要是工作或職位。不過由於工作或職位往往與個人身分的社會評價有所關聯，因此分配工作或職位會產生影響個人身分認同的效果。筆者認為，即使分配工作或職位影響了個人的身分認同，在職場分配正義問題上，原則只應考慮與工作相關的生產力或貢獻，而不應考量人格因素。職場本身是從事生產的社會領域，至於工作或職位的社會評價與個人認同，只是依附於就業系統下的價值，而不是主要價值，因此不宜使衍生性的次要價值影響了基本性的主要價值。除非特定分配工作或機會的行為，在目的上與事業經營無關，而是刻意作為侮辱他人的方法，此時才應當例外考量對於人格的影響。

二、人格尊嚴上的威脅與權力不對等的社會關係結構

依筆者所見，就業基因歧視侵害人格的疑慮，其實並不完全來自於就業系統關注追求生產的特質，也涉及社會關係中不對等的權力結構。在現實社會生活中，顯然受僱人並沒有權力過問雇主的基因，反之，雇主則有權力根據基因選擇受僱人¹⁶⁹。

自有人類社會組織以來，權力地位不對等就一直是個久遠而普遍的現象。而在職場中，伴隨著權力不對等而來的命令與監控，也引發了許多牽涉侵害受僱人人格或隱私的爭議。權力不對等的現象之所以能夠持續存在，理由在於這種權力結構能夠化約人際關係的不確定性，而有助於實現社會關係的目的。以就業關係為例，權力不對等的結構如果完全無助於生產效率，則這種關係結構將很難持續運作。基於這個觀點，我們可以將就業基因歧視放在一個更廣闊的文明發展情境下加以理解：社會系統的理性化發展與個人價值地位的衝突。以就業基因歧視為例，當就業系統走入理性化的發展途徑，為了更加提昇效率，職場中的權力運

¹⁶⁸ 筆者並非主張在法律上不正當與不合法具有同義性，而是基於社會學觀點陳述，社會上的不正當行為可以經由法律語言被理解為法律上的不合法行為。

¹⁶⁹ 從權力結構的觀點來看，我們就可以了解，為何在直覺上就業基因歧視比婚姻基因歧視更容易招致反感。在現代社會中，當事人雙方在選擇婚姻伴侶的權力地位上比較均等。

作自然會接受基因篩選。我們或許會憂慮，當就業關係追求效率的理性化發展到極至，基因條件成為分配職位的標準，個人將淪為社會機器運轉下的零件，而喪失了身為具有價值地位的主體身分。如果社會制度的運作建立在侵害人格主體地位的基礎上，則這種社會制度並不符合正義。

以上的憂慮並非全然沒有根據。不過，筆者認為，針對社會與科技變遷的趨勢，合理的態度應當是折衷於悲觀主義與樂觀主義之間。科技進步與社會的理性化發展，在因果上並不必然導致人類社會關係的異化或人類主體價值的衰亡。在不同的時空背景與制度脈絡下，科技、社會與人類主體價值之間的關係可能有不同的發展途徑。更重要的是，由多元正義觀點來看，社會系統的理性化發展與個人價值地位之間並不是全面性二元對立的關係。在就業領域中工具性結合關係的理性化與權力結構，並不妨礙我們可以透過其他社會制度確保人格主體間相互肯定的關係。

當然，根據筆者的一貫立場，維護人類主體價值是一種目的，至於以何種制度性安排實現目的，則涉及手段的選擇。直接以法律干預就業領域中的權力關係，或是透過其他制度平衡就業權力關係不對等的負面後果，構成回應就業基因歧視威脅人類主體價值的二種主要回應策略。至於應行採何種策略，取決於各個社會不同的文化價值與產業政策，而不一定有普遍正確的答案。更重要的是，在決定公共政策之前，應針對不同方案的優劣加以理性評估，而不應預設立場或以成見壓抑其他意見的表達，才能符合程序正義要求。

第七章 基因歧視與法律對策之初步考察與建議

基於本論文的内容，本章將針對基因歧視在法律思考層面（第一節）與政策思考層面（第二節）整理出一些初步性的看法。

第一節 法學思考模式之檢討

在本論文中，所謂法學思考模式指的是一種單純基於法律規則與抽象法律原則從事推論，而提出解決人際衝突方案的思考模式。在這種思考模式下，我們藉由分析法律概念命題的意義，或是訴諸法律原則的指引，而得出當事者是否具有法律上權利、義務的結論，並認為在規範性的層面上當事人或社會成員的行為應該服從這種結論。

法學思考模式是通常由法院使用的決策方式。當我們為了控制法院判決的可預見性與一致性，並且有意希望法院在從事決策時不應當參考某些資訊時，法學思考模式就適合於司法實務。而在更一般性的意義上，法學思考模式更建構了一種對於法治(Rule of Law)的全面性理解，並指示應當如何運用法律¹⁷⁰。

¹⁷⁰ 世界中存在許多法學理論，而彼此之間也具有差異性。究竟諸多法學理論是否能夠完全由法學思考模式的定義加以涵蓋，這是一個相對程度上的判斷。由於法學思考模式是為了便利在本論文中從事比較而使用的概念，因此只要法學理論在內涵上具有法學思考模式的特徵，則本論文即不再區別彼此的差異性，而均一概歸為法學思考模式理論。當然，由於法學理論彼此具有差異性，我們可以借用Dworkin (1985, 11-12)區分法治二種類型的方式，暫時將法學思考模式分成弱的法學思考模式與強的法學思考模式。前者大約相當於通常理解的法律實證主義，這種理論主張人民的權利、義務均已規定於公布的規則手冊中，判斷權利、義務必須訴諸這些規則作為準據。當規則用盡而無法得出明確結論時，則由司法機關進行裁量以確定權利、義務內容。後者則是Dworkin個人支持的理論，主張人民彼此間具有道德上的義務，且具有政治上的權利對抗國家。即使這些權利未經立法機關明文規定於規則手冊，法院仍有義務加以執行。換言之，除了我們透過實證法律規則所能認知的權利之外，人民原本就擁有某些法律權利，只是尚未被明文寫出而已。正因為這種理論主張人民權利的範圍大於實證法律規則的指涉範圍，因此是比第一種理論更強的權利理論。至於第二種理論之所以屬於法學思考模式，是因為這種理論仍然標榜法院應當尊重人民的權利，即使這種權利先前並不在我們清楚認識的範圍之內。

法學思考模式的侷限在於決策過程中的資訊封閉性。由於法學思考模式預設法律規則或法律原則以外的資訊不是決策的必要基礎，因此可能導致在適用法律的過程中未能充分考量各種影響法律實施效果的因素，而使法律無法妥善發揮解決社會紛爭的功能。

雖然法學思考模式有以上的弱點，不過這卻是實施法治的必要條件之一。為了維持法律能夠引導社會行為的功能，法律的施行必須有一定程度的穩定性，否則，當法律過於不安定時，法律對人民而言就失去了參考價值。在法學思考模式之下，法治成為一種規則導向的制度，亦即以規則作為安排社會生活、協調社會成員彼此互動的制度¹⁷¹。因此，值得我們加以思考的課題是，在維持法治的前提下，如何補充法學標準思考模式的侷限性？

當基因歧視表現為法律爭議時，我們發現用於處理基因歧視的隱私、平等都是內容不確定的法律概念，而在這些概念背後所預設的自主或人性尊嚴原則也都具有高度抽象性。如果僅僅憑藉這些概念或原則作出法律上的決定，而未系統性地考量基因歧視所涉及的利益與價值，以及評估基因歧視對於社會發展的正、負面影響，則不易確保法律適用能夠免於恣意性與主觀性。

為了增進法律推論在價值判斷上的合理性與說服力，筆者建議可以由制度功能分析、理性選擇，以及背景正義等方面的探討，引導法律推論在資訊基礎上能夠更開放，並且能夠建立在更完整的規範架構上。

在制度功能分析方面，本論文在第四、五章部分已經分析了隱私權與平等權所處理的對象，以及這二個制度在解決人際糾紛上的特徵。就隱私權而言，這是一種控制個人資訊流通的制度性閘門，具有界定個人資訊使用權與控制權的功能。至於基因資訊究竟可否使用於保險與就業領域，取決於我們如何權衡基因隱私對個人的價值，以及基因隱私對於產業運作的影響。就平等權而言，這是一種衡量法律處置資源分配是否合理的制度。是否保險人與雇主可以根據基因實施差

¹⁷¹ 關於規則對於人類社會秩序與法律、政治制度的重要性，Brennan and Buchanan (1985)有精闢的分析。應注意的是，本文此處以及 Brennan and Buchanan (1985)對於規則採取日常語言式的理解，並不完全等同於法律實證主義者與 Dworkin 在學術論戰中對於規則的定義。

別待遇，取決於我們是否贊同根據基因分配資源與機會的產業邏輯，以及是否有能力能夠兼顧產業效率與保障個人地位。

在理性選擇方面，本論文一再強調比較與評估的概念，並且主張不應當以道德主義思維從事法律推論。法律的安排代表著一套行為規範與行為後果的集合。對於一個法律問題，當我們選擇特定的處理方式，等於是選擇了一種行為規範以及相關後果，因此界定權利的存在與範圍必須比較不同方案的相對優劣，而不宜使用道德主義思維主觀論斷法律的應有內容。在適用法律規則有複數可能性時，我們應當儘量選擇能夠帶來最理想後果的處理方式。

最後，背景正義提供我們一個如何認知與評價制度優劣的架構。根據本論文所支持的多元正義理論，以法律追求正義並非是一個尋找絕對正義或最高正義的過程，而是在不同的正義標準之間維持均衡與和諧。在多元正義架構之下，我們可以更彈性地安排法律對於資源分配的方式。由於社會的複雜與社會關係的交錯，以單一標準分配資源，可能造成不同社會關係之間的緊張。如果以多元標準分配資源，則可以緩和不同正義觀之間的衝突，尤其是能在強調自由的右派正義觀與強調平等的左派正義觀之間取得折衷。以基因歧視為例，即使我們為了追求平等與保護弱勢者而禁止基因歧視，同時我們也應注意到應當設計其他制度補救產業效率降低或社會義務分擔不均的現象。或者即使我們為了促進效率而容許根據基因從事差別待遇，同時我們也可以透過其他制度補償帶因者面臨的困境。

第二節 基因歧視之政策指導原則

一、尊重多元正義與各種社會關係之資源分配法則

每一種社會制度都是歷史演化的產物，也都有各自的社會功能。保險與就業基因歧視之所以成為困難的問題，在於根據基因從事差別待遇能夠促進產業效率。由於基因歧視符合保險與就業制度的產業發展邏輯，反對基因歧視等於是否定了這些制度長久以來的基本運作原則。如果基因歧視並沒有與這些制度的核心運作原則有密切關聯，則我們大可一概加以禁止，而無須任何遲疑，而產業界也無法提出任何合理的異議。

由另一方面來看，現代的保險與就業制度起源自產業革命後的個人主義式社會。個人以勞動者與消費者的角色進入市場，透過與商業組織的契約關係，滿足避險與獲取生活資源的需求。基因科技的發展，使個人未來健康風險能夠以新的方法加以預測。如果放任保險與就業制度依照原有的產業邏輯進行運作，則可能有些帶因者在個人主義式社會中將處於不利的地位。

關於處理基因歧視問題，最根本的關鍵在於如何定位保險與就業制度的社會功能。當我們對於這些制度的社會功能有所共識之後，就容易在價值判斷上決定基因歧視的合法性條件與合法實施範圍。基因歧視在學理上的挑戰性，即是刺激我們思考是否應當改變我們對於既有社會制度在功能上的認知。在現代化的個人主義社會，保險與就業制度是否應當承擔扶助個人或保障個人基本生活的社會功能？

筆者對於這個問題傾向於 Hayek 的保守立場。他認為，社會現象具有複雜性與演變性，在人類認知能力有限的條件下，由國家以社會正義之名實施干預，並不利於社會的自由、多元發展(Hayek 1976)。基於多元正義的觀點，以其他制度輔助個人在社會中的發展機會，比直接干預社會關係更為理想。如此一來，可以確保個人的基本生活，也可以保留社會制度自發性演變的機會。

二、制度化保障機制與個人自我發展

在現代化個人主義式社會，個人能夠免於團體的束縛，而享受許多發展自我的機會。但是另一方面，個人在現代化社會中卻也相當脆弱。由於家族、宗教團體或是社區力量不足以普遍提供支持個人生活安定所需要的資源，多數個人必須自行獲取資源滿足生活所需。一旦發生意外事故或是總體經濟局勢變遷，個人往往面臨喪失獲取生活資源的管道。

在個人主義化趨勢無法逆轉的條件下，我們無法再訴諸家庭、宗教團體或是社區作為保障個人生活的主要屏障。同理，期待社會中的商業組織（例如保險公司與營利企業）能夠發揮共同連帶精神協助遭遇困境的個人，並不合乎社會的個人主義化趨勢。此時我們需要建立一些制度化的保障機制，以協助個人克服現代化社會中的各種生活危機。在當代的社會情境下，這種制度化的保障機制能夠實現社會整合與社會連帶的道德理念，也能夠發揮投資人力資本的積極功用。

以基因歧視為例，以道德主義思維要求私部門產業承擔扶助帶因者的任務，是不切實際的想法。藉由公部門提供制度化的保障機制，才是個人主義化社會中保障帶因者發展自我的合理設計。如此一來，我們可以緩和產業追求理性化效率以及社會個人主義化的負面後果，並能同時兼顧私部門的營業自由與個人的發展自我的積極自由。

三、積極性措施與法律上消極性措施

雖然透過法律制裁違法行為可以表彰出社會所追求的正面價值，但是實施法律上的規定往往只是消極性地從事禁止或強制。當 Aristotle 稱頌正義時，他也同時指出，在朋友之間無需正義，但正義之人也需要友誼，而正義在友誼之中則能夠發揮到最為極至，因此立法者重視友誼更甚於重視正義(Aristotle 1999, 1155a)。為了促進社會成員彼此間能夠在一個相互合作的架構下各自發展自我，除了消極性的法律禁令之外，我們需要積極性輔助措施創造社會成員彼此互利合作的環境。

本論文在第六章中指出，建構完善的教育、職業訓練與社會安全系統，能夠比法律禁令更有效地幫助帶因者在現代社會中維持個人生活。在此筆者更願意指出，以這些積極性的措施更能夠協助帶因者建立起個人的自尊與自信。以職場為例，如果帶因者只是受到法律禁令所庇蔭的受益者，則我們難以期待帶因者能夠與他人發展出互相肯定的平等對待關係。如果一昧依賴法律禁令，而忽略協助帶因者發展生產技能，則就業關係中利害衝突的結構並無法被轉變，從而無法在根本上消除基因歧視的誘因。當帶因者基於本身的生產力進入就業關係，自然能促進職場成為一個彼此積極合作與共創利益的社會領域。

四、基因科技的利益分享機制

實施任何政策必然要在二個狀態之間作比較，其中一個狀態是現狀，另一個狀態則是政策改變現狀後所導致的未來狀態。如果未來狀態比現狀更理想，則值得實施政策；反之，如果未來比現狀更不理想，則不應該實施這項政策。由這個簡單的想法出發，我們可以思考對於發展基因科技的政策。如果發展基因科技導致未來的狀態比現狀更加惡化，那麼我們就沒有必要發展基因科技。當然，所

謂狀態惡化或改善是一個總體性的比較概念。發展基因科技可能會帶來某些正面後果與某些負面後果。如果正面後果多於負面後果，則基因科技將改善社會的狀態，因此值得加以發展。

以上思考提供了一個看待基因歧視的新觀點。基因歧視是基因科技發達之後才可能出現的現象，而且是一種對於某些人帶來負面後果的現象。當我們處理基因歧視問題時，我們可以將這個現象與發展基因科技的正面後果同時加以觀察，如此可以得到一個關於基因科技的社會政策背景。

就理論上而言，制度性保障機制與積極性措施能夠緩和基因歧視的負面後果，不過，支持這些制度或措施需要投入財源。本論文先前曾建議由一般稅作為財源，以全體社會成員之力實施這些作法。除此之外，我們可以由發展基因科技的經濟利益中獲取所需財源，這就使得發展基因科技的正面後果與負面後果能夠合併清算。其實消除基因歧視最簡單而徹底的作法就是禁止發展基因科技，而不是禁止基因歧視行為。當我們無法運用遺傳學的知識與技術，自然就無從根據基因判斷個人未來健康風險。不過，如果我們認為有必要發展基因科技，則應當同時對發展基因科技的負面後果負起相當責任。至於由何人負擔這項責任？基於利益與成本應當合併計算的想法，我們有理由要求享受基因科技發展利益的人承擔消除基因科技負面後果的成本。

何人享受了發展基因科技的利益？如同發展一般科學與教育，發展基因科技能夠普遍性地使全體社會成員受益，所以藉由一般性的國庫收入可以建立基因科技的利益分享機制。不過除此之外，我們還能夠以其他方法標示出發展基因科技的具體受益人，並使他們分擔消弭基因科技負面後果的成本。

例如，Tabarrok (1994)曾建議一種「基因保險」(genetic insurance)的方案因應基因歧視。法律可規定任何人從事基因檢驗之前必須先購買「基因保險」，如果沒有提出購買基因保險的證明，醫療人員或實驗室不得施行基因檢驗。檢驗後發現為陽性者可以領取保險金，反之則喪失領取保險金的權利。這種基因保險不是以發病為保險事故，而是以發現自己帶有導致疾病的基因為保險事故。基因檢驗後發現陽性結果的人可以儘早從事改變生活方式等預防疾病措施，而免於發病的苦惱，並利用領取的保險金維持個人生活，或購買發病的保險與支付醫藥費

用；至於基因檢驗後發現陰性結果的人，也可以確認自己沒有異常的基因¹⁷²。

Tabarrok 關於基因歧視的建議方案具有以下的啟發性：一、我們可以透過建立利益分享機制解決基因歧視造成的社會問題。二、解決基因歧視問題不必然需要以法律干預社會關係本身，而可以透過其他方式實現社會政策。就理論而言，大致上Tabarrok的這套方案很有吸引力。不過卻可能有以下問題：一、基因保險是以基因對帶因者產生的歧視風險作為被保險的標的，可是如何計算這種被歧視的風險帶來的損失程度？如果無法計算，則民間保險公司是否有意願設計適當的保單加以出售？如果保費過低，保險公司可能會入不敷出，但是保費過高又可能降低保單的銷售數量，使一般人難以負荷購買。二、被歧視的風險能否適當分散？雖然Tabarrok的方案是使每人從事基因檢驗前都要購買基因保險，但是，被遺傳到致病基因機率很低的人可能不會去從事基因檢驗，因此將不購買基因保險。我們知道，當參與保險的人越多，便越能分散保險事故帶來的損害。如果基因保險實際上只有被遺傳到致病基因機率很高的人才會購買，則基因風險仍然還會主要由這些人承擔而沒有分散出去，保險費率將會維持在高額水準，使這些人難以負擔，從而無法達成鼓勵使用基因檢驗的社會政策。

為了吸收 Tabarrok 方案的優點而避免缺點，或許我們可以利用徵收「特別公課」¹⁷³的方式成立「特種基金」¹⁷⁴，以專款專用方式補償帶因者可能遭受歧視的損失，作為以基因隱私權或平等權進行干預之外的另一種方案。在這個方案下，由政府針對每一件實施的基因檢驗課徵一定費用，而集合這筆費用成立一個扶助帶因者生活發展的專款專用基金。這種作法其實也含有 Tabarrok 方案分散

¹⁷² 雖然 Tabarrok 的這套方案主要在於克服健康保險市場由於基因檢驗帶來的歧視與逆選擇(adverse selection)之間的二難。不過他這套方案也可以適用在解決基因歧視在就業市場的問題。

¹⁷³ 特別公課(Sonderabgaben)並非稅、規費或受益費，而係國家為一定政策目標之需要，對於有特定關係之國民所課徵之公法上負擔，並限定其課徵所得之用途，乃現代工業先進國家常用之工具。關於特別公課制度的定義與介紹，見何愛文(1994)，以及司法院大法官釋字第 426 號解釋。

¹⁷⁴ 此處的特種基金應為預算法第 4 條第 1 項第 2 款第五目所稱的「有特定收入來源而供特殊用途者，為特別收入基金」。

基因風險的功能，但是為避免評估基因歧視損害多寡的困難與形成基因保險市場的障礙，因此由政府擔任統一收取與統一支付的任務¹⁷⁵。

以上的構想只是建立利益分享機制的可能方案之一、二。至於將來的具體機制如何設計，則可以根據利益分享的基本原則加以考量。

五、民主開放的理性溝通與公共政策基礎

發展生物科技法律規範的最主要困難之一在於眾人的意識型態分歧。意識型態是一種世界觀，代表了關於世界如何運作的認知與態度。當生物科技開始為社會帶來更多未來的可能性時，不同世界觀對於未來發展趨勢的想像往往不相一致。在關於基因歧視的爭論中，我們也無法倖免於各種世界觀的分歧與對立。

在承認民主與多元的當代社會，意識型態衝突是無可避免的現象。雖然意見對立會消耗決策時間而產生延誤決策的成本。但是另一方面，意見對立可以使我們在說服他人的過程中有機會反省自己的意見，並提昇自己在思考上的周延性。更重要的是，意見對立可以防止我們太快作出決策，而減少輕率決策導致的錯誤成本。

為何生物科技議題的決策必須符合民主？不具備專業知識的民眾有能力了解生物科技議題並作出明智選擇？其實這種疑問早在科技發達之前就已經存在。在古希臘與中國的政治思想上，早有人主張公共事務不應當由泛泛之輩加以過問，而應當交由賢明的智者加以治理。不過，近二、三百年來的歷史證明，總體而言，民主程度高的西方國家比民主程度低的國家在政治上更清明、國家更富強。民主制度的真正價值並不在於強調販夫走卒能夠決定公共政策，而在於藉由民主程序，使決策過程與各種政策意見能夠接受公開檢驗，以提昇決策者與決策的理性程度。

在促進民主溝通時，我們使用的語言與思維模式對於溝通品質有重大影響。當我們訴諸某些抽象道德律令或理念作為溝通工具，往往容易因為概念上的

¹⁷⁵ 以經濟學的術語來說，就是資訊與其他交易成本過高，以至於無法形成一個分擔基因風險的保險市場，因此由政府擔任收取費用與提供福利的角色比較有效率。

不確定性，以及各人使用的語言往往只在特定世界觀或價值系統之下具有意義，從而妨礙我們在溝通上彼此了解，也造成評估政策具體得失的困難。在意識型態與價值多元的社會，使用各自信仰的抽象道德律令或理念作為論證根據，將會妨礙形成共識。這種論述封閉性的問題也有可能發生在法學論述之中。在不同的法律專家之間，以及法律專家與其他專家或社會大眾之間，如果僅僅使用抽象道德理念與法律概念作為語言溝通工具，也有可能流於法律推論恣意性與主觀化的缺陷，也無從使他人具體檢證法律推論的合理性。

當然，要求不同立場的人士或專家完全放棄本身習慣使用的語言概念及論述方式，並不合乎尊重多元性的要求。為了促進溝通與相互了解，我們應當嘗試將各人固有使用的語言、概念轉換為以一般性的語言表達，以提高溝通上的理解可能性與接受程度。這種作法就是使封閉性論述朝向開放性論述發展的努力。如果我們彼此所使用的語言、概念系統與有封閉性，我們將很難期待社會能夠以自由與共識的方式達到真誠的社會整合。

在多元正義架構下，持續性溝通是維持各種正義之間彼此協調的必要條件。在單一價值觀的正義體系下，價值體系之間的語言轉換與溝通並不必然受到足夠的重視。由這個觀點來看，多元正義理論能夠相容於民主。此外，多元正義與開放性的語言論述系統有利於實現「知情正義」(informed justice)。

本論文中所謂的知情正義，主張正義必須建立在對於資訊或事實的充分考量。語言觀念上的隔閡以及特定價值信仰立場或利益，往往使某些事實或觀點在溝通的過程中被忽視，因此不利於實現知情正義的要求。這種知情正義的想法與實踐，早已出現於醫學倫理脈絡下的知情同意或告知後同意(informed consent)。這種醫學倫理的觀念強調，當病患決定是否接受治療或醫學干預之前，有權利經由適當的方法及語言接受充分的資訊與說明。我們不應當出於某些自以為是良善的目的，而忽視利害關係者的立場，而對於資訊、事實有所隱匿，以企圖引導病患從事特定選擇。當社會作為一個行動單位從事選擇時，我們也不應為了引導社會朝向某種「理想」方向發展，而使某些資訊或意見受到忽視。由這個觀點來看，知情正義是程序正義的一種特殊類型，值得在公共政策分析與法學推論中加以重視。

當然，在社會問題上每人都有各自偏好的立場，因此難以要求人人在從事公共政策辯論時對所有立場一視同仁，也不應強制人人揭露自己立場的缺點。如果使用了封閉性的論述進行溝通，將會助長個別立場的優點被誇大，或是個別立場的缺點被忽視。不過，如果使用開放性的論述進行溝通，則有助於呈現出各種立場的相對優劣，而促成理性溝通與共識。

本論文的寫作也代表著一種發展開放性論述的嘗試。藉由引進制度分析、理性選擇與多元正義的觀念，本論文試圖將法學思考模式下的法律推論以另外一種非法律專家的論述形式進行，希望能藉此提昇法律推論的透明度、溝通性與檢證可能性，並有助於學科之間的整合與形成社會共識。或許本論文將因此在內容上與寫作風格上一時無法與既有法學論著規格完全一致，不過筆者認為，為了探索法學研究的未來可能發展方式，這種代價仍然值得加以付出。畢竟，在缺乏光源照射的未知領域中前進，觀念與理論架構上的不成熟在所難免。

英文名詞縮語表

ABI	The Association of British Insurers, U.K.
ACGT	Advisory Committee on Genetic Testing, U.K.
AHC	The Ad Hoc Committee on Genetic Testing / Insurance Issues, American Society of Human Genetics
CEJA	Council on Ethical and Judicial Affairs, American Medical Association
DOE	Department of Energy, U.S.
HGAC	Human Genetics Advisory Committee, U.K.
NAHU	National Association of Health Underwriters, U.S.
NIH	National Institutes of Health, U.S.
OTA	Office of Technology Assessment, Congress, U.S.

參考書目

李惠宗

- 1988 《從平等權拘束立法之原理論合理差別之基準》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

李震山

- 1997 〈論資訊自決權〉，收錄於李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會編，《現代國家與憲法，李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》，頁 711-756，台北：月旦。

何建志

- 1997 《法律的意義與詮釋》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
- 2000 〈就業基因歧視的法理問題與因應之道〉，發表於「基因科技之法律管制體系與社會衝擊研究研討會」，國立台灣大學法律學系，台北(2000/3/12)。
- 2001 〈憲法上平等條款與違憲審查：由空洞概念到價值權衡〉，判解研究彙編（五）李模務實法學基金會八十九年第五屆法學論文徵選得獎作品集，頁 107-133，財團法人務實法學基金會，台北。

何愛文

- 1994 《特別公課(Sonderabgaben)之研究：現代給付國家新興之財政工具》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

邱世欣與張泰琮

- 1996 〈基因技術在基因異常疾病的臨床診斷與應用〉，《內科學誌》，7 卷 3 期：頁 208-215。

林建中

- 1999 《隱私權概念之再思考－關於概念範圍，定義及權利形成方法》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

林子儀

- 2001 〈從保障隱私權的觀點論基因資訊的利用與法的規制〉，「基因科技的倫理、法律與社會議題研討會」，國立台灣大學日本綜合研究中心，台北（2001/5/26）。

黃昭元

2000 〈「國軍老舊眷村改建條例」的合憲性－司法院釋字第四八五號解釋評析〉，《台灣本土法學》，6期，頁19-38，台北。

陳和瑟與李水龍

2000 〈「乳癌與腫瘤抑制基因」的分子分析〉，《科學月刊》，31卷3期，頁227-229，台北。

雷文玫

2000 〈歧視有理？－美國管制商業健康保險使用基因資訊之研究〉，《中原財經法學》，第五期，頁433-465，中壢。

詹文凱

1998 《隱私權之研究》，國立臺灣大學法律學研究所博士論文。

廖元豪

1996 〈美國「種族優惠性差別待遇」(Racial Affirmative Action)合憲性之研究－兼論平等原則之真義〉，《東吳法律學報》，9卷2期，頁1-44，台北。

蔡達智

1997 《生命科技的發展對基本人權的影響》，國立中興大學法律學研究所碩士論文。

1998 〈基因資訊與平等權的保護〉，《法學叢刊》，43卷2期：頁95-107。

鍾芳樺

1997 《法律作為系統：試論盧曼(N. Luhmann)的法律社會學》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

顏厥安

1998 〈法體系的統一性與多元社會〉，收錄於蕭高彥、蘇文流編《多元主義》，頁153-194，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所。

Abell, Peter ed.

1991 *Rational Choice Theory*. Aldershot, Hants, England ; Brookfield, Vt., USA : E. Elgar.

ABI

1997a *Policy Statement on Life Insurance and Genetics*.

1997b *Genetic Testing. ABI Code of Practice.*

ACGT (Advisory Committee on Genetic Testing)

1998 *Report on Genetic Testing for Late Onset Disorders.* <
<http://www.doh.gov.uk/genetics/acgt.htm#pubs>> (visited June 6,
2002).

AHC (Ad Hoc Committee on Genetic Testing / Insurance Issues)

1995 Background Statement, Genetic Testing and Insurance. *American Journal of Human Genetics* 56, 327-331.

Akerlof, George

1970 The Market for Lemons, Quality Uncertainty and the Market Mechanism.
Quarterly Journal of Economics 84: 488-500.

Andrews, Lori B., Jane E. Fullarton, Neil A. Holtzman, and Arno G. Motulsky
eds.

1994 *Assessing Genetic Risks, Implications for Health and Social Policy.*
Washington, D. C., National Academy Press.

Annas, George J.

1999 Genetic Privacy: There Ought to be a Law. *Texas Review of Law &
Politics* 4: 7-15.

Annas, George J. and S. Elias, eds.

1992 *Gene Mapping: Using Law and Ethics as Guides.* New York: Oxford
University Press.

Annas, George J., Leonard H. Glantz, Patricia A. Roche

1995 *The Genetic Privacy Act and Commentary.* <
[http://www.bumc.bu.edu/Departments/PageMain.asp?Page=5549&De
partmentID=95](http://www.bumc.bu.edu/Departments/PageMain.asp?Page=5549&DepartmentID=95)> (visited June 6, 2002)

Aristotle

1999 *Nicomachean Ethics.* (2nd Ed) Translated by Terence Irwin.
Indianapolis, Indiana: Hackett Publishing Co.

Arneson, Richard

1995 Against 'Complex' Equality. In *Pluralism, Justice, and Equality*. Ed. David Miller and Michael Walzer, 226-252. Oxford: Oxford University Press.

Becker, Gary Stanley

1971 *The Economics of Discrimination*. (2nd ed.) Chicago, University of Chicago Press.

1976 *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press.

Beckwith, Jon and Joseph S. Alper

1998 Reconsidering Genetic Antidiscrimination Legislation. *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 26 (3): 205-210.

Billings, Paul R., Mel A. Kohn, Margaret de Cuevas, Jonathan Beckwith, Joseph S. Alper, and Marvin R. Natowicz

1992 Discrimination as a Consequence of Genetic Testing. *American Journal of Human Genetics* 50: 476-482.

Brennan, Geoffrey and James M. Buchanan

1985 *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Buchanan, Allen

1990 Justice as Reciprocity versus Subject-Centered Justice. *Philosophy and Public Affairs* 19: 227-252.

Buchanan, Allen, Dan W. Brock, Norman Daniels, Daniel Wikler, Dan Wikler

2000 *From Chance to Choice: Genetics and Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.

Buchanan, James M. and Gordon Tullock

1962 *The Calculus of Consent, Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor, University of Michigan Press.

Cao, Antonio

1996 Carrier Screening. In *Encyclopedia of Bioethics*. Ed. Warren T. Reich. New York, Macmillan Pub. Co.

Casey, Denise K.

1997 What Can the New Gene Tests Tell Us? *The Judges' Journal Summer 1997*.

CEJA (Council on Ethical and Judicial Affairs, American Medical Association)

1998 Multiplex Genetic Testing. *Hastings Center Report* July-Aug. 1998. 15-21.

Coase, Ronald

1960 The Problems of Social Cost. *The Journal of Law and Economics* 3: 1-44.

Colby, Jeremy A.

1998 An Analysis of Genetic Discrimination Legislation Proposed by the 105th Congress. *American Journal of Law & Medicine* 24 (4): 443-480.

Cooter, Robert D. and Thomas Ulen

1997 *Law and Economics*. Reading, Mass., Addison-Wesley.

Crosbie, Deborah

2000 Protection of Genetic Information: An International Comparison. <http://www.hgc.gov.uk/business_publications.htm#reports> (visited June 6, 2002).

Department of Labor, Department of Health and Human Services, Equal Employment Opportunity Commission, Department of Justice

1998 Genetic Information and the Workplace.

<http://www.nhgri.nih.gov/HGP/Reports/genetics_workplace.html> (visited June 6, 2002)

Deutsch, Morton

1975 Equity, Equality, and Need: What Determines Which Value will be Used as the Basis of Distributive Justice? *Journal of Social Issues* 31: 137-149.

Diver, Colin S. and Jane Maslow Cohen

2001 Genophobia: What is Wrong with Genetic Discrimination? *University of Pennsylvania Law Review* 149: 1439-1482.

Dworkin, Ronald M.

1978 *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press.

1985 *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.

1986 *Law's Empire*. Cambridge, Mass: Belknap Press, Harvard University Press.

2000 *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, Harvard University Press.

Elster, Jon (ed.)

1986 *Rational Choice*. Oxford: B. Blackwell.

Epstein, Richard A.

1994 The Legal Regulation of Genetic Discrimination: Old Responses to New Technology. *Boston University Law Review* 74: 1-23.

Flathman, Richard E.

1967 Equality and Generalization, A Formal Analysis. In *Equality*. Ed. J. Ronald Pennock and John W. Chapman, 38-60. New York, Atherton Press.

Fletcher, George P.

1996 *The Basic Concepts of Legal Thought*. New York: Oxford University Press.

Giddens, Anthony

1998 *The Third Way: The Renewal of Social Democracy*. Cambridge: Polity Press.

Gostin, Larry

1991 Genetic Discrimination, The Use of Genetically Based Diagnostic and Prognostic tests by Employers and Insurers. *American Journal of Law & Medicine* 17(1-2): 109-44.

Green, Ronald M. and Mathew Thomas

1998 DNA: Five Distinguishing Features for Policy Analysis. *Harvard Journal of Law & Technology* 11: 571.

Gulati, Chetan

2001 Genetic Antidiscrimination Laws In Health Insurance: A Misguided Solution. *Quinnipiac Health Law Journal* 4: 149-210.

Gutmann, Amy

1995 Justice across the Spheres. In *Pluralism, Justice, and Equality*. Ed. David Miller and Michael Walzer, 99-119. Oxford: Oxford University Press.

Hall, Mark A. and Stephen S. Rich

2000 Laws Restricting Health Insurers' Use of Genetic Information: Impact on Genetic Discrimination. *American Journal Human Genetics* 66: 293-308.

Hardin, Russell

1998 Rational Choice Theory. In *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. Ed. Edward Craig. London ; New York : Routledge.

Hart, H.L.A

1961 *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.

1979 Between Utility and Rights. *Columbia Law Review* 79: 828-846.

Hayek, F. A.

1973 *Law, Legislation, and Liberty: Rules and Order*. The University of Chicago Press.

1976 *Law, Legislation, and Liberty: The Mirage of Social Justice*. The University of Chicago Press.

Henn, W.

1999 Genetic Screening with the DNA Chip: A New Pandora's Box? *Journal of Medical Ethics* 25 (2): 200-203.

HGAC (Human Genetics Advisory Committee)

1997 *The Implications of Genetic Testing for Insurance* <
<http://www.doh.gov.uk/hgac/> > (visited June 6, 2002)..

1999 *The Implications of Genetic Testing for Employment.* <
<http://www.doh.gov.uk/hgac/> > (visited June 6, 2002).

Hobbes, Thomas

1996 *Leviathan*. Ed. Richard Tuck. Cambridge: Cambridge University Press.

Hofmann, W and P. M. Schlag

2000 Brca1 and BRCA2—Breast Cancer Susceptibility Genes. *Journal of Cancer Research and Clinical Oncology* 126 (9) : 487-496.

Holm, Søren

1999 There Is Nothing Special About Genetic Information. In *Genetic Information: Acquisition, Access, and Control*. Ed. Alison K. Thompson & Ruth F. Chadwick, 97-103. New York: Kluwer Academic/Plenum Publishers

Holtzman, Neil A. and Michael S. Watson

1998 *Promoting Safe and Effective Genetic Testing in the United States, Final Report of the Task Force on Genetic Testing*. Baltimore, Johns Hopkins University Press.

Hudson, Kathy L., Karen H. Rothenberg, Lori B. Andrews, Mary Jo Ellis Kahn, and Francis S. Collins

1995 Genetic Discrimination and Health Insurance, An Urgent Need for Reform. *Science* 270: 391-393.

Hudson, Kathy L. and Francis Collins

1995 Response. *Science* 270: 1423.

Jagutis, Meredith A.

1999 Comment: Insurer's Access to Genetic Information: The Call for Comprehensive Federal Legislation. *Marquette Law Review* 82: 429-445.

Jolls, Christine, Cass R. Sunstein, and Richard Thaler

1998 A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review* 50: 1471-1550.

Kaufmann, Melinda B.

1999 Genetic Discrimination in the Workplace: An Overview of Existing Protections. *Loyola University Chicago Law Journal* 30: 393-438.

Kelsen, Hans

1957 *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror Science*. Berkeley: University of California Press.

Kevles, Daniel J. and Leroy Hood eds.

1992 *The Code of Codes*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.

Lapham, E. Virginia, Chahira Kozma, and Joan O. Weiss

1996 Genetic Discrimination, Perspectives of Consumers. *Science* 274: 621-624.

Lebacqz, Karen

1998 Genetic Privacy: No Deal for the Poor. In *Genetics, Issues of Social Justice*. Ed. Ted Peters, 239-254. Cleveland, Ohio, The Pilgrim press.

Lemmens, Trudo

2000 Selective Justice, Genetic Discrimination, and Insurance: Should We Single Out Genes in Our Laws? *McGill Law Journal* 45: 347-412.

Lerner, M.

1981 The Justice Motive in Human Relations: Some Thoughts on What We Know and Need to Know about Justice. In *The Justice Motive in Social Behavior: Adopting to Times of Scarcity and Change*. Ed. M. Lerner and S. C. Lerner, 11-35. New York: Plenum Press.

Locke, John

1952 *The Second Treatise of Government*. Ed. Thomas P. Peardon. New York: Liberal Arts Press.

Low, Lawrence, Suzanne King, and Tom Wilkie

1998 Genetic Discrimination in Life Insurance, Empirical Evidence from a Cross Sectional Survey of Genetic Support Groups in the United Kingdom. *BMJ* 317: 1632-1635.

MacKinnon, Catharine A.

1987 *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.

Malinowski, Michael J. and Robin J.R. Blatt

1997 Commercialization of Genetic Testing Services: The FDA, Market Forces, and Biological Tarot Cards. *Tulane Law Review* 71: 1211-1312.

Markett, Michael J.

1996 NOTE: Genetic Diaries: An Analysis of Privacy Protection in DNA Data Banks. *Suffolk University Law Review* 30: 185-226.

McEwen, Jean E. and Philip R. Reilly

1992 State Legislative Efforts to Regulate Use and Potential Misuse of Genetic Information. *American Journal of Human Genetics* 51: 637-647.

McKean, Warwick

1983 *Equality and Discrimination under International Law*. Oxford, Clarendon Press.

McKusick, Victor A.

1994 *Mendelian Inheritance in Man: A Catalog of Human Genes and Genetic Disorders*. Baltimore, Johns Hopkins University Press.

Miller, David

1995a Introduction. In *Pluralism, Justice, and Equality*. Ed. David Miller and Michael Walzer, 1-16. Oxford: Oxford University Press.

1995b Complex Equality. In *Pluralism, Justice, and Equality*. Ed. David Miller and Michael Walzer, 197-225. Oxford: Oxford University Press.

1999 *Principles of social justice*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.

Murphy, Richard S.

1996 Property Rights in Personal Information: An Economic Defense of Privacy. *Georgetown Law Journal* 84: 2381-2417.

Murray, Thomas H.

1997 Genetic Exceptionalism and “Future Diaries”: Is Genetic Information Different from Other Medical Information?” In *Genetic Secrets, Protecting Privacy and Confidentiality in the Genetic Era*. Ed. Mark A Rothstein, 60-73. New Haven, Yale University Press.

Natowicz, Marvin R., Jane K. Alper, and Joseph S. Alper

1992 Genetic Discrimination and the Law. *American Journal of Human Genetics* 50: 465-475.

Nozick, Robert

1974 *Anarchy, State, and Utopia*. Oxford, Basil Blackwell.

Ostrer Harry; W. Allen; L. A. Crandall; R. E. Moseley; M. A. Dewar; D. Nye; S. V McCrary

1993 Insurance and Genetic Testing: Where are We Now? ” *American Journal of Human Genetics* 52: 565-577.

OTA (Office of Technology Assessment, U.S. Congress)

1988 *Medical Testing and Health Insurance*. Washington, D.C., U.S. Government Printing Office.

1990 *Genetic Monitoring and Screening in the Workplace*. Washington, D.C., U.S. Government Printing Office.

1991 *Genetic Monitoring and Screening in the Workplace: Results of a Survey*. Washington, D.C., U.S. Government Printing Office.

1992a *Cystic Fibrosis and DNA Tests: Implications of Carrier Screening*. Washington, D.C., U.S. Government Printing Office.

1992b *Genetic Tests and Health Insurance: Results of a Survey*. Washington, D.C., U.S. Government Printing Office.

Pagnattaro, Marisa Anne

2001 Genetic Discrimination and the Workplace: Employee's Right to Privacy v. Employer's Need to Know. *American Business Law Journal* 39: 139-185.

Phelps, Edmund S.

1972 The Statistical Theory of Racism and Sexism. *American Economic Review* 62: 659-661.

Posner, Richard A.

1983 *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.

1990 *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.

1998 *Economic Analysis of Law*. (5th ed.) New York, Aspen Law and Business.

Rawls, John

1971 *A Theory of Justice*. Cambridge Mass., Harvard University Press.

2001 *Justice as Fairness: A Restatement*. Ed. Erin Kelly. Mass: Belknap Press, Harvard University Press.

Rothenberg, Karen, Barbara Fuller, Mark Rothstein, Troy Duster, Mary Jo Ellis Kahn, Rita Cunningham, Beth Fine, Kathy Hudson, Mary-Claire King, Patricia Murphy, Gary Swergold, and Francis Collins

1997 Genetic Information and the Workplace, Legislative Approaches and Policy Changes. *Science* 275: 1755-1757.

Rothstein, Mark A., Betsy D. Gelb, and Steven G. Craig

1998 Protecting Genetic Privacy by Permitting Employer Access Only to Job-Related Employee Medical Information: Analysis of a Unique Minnesota Law. *American Journal of Law and Medicine* 24 (4): 399.

Ruiz, Blanca R.

1998 The Right to Privacy: A Discourse-theoretical Approach. *Ratio Juris* 11(2): 155-167.

Seltzer, Joanne

1998 Note, The Cassandra Complex: An Employer's Dilemma in the Genetic Workplace. *Hofstra Law Review* 27: 411-471.

Schwartz, Paul M.

1997 Privacy and the Economics of Personal Health Care Information. *Texas Law Review* 76: 1-75.

Sunstein, Cass R.

1998 The Constitution and the Clone. In *Clones and Clones: Facts and Fantasies About Human Cloning*. Ed. Martha C. Nussbaum and Cass R. Sunstein, New York, N.Y.: W. W. Norton & Company.

Tabarrok, Alexander

1994 Genetic Testing, An Economic and Contractarian Analysis. *Journal of Health Economics* 13 (1): 75-91.

1996 Genetic Testing and Human Welfare, Reply to Hall. *Journal of Health Economics* 15 (3): 381-384.

Tribe, Laurence H

1988 *American Constitutional Law*. (2nd ed.) Mineola, N.Y., Foundation Press.

Ulen, Thomas S.

2000 Rational Choice Theory in Law and Economics. In *Encyclopedia of Law and Economics*. Ed. Boudewijn Bouckaert and Gerrit de Geest, 790-818. Northampton, Ma. : Edward Elgar Publishing.

Vlastos, Gregory

1962 Justice and Equality. In *Social Justice*. Ed. Richard B. Brandt, 31-72. New Jersey: Prentice Hall.

Waldron, Jeremy

1991 Jurisprudence and Political Theory: The Substance of Equality. *Michigan Law Review* 89: 1350-1370.

Walzer, Michael

1983 *Spheres of Justice: A Defence of Pluralism and Equality*. Oxford: Martin Robertson.

Wertz, Dorothy C.

- 1999 Genetic discrimination: Results of a Survey of Genetics Professionals, Primary Care Physicians, Patients, and Public. *Health Law Review* 7:7-8.

Westen, Peter

- 1982 The Empty Idea of Equality. *Harvard Law Review* 95: 537-596.
- 1983 The Meaning of Equality in Law, Science, Math, and Morals: A Reply. *Michigan Law Review* 81: 604-663.
- 1990 *Speaking of Equality, An Analysis of the Rhetorical Force of 'Equality' in Moral and Legal Discourse*. Princeton, N. J., Princeton University Press.

Wittgenstein, Ludwig

- 1968 *Philosophical Investigation* (3rd ed.). translated by G. E. M. Anscombe. Oxford, B. Blackwell.

Zimmern, R. L.

- 1999 Genetic Testing: A Conceptual Exploration. *Journal of Medical Ethics* 25: 151-156.