

就業基因歧視的法理問題與因應之道

何建志*

1.就業基因歧視的概念	2
2.就業基因歧視的法律問題	4
2.1 隱私權的爭議	4
2.2 平等的爭議	7
3.我國法上的因應之道	13
3.1 現行禁止就業歧視的相關法律與適用方式	13
3.2 憲法層次的考量	15
3.3 基因歧視的特徵與未來法制設計	19

摘要：隨著遺傳學知識與基因檢驗技術的發展，基因導致罹患疾病機率增加的人在未來職場上可能受到基因歧視的不利待遇。為了處理這項科技發展引起的社會問題，許多人主張以隱私權或平等權保障受僱人免於基因歧視。不過，這些主張所援用的論理依據並非完全周延，而且實施這些權利也不當然能達到預期效果。除了以隱私權或平等權強行干預雇主決策的法律規範模式之外，我們可以針對就業基因歧視的特徵與成因，設計出處理基因歧視的其他替代方案。最重要的是，不論採用何種方案，處理基因歧視必須考量到科技發展帶來的社會利益與社會成本如何公平分配，才能從根本上解決問題。

關鍵詞：基因歧視、基因資訊、隱私、平等、人類基因組計畫、HGP、ELSI

*作者現為國立清華大學科技法律研究所助理教授

E-mail: hjj@mx.nthu.edu.tw

案例一：

甲男帶有高雪氏症(Gaucher's disease)¹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。

案例二：

乙女因可能由父母得自引發杭廷頓氏症(Huntington's disease)²的變異基因，而決定進行基因檢驗。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，卻遭到解雇。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。至於乙女的兄弟姐妹們，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導致杭廷頓氏症的基因。

1. 就業基因歧視的概念

以上的例子都是真人真事。³職場上的就業歧視向來是勞動法的重要課題，傳統的就業歧視包括基於性別、種族、殘障等等因素的歧視。而隨著基因檢驗(genetic testing)技術的發展，未來在職場上便可能出現新的基因歧視類型。基因檢驗的基本原理是藉由分析 DNA 分子、染色體或是基因產物(genetic products)如酵素與蛋白質等等，以判斷某人是否帶有可能導致疾病的基因。⁴當某人在基因檢驗之後得到陽性的檢驗結果，如果雇主可以取得這項基因資訊，或者雇主以

¹ 一種肝臟、脾臟腫大、骨骼退化的隱性遺傳疾病。

² 又稱杭廷頓氏舞蹈症(Huntington's Chorea)，係由 Huntington 醫師於 1872 年所發表研究報告而得名。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性顫抖、舞動與心智障礙症狀。這種嚴重且致命的疾病在目前仍無法治療。

³ 這些案例來自於美國政府各部會的聯合報告(Department of Labor, *et al.* 1998)，由副總統 Gore 於 1998 年 1 月 20 日所公布。

⁴ 此處是對基因檢驗概念的一個基本說明。雖然文獻上關於基因檢驗的理解有大致共識，但是基於目的不同，因此在細節上各自的定義會有所出入。美國官方研究機構的定義見 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)。

體檢的方式獲得基因資訊，並且以這項資訊作為是否錄用、晉升或調職的參考，則帶因者(carrier)⁵可能因此受到不利待遇而影響生計。

所謂基因歧視，Natowicz 等人定義為：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.* 466)。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。⁶

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(genetic screening)。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 41-42)。以國外經驗來看，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，⁷不過，隨著人類基因組計畫(Human Genome Project)正逐步接近完成，⁸基因檢驗的技術日趨成熟而費用逐漸降低的情形下，將增加企業在未來實施基因檢驗的誘因。

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

⁵ 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。

⁶ Billings 等人則將這些可能遭受歧視的對象分為四類(Billings *et al.* 1992: 476)。

⁷ 美國方面的案例見 Billings 等人的研究(Billings *et al.* 1992)，以及 Lapham 等人的調查(Lapham *et al.* 1996)。英國方面的經驗見 Low(1998)與 HGAC(1999)。

⁸ 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，所以於 1998 年宣佈可提前至 2003 年完成。

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 3-5)。⁹

如果合理運用，參考受僱人的基因狀態而分配工作對勞資雙方都有好處。例如，可降低受僱人因工作而發生職業病的危險，或者依據基因監測的結果作為改進工作環境與衛生條件的參考。不過，如果雇主可以取得受僱人的基因資訊，則可能出於種種利害上的考量，而拒絕雇用遺傳疾病帶因者。例如：一、員工的健康狀態會妨礙個人的工作表現，而影響事業績效。二、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，增加人力訓練成本。第四，如果雇主也負擔員工的保險費或醫療支出，則員工的疾病會加重事業的成本負擔，而減少事業獲利盈餘。¹⁰五、員工如果因為疾病的影響而發生意外事故，雇主將會蒙受財物損失，也可能面臨其他受害人要求賠償。許多人因而擔心，如果對於雇主實施基因檢驗與取得基因資訊毫無限制，則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。¹¹

2. 就業基因歧視的法律問題

2.1 隱私權的爭議

相對於傳統就業歧視業，基因歧視的特徵在於雇主必須憑藉基因資訊才能進行篩選，而基因資訊無法經由肉眼辨識，則必須透過醫學檢驗取得，不像性別、

⁹ 通常在文獻上基因檢驗指的是針對高風險群（如家族成員有遺傳病患者）從事的檢查，而基因篩檢則是針對一般人口實施的檢查。而前美國國會科技評估局(OTA)這裡的界定是以基因檢驗作為最廣泛的概念，而以基因篩檢作為基因檢驗的實施型態之一。文獻上則另有使用 genetic test 者，如 Holtzman & Watson (1998: 6)。而 Andrews 等人則將 genetic tests 界定為各種預測遺傳條件或預測發生遺傳病機率的各種化驗分析方法，而 genetic testing 則是使用化驗分析方法確定高風險者個人基因狀態，Andrews 等人採用 genetic testing 作為泛稱(1994: 4)。在本文中，如未特別註明，則以基因檢驗(genetic testing)作為泛稱。

¹⁰ 這種情形在美國特別成為潛在的社會問題。因為美國世界先進工業國家中唯一沒有公醫制度或全民健康保險的國家，因此許多人的醫療保險多來自於雇主所提供。

¹¹ 關於基因檢驗對雇主與受僱人之間利害關係的影響，見 Billings & Beckwith(1992)以及 Seltzer(1998)。

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的資訊，屬於向來隱私權所包含的範疇，因此關於雇主可否取得基因資訊就涉及有無侵害隱私權的爭議。

2.1.1 取得基因資訊的範圍限制

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，將會使員工喪失早期發現與預防疾病的機會。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。¹²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，所有的基因資訊都與工作有關聯。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)。對於這項問題，Rothstein 等人主張，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.* 1998: 414)。

Rothstein 的主張值得進一步加以商榷。首先，他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公平分配風險的方法。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。¹³其次，Rothstein 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？這些問題不是僅訴諸於隱私權就能獲得解決。

¹² 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，而目前美國紐約州法則已經規定雇主只能取得與工作環境有關的基因資訊(Rothenberg *at el.* 1997)。

¹³ 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。

2.1.2 放任取得基因資訊可能導致濫用

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(Aboot 1996: 390; Andrews *et al.* 37-39)。即使是單基因的疾病，如杭廷頓氏症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。¹⁴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。¹⁵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。

可是，雖然目前科學知識對於基因與疾病的關連多未能完全掌握，不過隨著科技的進步，人類應當能夠逐漸增加對於基因與疾病關連性的認識。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。最重要的一點是，雇主針對求職應徵者或員工實施醫學檢驗，目前在國內外都不是當然違法的行為。以美國實務為例，為確保員工的工作表現，許多美國企業都針對求職者或員工實施藥物或酒精檢驗，而且為了確保工安，國防、交通、原子能等政府機構也有實施相關醫學檢驗的規定（焦興鎧 1995）。至於我國，目前的勞動法令不但未禁止雇主對求職者或員工從事健康檢查，更強行要求雇主應實施檢查，而勞工也有接受檢查的義務。勞工安全衛生法第十二條第一項規定：「雇主於僱用勞工時，應施行體格檢查；對在職勞工應施行定期健康檢查；對於從事特別危害健康之作業者，應定期施行特定項目之健康檢查；並建立健康檢查手冊，發給勞工。」同條第三項規定：「勞工對於第一項之檢查，有接受之義務。」同法第十三條則規定：「體格檢查發現應僱勞工不適於從事某種工作時，不得僱用其從事該項工作。健康檢查發現勞工因職業原因致不能適應原有工作者，除予醫療外，

¹⁴ 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。

並應變更其作業場所，更換其工作，縮短其工作時間及為其他適當措施。」¹⁶至於在我國工作的外國人士，就業服務法第五十四條第一項第四款更規定，如有拒絕接受定期健康檢查者，應受撤銷聘僱許可之處分。由此可見，在我國強調職場衛生安全的現行法規體制下，勞工的醫療資訊隱私權並未受到明文承認，因此求職者或受僱人似乎不容易直接以基因隱私權為由拒絕接受基因檢驗或提供基因資訊。¹⁷

2.2 平等的爭議

2.2.1 歧視的定義與疑義

相較於一般的殘障歧視類型，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中間地帶。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正常人更高。例如在文獻上通常被提到的 BRCA1 基因，據研究，帶因者在一生中有 85% 的機率會發生乳癌，並有 45% 至 60% 的機率發生卵巢癌(Easton et al. 1995; Ford et al. 1994)。¹⁸但是另一方面，除了單基因遺傳疾病如杭廷頓氏症，通常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然

¹⁵ 關於這些問題更進一步的介紹見 Holtzman & Watson (1998)。

¹⁶ 目前本法仍有適用行業的限制，不過依本法第三條的規定，農林漁牧與製造業都已經屬於適用範圍，而服務業也有部份被納入，因此本法適用範圍已相當廣泛。此外，關於體檢項目，依勞工安全衛生法施行細則第二十條與勞工健康保護規則第十條、第十二條規定，可分為「一般體格檢查」與「特殊體格檢查」，而基因檢驗並未列入應檢查的項目。不過在一般體格檢查方面，勞工健康保護規則第十條第一項第九款則規定雇主應實施「其他必要之檢查」。這個概括規定固然是為了考量醫學進步與避免掛一漏萬而設計，不過雇主因此有可能利用這個規定實施基因檢驗。當然，為實施法令規定的檢驗項目，抽血是必然會施行的步驟之一。事實上雇主或醫療機構取得求職者或雇員的血液之後，便有機會在不知會本人並取得同意的情形下，由血液取得細胞內的遺傳物質進行基因檢驗。

¹⁷ 相對於我國規定，美國 1990 年制訂的「美國障礙人士法」(Americans with Disabilities Act, ADA)對於勞工隱私權的保障較為周到。關於求職者部分，雇主只能夠在針對所有求職者為檢驗，並提出條件性要約之後才能針對求職者進行醫學檢查。而在受僱人方面，僅限於與工作相關並具有業務必要性時才能實施醫學檢驗，見 42 U.S.C. 12112(d)。

¹⁸ 中山大學、高雄醫學院及高雄榮總的合作研究計畫，也在國內家族性乳癌患者中發現 BRCA1 與 BRCA2 等變異基因的存在，見民生報 88 年 6 月 9 日報導。

會發病，換言之，是否發病是一種或然率而不是必然性。¹⁹所以在發病之前，帶因者²⁰並不是所謂的病人或殘障者，可是他們卻由於基因狀態與正常人有異，因而有蒙受歧視的危險。依據法學上向來流行的平等公式：「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？這是不是構成一種歧視？

對於這個問題，經濟學在關於就業歧視方面的研究可以提供一個參考。目前在經濟學上有二種主要處理歧視問題的模型。第一種模型以 1992 諾貝爾獎得主 Becker (1957) 的研究為代表，他將歧視認為是一種個人的愛好(taste)，這種愛好可能是非理性的，因此我們可稱之為「愛好性歧視」(taste discrimination)。第二種模型則是由 Phelps (1972) 所提出，他認為歧視是資訊不充分下的一種方便措施。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資訊成本過高而不可行。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愛好，但是也可能基於經濟上的理性考量而實施統計性歧視。

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，因為這的確有科學上的證據作為基礎，除非有更新的科學研究可以

¹⁹ 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。為了避免討論上的繁瑣，本文暫將這二類遺傳病的發病情況視為機率現象。

²⁰ 為了行文方便，本文討論的帶因者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)，如杭廷頓氏症、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，因此不需要再多加討論。

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之間在發病的可能性上確實有所不同，而雇主以基因資訊篩選員工則似乎符合「不等者不等之」的平等公式要求，因而不構成違反平等的差別待遇。²¹ 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上效率考量，因此這究竟算不算是一種歧視難以一概而論。^{22 23}

2.2.2 歧視與社會階級結構

對於雇主可能出於利益考量而實施基因歧視的作法，或許倡議工作平等的人士會認為這是對於中下階層另一種結構性的壓迫。因為疾病的發生除了基因的作用之外，環境因素也有影響力，如果有優良的飲食、衛生、醫療照顧等後天環境因素，則可以降低基因導致疾病的可能，或者緩和病情。可是中下階層人士在社會中所分配到的環境資源比較差，而他們同時卻也是最需要工作來維持生活的人。其次，雇主為了避免工作因素導致職業病帶來的經營成本，而剝奪帶因者的工作機會，是一種不負責任的作法。為了消除工作引發勞工的職業病，應當進行工作環境與勞動條件的改善，而不是以基因為藉口剝奪勞工的工作權。

對於以上這些意見的一些回應如下：首先，致病基因在人口中是隨機分佈，與社會階級因素無關。至於經濟上弱勢者的照顧與安養，則應該由社會福利制度加以處理，雇主不當然有社會扶助的義務。其次，如果雇主能夠考量到某些人的基因傾向，而改進工作上的設施與條件，固然也是一種解決方法。不過，如果具

²¹ 一個類似的統計性歧視情形是，目前國內外就業市場上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。嚴格來說，學歷只能表示一個人通過了學校方面的考試，但是並不能真正代表一個人的工作能力，因此就業市場上「文憑主義」的作法也是屬於一種歧視性的措施。這種措施之所以不被認為違法，主要原因也在於學歷與工作表現之間存在著某種程度的統計關聯性。

²² 依 Sattinger(1998)所觀察，究竟統計性歧視是否屬於真正的歧視，在目前經濟學關於統計性歧視的文獻上仍然曖昧不明，不過他本人認為基於某種特徵資訊而篩選員工傷害了具有這項特徵的團體，而且構成經濟歧視。

²³ 為避免討論混淆，我們應當從事語意上的澄清。如果所謂歧視指的是一種沒有正當理由或不合理的差別待遇，則基因歧視不當然是這種定義下的歧視，尤其是在科學上已經被確認比一般人有更高發病機率的情形。因此我們在討論上應該區分構成歧視的差別待遇和不構成歧視的差別待遇，或者留意到可以區別合法歧視與非法歧視。鑑於基因歧視在文獻上已經是一個通用詞彙，因此本文不因為這個詞彙可能具有的意義含混矛盾而放棄使用。不過在本文中，基因歧視是以一個中性涵意加以使用，泛指基於基因狀態而實施差別待遇的行為。

有這些基因傾向的員工在人口比例中只佔少數，而為這些少數員工改善設施或環境條件的成本非常高昂，則如此不但首先降低企業的利潤，更可能使其他經濟弱勢者受害。因為企業經營成本的增加與獲利減少，將導致其他同儕員工的分紅或其他福利條件隨之減少。一旦經營成本提高，而透過產品或服務價格上升轉嫁到消費者時，身為消費者的經濟弱勢者也將負擔這些成本。所以支持帶因者的就業平等權，不一定會改善貧富階級之間的資源分配狀態，反而可能惡化經濟弱勢者之內的福祉水準。

2.2.3 平等與法益衡量

處理基因歧視也涉及到各種法益之間的價值權衡考量。帶因者的基因狀態導致發病，其實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，與疾病嚴重程度等等條件也都不一而足。因此原則上，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，例如有關維持社會運作秩序，或者與公共安全有重要影響，即使發病可能性低或發病時機遙遠，但是在維持社會秩序或公共安全的重要考量下，帶因者的工作機會也可能因此受限制，如大眾交通工具駕駛員（車輛、船舶、航空器等）或危險設施操作員（化學工廠、原子反應爐）。

這些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民事賠償責任關係。如果受僱人因為遺傳疾病的影響而釀成意外事故，或因為基因傾向而在執行職務時發生犯罪行為，且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？²⁴ 此外，雇主對於肇事的受僱人是否構成保護不週，而必須對賠償受僱人所受的損害？^{25 26}

²⁴ 民法第一百八十八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。」

²⁵ 民法第四百八十三之一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

即使無法否認一概禁止基因歧視可能會危及其他社會成員的合法利益，但是基於某種社會理念，有些人可能還是不贊成雇主根據人的基因狀態進行人事決策，因為如此一來恐怕將導致「基因隔離」(genetic segregation)社會的出現。如果放任雇主根據基因狀態導致遺傳病的可能性從事決策，則將來社會更可能進一步根據種種病態或反社會基因如「暴力基因」、「性侵害基因」，²⁷而將帶有這些基因的人排除於社會職場之外。為了防止社會演變到這種地步，我們必須現在就禁止一切的基因歧視。

這種看法主要建立在所謂的「滑坡論證」(slippery slope argument)之上。滑坡論證主張，如果我們允許 A 將會導致我們進一步容許 B，以至於 C 等等，如此最終則導致 X,Y,Z 的結果，然而 X,Y,Z 是明顯無法被接受的現象。因此為了避免出現 X,Y,Z，即使 A 在目前看來並非不可接受，但是仍然必須加以禁止。其實滑坡論證在邏輯上或因果關係上的理由並不充足，因此不是一種很健全的推論方式。本文在此限於文字篇幅無法一一分析評論，²⁸不過我們應當留意，首先，滑坡論證會造成不區分事態輕重緩急而一概加以抹煞的後果。在法學上來看這違反了「事物不等者不等之」的法理。即使在事態 A 與 B 之間有模糊地帶或流動性，但是 A 卻一定與 X,Y,Z 截然不同，因此我們不能不分青紅皂白以處理 X,Y,Z 的標準來處理 A。其次，滑坡論證的說服力需要訴諸於某種想像上的可能危險，然而以法律進行管制卻不能完全基於想像上的可能性。除非危險的存在可以合理認定，才能限制人民的自由。否則，國家將隨時可以基於公共道德或社會秩序受危害的可能性，任意以法律干預人民的自由與權利，這恐怕不是法治運作的常軌。當然，這種法治理念來自於自由主義(liberalism)的政治哲學。由於自由主義原則上對社會的多元文化與價值採取中立地位與寬容立場，因此某些人認為自由主義在維護良好道德與社會風氣的立場上過於軟弱，從而進一步批判「自由主義的侷

防。」另依民法第一百八十四條第二項規定：「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，如果雇主未盡到第四百八十三之一條的危險預防義務，則應賠償受僱人的損害。

²⁶ 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。

²⁷ 至目前為止人類僅能認知到某些疾病來自於單一基因的作用，而除此之外疾病都是許多基因與環境的共同作用。如果說有特定的某個或某些基因會造成反社會行為，這種說法有過度簡化的問題。

²⁸ 關於對滑坡論證比較詳細的分析與批評，見 Hartogh(1998)。

限」。不過，如果我們能體認法律與道德是二種不同屬性的規範，以及避免陷入「法律是萬能工具」的迷思，則自由主義應當還是實施法治的最佳選擇。

2.2.4 自然不平等的問題

在法學與倫理學上，有一個經常為人所信仰的理念，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，則無論犯罪行為造成多少損害，也不能對行為人加以懲罰。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，因此當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所無法控制的事情負責。

以上的說法乍看之下很合理，但是卻有一個嚴重的缺陷。固然個人不應該為自己的基因而負責，可是既然個人基因的狀況更與他人無關，也不是他人所造成，所以當我們承認人不應該為他所無法控制的事情而負責，則我們更應該推論出雇主或非帶因者不應該為帶因者的基因負責，否則，將出現前提與結論會互相矛盾。由此可見，這種標榜個人自由意志與自主選擇的責任理論，或許適用於法律上關於懲罰與制裁的討論，而不適合用來處理基因與自然不平等(natural inequality)在權利界定與資源分配的問題，不然反而會出現荒謬的結論。

3.我國法上的因應之道

3.1 現行禁止就業歧視的相關法律與適用方式

目前我國已經有幾項法律²⁹禁止純粹基於身、心理因素的就業歧視，因此保障了身心障礙者³⁰的平等就業機會。如果雇主不依據工作內容為資格或能力上的

²⁹ 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。」

³⁰ 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

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，他們不能被認為是病人或身心障礙者，這是否意味著他們無法依據這些法律享有免於被歧視的權利？這項疑義的產生來自於我國身心障礙者保護法關於保護對象的界定不夠周延。

以美國 1990 年制訂的「美國障礙人士法」(Americans with Disabilities Act, ADA)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。³¹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。³²

而在我國法的適用上，雖然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，不過在關於帶因者的情形，可以適用「舉輕以明重」或「舉重以明輕」的法律解釋原則，³³認為帶因者同樣應當受到本法的保障。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人，因為他們的健康狀況比身心障礙者更好，因此更不應該因為健康因素而受到歧視。至於我國法上其他保護身心障礙者的相關規定，只要是帶因者有可能受到歧視的場合，便應當同樣適用這種結論，

際，殘障的名稱由身心障礙加以取代。準此，在其他法規中，身心障礙即是殘障的同義替代語。

³¹ 見 42 U.S.C. 12102(2)。

³² 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。

³³ 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性質。在這裡的系爭法律條文是身心障礙者保護法第四條及就業服務法第五條，由禁止或課予義務的觀點來看，是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，則是保障身心障礙者享有不受無理歧視的權利。

因為身心障礙者保護法是所有保障身心障礙者的基本規範，在沒有其他例外的考量下，保障個人不因生理心理因素而被剝奪機會平等的價值判斷應該貫徹到其他相關規範。

不過，即使帶因者可以基於身心障礙者保護法第四條及就業服務法第五條享有平等的就業機會，但是這能對他們提供有實效的保障？依身心障礙者保護法第六十四條規定，公務員執行職務違反第四條規定時，應受懲戒。雇主違反第四條規定者，應處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰。而就業服務法第六十二條規定，雇主違反第五條的規定者，應處新臺幣三千元以上三萬元以下罰鍰。對這個問題可以分二方面討論。在既有的僱傭關係上，如果雇主僅僅只是考量受僱人的基因狀態而加以解雇，依民法第七十一條規定，法律行為違反強制或禁止規定者無效。受僱人可以用確認之訴主張解雇行為無效而僱傭契約存在，且合併聲明請求雇主應賠償受僱人在違法解雇期間的損失。至於在求職者部分，因為與雇主之間還沒有成立契約關係，因此不能夠基於以上法律主張雇主應積極加以錄用，而僅能消極性地請求雇主在求職者之間從事公平的選擇。即使在結果上雇主沒有錄用帶因者，除非能夠證明帶因者在工作能力與資格上比被錄用者有相同或更好的條件，否則難以認定雇主有違法歧視。因此在求職者這一部分，現行法提供的保障相當薄弱，且更僅只能訴諸於新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰嚇阻雇主從事基因歧視，而且即使能克服舉證困難認定雇主有歧視，也不能因此起訴請求雇主強制雇用，而罰鍰也不是可歸屬於求職者的賠償。

更重要的是，身心障礙者保護法第四條及就業服務法第五條所保障的權利內容只是一種機會平等權。如果帶因者的基因傾向真的不適合工作的性質，則自然沒有機會平等權受侵害可言。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工作設施；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更細緻的檢驗方法，使我們能夠來區分「正常人」或「異常者」，以及「適合工作者」與「不適合工作者」。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？

3.2 憲法層次的考量

從憲法的觀點來看，就業基因歧視主要涉及了工作權、平等權與隱私權的問題。在實證法律的層次來看，憲法第七條規定：「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。」第十五條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」

在工作權方面，憲法固然明文規定保障人民工作權。可是在歐陸成文法系的國家中，以及繼受歐陸成文法系的國家如日本、我國等，憲法上基本權利向來僅適用於人民與國家之間的關係，而不是私人之間的法律關係。為了克服這個問題，學說上因此有所謂的「憲法基本權對第三人效力」(Drittwirkung der Grundrecht)的理論，主張憲法上關於人民基本權利的規定可直接適用於私法關係，而得以對其他私人有所主張。不過，目前德、日與我國學者多否認第三人效力的理論，而認為憲法上基本權的效力不能直接適用於私法關係，只能輾轉經由如民法上「公序良俗」等概括條款予以間接適用，或者由立法者制訂具體的法律落實憲法精神(蔡欽源1983；陳新民1990)。更何況，憲法上工作權是一種消極的權利，目的在於防止國家以法律侵害人民的工作機會或工作自由，而不在於使人民能夠積極請求國家提供工作。

至於平等權方面，由於立法者已經在勞動關係上制訂了相關的就業平等規定，因此我們可以在法規的解釋適用上落實憲法平等權的精神，而不需要再引進第三人效力的理論。至於憲法第七條所謂「在法律上一律平等」的意義究竟如何？對這個問題，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」等種種方式加以區分闡釋，然後再主張我國憲法第七條規定的平等是「法律上」、「相對」、「實質」或「比例」的平等。我國法律學者的通說是，憲法上所要求的平等並不禁止合理的差別待遇，而司法機關的理解也大致如此。³⁴至於差別待遇是否合理

³⁴ 國內法學界對於平等意義的解說，見李惠宗(1988)的介紹與整理。國內司法機關對平等的理解，見司法院大法官會議釋字第 221 號解釋：「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 485 號：「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。」

的判斷標準，過去國內學者則較少討論，而德國法學界則提出了「正義理念」、「事物本質」、「比例原則」、「體系正義」等抽象標準加以認定（李惠宗1988）。而在國內大法官的解釋文或解釋理由書中，則往往以「事實上之差異」（釋字211號解釋）、「事實情況之差異」（釋字438號解釋）、「事物性質之差異」（釋字485號解釋）為認定標準。

雖然以上這些關於平等的論述具有一定的參考價值，不過卻仍然無法克服平等概念空洞性的理論困境。諸如「正義理念」、「事物本質」、「事實差異」等等標準欠缺清晰性與可操作性，往往在使用上流於主觀。而如果從差異的觀點來看，其實我們可以說世界上沒有二件事物是相同。因此我們可以知道，判斷二件事物是否相同，取決於判斷標準的寬鬆程度，如果標準越寬，則相同的事物越多，標準越嚴格，則相同的事物越少。不過在處理法律上的平等問題時，這種判斷基準的思考模式還是有侷限性：我們如何選取判斷標準？這仍然是一個有待回答的問題。

關於平等概念的分析，1998年諾貝爾經濟學獎得主Sen首先提出了「equality of what」釐清問題癥結。他認為平等有許多面相，在某一面向上平等將造成其他面向上的不平等。例如自由的平等可能造成財富分配上的不平等，收入的平等可能造成效用上的不平等。換句話說，即使是為了某種不平等的現象辯護，其實也是援引了某種面向上的平等作為依據。因此平等的中心問題是在於我們應當選取哪方面的平等(1980; 1991)。如果我們單單在抽象上討論平等，而沒有說明「equality of what」，則會無所指涉流於空洞(1991: 9)。

憲法第七條在就業關係中所保障的是哪一方面的平等呢？筆者認為應該是機會平等，亦即在相同條件下不受差別待遇的權利，而不是結果或福祉上的平等。³⁵準此，則帶因者由於遺傳因素使未來健康惡化的機率比一般人高，從而對

³⁵ 法律保障女人因懷孕生產而生的給付請求權則是一項例外，懷孕生產的女性受僱人雖然不提供勞務但是有權請領薪資，如勞動基準法第五十條、工廠法第三十七條等規定。從這些法律可以推論出就業市場中「禁孕條款」或「懷孕離職條款」的歧視措施不合法，否則，如果認為這些約定合法，則女性受僱人原本可以根據這些法律請求懷孕生產期間的假期與薪資等權利將會被架空。而為了保護女性受僱人，在解釋上這種條款應當是一種「相對無效」而不是「絕對無效」的約定，在個案中這種條款究竟有效或無效，應當由受僱人決定，而不能由雇主決定。這些法律的目的是在於對女人生育子女進行補貼，這是社會為了生產下一代新生人力所作的投資，以確保社會將來可以有新生代的納稅人支付公共開支。此外，這也可以保障女人不因為懷孕生育而脫離職場，因為社會也需要女人走出家庭從事

帶因者實施差別待遇不當然違反憲法第七條要求的平等。這樣的結論或許無法盡如人意。不過，如果我們能夠體認到「不幸」與「不公平」之間的差異，則這樣的結論應當還是有說服力。否則，若是凡有不幸即屬於不公平，則平等概念就沒有必要存在了。³⁶

隱私權則又有另外的特殊問題。我國是成文憲法體制，憲法中並沒有明文規定隱私權的。當然憲法第二十二條「其他自由及權利」是憲法上隱私權的可能基礎，而且大法官會議也曾經宣示過人民隱私權的存在。³⁷不過總體來看，目前我國憲法隱私權的發展仍然相當有限。此外，即使認為憲法上隱私權可以建立在憲法第二十二條之上，但是卻又必須面臨憲法人民基本權利可否適用於私法關係的問題。另外雖然我國某些現行法律的保護範圍可以包括基因隱私權，³⁸不過根據這些法律，並不能推論出禁止私人在契約關係中要求相對人提供基因資訊的結論。

如果讓我們直探隱私權的核心，我們應當追問的是究竟隱私權的制度功能何在？首先我們知道，隱私權的基本內容是在於個人資訊與個人生理事項的自我

家務與生育以外的勞動以增加社會生產，或者，當女人在職場比在家庭中能發揮更高生產力，則使這些女人脫離職場會造成人力資源浪費。不過，確保社會未來有納稅人口與促進社會人力資源運用效率，都是一般性的公共利益，而雇主並沒有因此享受特別利益但是卻支付成本，所以這違反了實現公共利益的代價應一體負擔的平等要求。

³⁶ 如果我們不將憲法第七條在就業領域的意義解釋為機會平等，則有可能認為，即使帶因者的未來健康傾向與一般他人不同，他們在就業市場中仍然應該享有與其他入一樣的待遇。在當代政治哲學中企圖超越機會平等的理論見 Rawls(1971)。

³⁷ 目前司法院大法官會議僅有一則解釋宣示過人民隱私權的存在，但是在解釋文與解釋理由書中並未詳細分析隱私權的體系地位與憲法基礎。釋字第 293 號解釋：「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。惟公營銀行之預算、決算依法應受議會之審議，議會因審議上之必要，就公營銀行依規定已屬逾期放款中，除收回無望或已報呆帳部分，仍依現行規定處理外，其餘部分，有相當理由足認其放款顯有不當者，經議會之決議，在銀行不透露個別客戶姓名及議會不公開有關資料之條件下，要求銀行提供該項資料時，為兼顧議會對公營銀行之監督，仍應予以提供。」

³⁸ 如民法第一百九十五條（侵害隱私之侵權行為賠償責任）、電腦處理個人資料保護法、醫療法第四十九條（醫療資訊之保密）、去氧核糖核酸採樣條例、刑法妨害秘密罪章等。

決定，以防止他人或公眾的探知、干預或利用。³⁹不過，隱私權必須預設他者的存在，如果沒有他者，則隱私並沒有意義可言。從這個觀點出發，我們可以發現，隱私權是用來界定人與人之間關於個人資訊與生活事項決定權的一種制度性安排。因此隱私權的大小，正反映了個人對於自己個人資訊與生活事項決定權的程度範圍。關於隱私權的範圍，詹文凱(1998)認為隱私權的內涵應以個人事項為限，如果涉及他人，則不屬於隱私權所保障的範圍。不過，在現代社會中，人與人之間互動往來方式複雜，許多公私領域互相交錯，很少有所謂絕對的個人事項而不涉及他人。如果將隱私權範圍僅限於在概念上純粹與他人無關的行為，則隱私權的內涵將所剩無幾。因此比較理想的作法是承認多元性與多面性的隱私權概念，亦即隱私權的內涵、強度與界線，隨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。至於個人決定權的大小，應取決於各生活或不同社會領域中的關係特徵。

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重點，應該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。顯然，雇主有無取得基因資訊，可能會影響他對於受僱人生產力的評價，可是適合用隱私權來加以干預嗎？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一個人的勞動力品質。本文在先前已經指出，反就業歧視法保障的是工作機會的平等，而且在一些情況下許可基於體質因素的考慮而拒絕某些人擔任特定工作。因此在職場當中的工作機會權是取決於工作的內容與特性，而不是基於隱私權方面的考量。以隱私權來調整工作的機會，則是對就業市場的一種干預。至於這種干預是否妥當？由多元的隱私權理論來看，這必須考量到就業市場與勞動關係的特性，而不是純粹分析或闡釋隱私權的內涵所能勝任。

3.3 基因歧視的特徵與未來法制設計

Tabarrok(1994)認為，基因檢驗有助於從事疾病預防及早期治療，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，並節省社會的醫療成本支出，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

³⁹ 進一步關於隱私權理論的深入介紹，見詹文凱(1998)與林建中(1999)。

本。但是另一方面，就個人而言，由於恐懼一旦檢驗結果為陽性後而遭受歧視，因此個人有可能因此裹足不前。我們由此可見，基因歧視具有利益分配衝突的特徵：全體社會的利益可經由基因檢驗而增加，但是基因歧視的結果使這些利益由帶因者轉移到其他人。

是否鼓勵人們從事基因檢驗，並承認個人基因隱私權而禁止他人接觸使用基因資訊，便可以化解這種社會福祉與個人利益之間的二難衝突？Tabarrok分析這種保障隱私權的作法可能成效不彰。即使我們禁止雇主取得基因資訊，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，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(85-86)。⁴⁰ ⁴¹或許有人會建議，為了杜絕雇主根據受僱人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。而這適足以證明，以隱私權干預雇主的人事決策或受僱人之間的就業競爭，有概念上的一些侷限。總而言之，即使承認基因隱私權，但是這種作法能不能收到防止雇主利用基因資訊的預期效果，還難以一概而論，因為這種作法沒有真正消除雇主利用基因資訊的經濟誘因，只是加以防堵，僅見治標而疏於治本。

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，以致於既有社會關係與法律體系沒有一套相應的分散基因風險機制。如果將解決問題的焦點集中於雇主 / 受僱人的平面關係，可能無法產生兼顧公平與效率的制度。原則上，在許可基因歧視的制度下，社會發展基因檢驗科技的利益便由非帶因者取

⁴⁰ Tabarrok 這種推論是一種典型的資訊經濟學(information economics)與賽局理論(game theory)的應用。Posner 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立刻不打自招坐實了自己成績差(1998: 22)。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。

⁴¹ 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，因此當利益大於損失時，個人還是會出示基因資訊。

得，而帶因者未分配到利益；在禁止基因歧視的制度下，則由帶因者獲得基因檢驗科技發展的利益，而非帶因者未分配到利益。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，將形成一方全得與另一方全失的零和遊戲(zero-sum game)。而這是一種理想的狀態嗎？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。

為了促進基因檢驗的應用提增進社會利益，且為了避免帶因者在檢驗後受歧視而遭受損失，Tabarrok設計了一種「基因保險」(genetic insurance)的方案解決這項問題。他建議，法律應規定每一個人在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而具有發病風險為保險事故。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彌補被歧視的損害，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(87-90)。⁴² 姑且不論Tabarrok的方案是不是完全可行，他處理基因歧視問題的創見在於：可以利用市場機能的方式解決基因檢驗帶給個人與社會的兩難，而不需要以法律直接強行干預。

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的方案是強制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根本不會去從事基因檢驗，因此不需要購買基因保險。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

⁴² 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。

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」⁴³的方式成立「特種基金」⁴⁴，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。⁴⁵必要時，可以由其他財源挹注這個特種基金，例如由全民健康保險予以適度補助，以維持基金的盈虧平衡。⁴⁶

以上所介紹的這些建議方案，是以隱私權或平等權干預就業市場之外的另一些選擇。當然，直接以法律干預就業市場的運作可以避免帶因者的就業選擇因為基因歧視而減少，因此符合某種公平或正義的要求。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，或是引起使用社會資源的扭曲。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⁴⁷或

⁴³ 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)、葛克昌(1999: 114-115)與司法院大法官會議釋字第 426 號解釋。

⁴⁴ 此處的特種基金應為預算法第四條第一項第二款第五目所稱的「有特定收入來源而供特殊用途者，為特別收入基金」。

⁴⁵ 以經濟學上寇斯定理(Coase Theorem)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，因此由政府來擔任收取費用與提供福利的角色。

⁴⁶ 從事基因檢驗具有早期預防疾病，減低社會醫療支出的利益，因此全民健康保險制度將會因為實施基因檢驗而減少財務負擔。準此，我們有正當理由可以使全民健康保險制度負擔一部分基因檢驗帶來的社會成本。

⁴⁷ 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

基因檢驗⁴⁸？這些都是涵意不確定的概念，而沒有一個自明的判斷標準。⁴⁹二、我們必須決定與基因資訊相關的種種權利義務關係。例如，許可或禁止雇主取得基因資訊的各種條件，以及許可或禁止根據受僱人基因狀態從事雇用決策的各種條件（如行業或工作性質等）。而在雇主與受僱人之間取得或使用基因資訊方面，也必須決定雇主與受僱人之間的隱私權範圍，以及因此衍生的一些權利義務。例如，當受僱人拒絕提供基因資訊，或拒絕雇主根據基因狀態所制訂的人事決策，如果事後由於受僱人的基因傾向導致職業病時，受僱人可否向雇主請求賠償？至於在雇主與第三人方面，也必須規定使用基因資訊和基因檢驗與僱用人侵權行為責任的關係。

至於本文介紹的這些替代方案，則是企圖在公平與效率之間求取一個平衡，而這或許在某些人看來，還是犧牲了某種程度的公平。不過，如果我們願意更深入探討基因歧視的社會涵意，則應當追問：「社會成員有義務與帶因者簽訂僱傭契約嗎？」根據Mill的自由理論，原則上在沒有傷害他人時，國家與法律不應該干涉個人自由，其中當然包括簽訂僱傭契約的自由。而雇主拒絕與帶因者締結僱傭契約構成了一種傷害行為？或許有人認為基於正義的要求，雇主有道德與法律上的義務在雇用職員時不問相對人的基因狀態。如果不問相對人的基因狀態對於雇主而言有利益，即使沒有法律干預，雇主也會自願放棄基因歧視。反之，如果不考量相對人的基因狀態對於雇主而言可能有所損失，難道雇主應該負擔這樣的損失嗎？單單使雇主負擔實現正義的社會成本難道符合正義？雇主以外的其他人應不應該一起分擔實現正義的成本呢？由此可見，即使由正義或公平的觀察，仍然難以逃避成本分擔的考量。

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。

⁴⁸ 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，甚至可以使用物理學顯像造影的方式加以判斷（如X光）。因此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)。而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)。至於Zimmern(1999)則完全反對這二者的區分。

⁴⁹ Rothstein 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。

從這個觀點來看，如果我們認為消除社會隔離障礙，並建立一個包容性的社會，是人人都應該努力實現的價值，則解決就業基因歧視的最理想方案就是社會應當全數補償雇主因為雇用帶因者而可能增加的經營成本，而在社會對雇主沒有提供補償的範圍內，雇主有權決定是否根據受僱人基因狀態實施差別待遇。當雇用帶因者沒有增加經營成本的危險時，雇主進行基因歧視的誘因自然消失，而社會再也不需要為了保障帶因者工作權而建立種種法律強制措施。換句話說，如果社會中每一個「我」都有義務去實現無障礙的社會，而不僅僅是限於雇主，則我們沒有任何理由要求只有雇主負擔雇用帶因者所可能增加的經營成本。更進一步說，如果真正貫徹平等的理念，雇主有權要求社會補貼雇用帶因者可能引發的額外經營成本，否則，社會沒有權利要求僅僅由雇主承擔雇用帶因者可能增加的經營成本。由此看來，就業基因歧視的最終根源來自於社會中許多「我」沒有共同分擔建立無障礙社會的成本，因此產生了雇主排斥帶因者的誘因。如果社會上人人都承擔起建立無障礙社會的成本，例如人民同意加稅並專款專用補償雇主，則就業基因歧視問題自當迎刃而解。^{50 51}以基因隱私權或反基因歧視法律處理問題，無法從根本上疏通雇主與受僱人之間因為科技進步帶來的社會矛盾。這更再次證明，將問題焦點集中在雇主與受僱人之間，並嘗試設計種種法律強制規範干預就業市場，而忽略了社會整體的觀察，無法掌握就業基因歧視的癥結。

鑑於當今人類在遺傳學方面的知識仍有許多侷限，而基因歧視可能產生的各種具體後果也尚未能完全逆料。因此就短期的未來而言，以隱私權限制基因資

⁵⁰ 基於社會契約論，Rawls(1971)曾試圖論證處於社會優勢地位者應當補貼因為自然或社會機運而限於不利地位的人。由 Rawls 的理論可以導出應當由社會中經濟條件比較優越的人負擔基因風險的結論。至於 Rawls 的理論究竟有多少說服力，以及在基因歧視方面如何加以應用，有待筆者另日專文加以研究。

⁵¹ 由實現公益的代價應一體負擔的觀點來看，身心障礙者保護法第三十一條要求定額雇用身心障礙者的規定有部分違憲的嫌疑。如果建立對身心障礙者的無障礙社會是一種公共利益，則應該由國家代表全民提供對身心障礙者的工作機會。因此本法要求政府機關、公立學校或公營事業定額雇用並無可議，但是選擇性地要求部分民間單位定額雇用，則違反了一體負擔的平等原則。這種作法形同於選擇性的變相加稅，或是一種不經由稅制實施的財富重分配。至於政府採購法第九十八條的定額雇用規定，據台大法律系葛克昌教授向筆者提供的見解，雖然同樣要求民間單位定額雇用，但是基於發包公共契約的經費來自於國家預算，國家原本可以自行使用這些公共資源執行業務而為特定群體提供工作機會，因此要求使用這些資源的承包商負擔定額雇用的公共義務並不為過。

訊的流通，或以平等權限制雇主的契約自由，不失為因應基因歧視可行的暫時性或局部性措施。至於毫無科學上合理根據的基因歧視，則應當全面禁止，否則，將造成合格人力資源無法發揮生產力使個人與社會蒙受損失。此外，在避免對受僱人本身與公共利益形成危害的條件下，於政府公共部門中實施禁止基因歧視的作法也是合理措施，因為政府部門的預算屬於來自全民的公共資源，適合於推行公共性的社會任務。⁵²不過，就長期而言，隨著遺傳學知識與科技的進步，法律體系將會面臨更多調整或重組的壓力。這時我們還是必須在個別的社會領域中深切思考科技、公平與效率的種種複雜關聯，才能使未來在法律的解釋或制訂上能達成合乎理性的正義。

參考書目

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。

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。

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。

陳新民

1990 〈憲法基本權利及「對第三者效力」之理論〉，收錄於陳新民著，《憲法基本權利之基本理論（下冊）》，頁 57-137，台北：三民。

焦興鎧

1995 〈美國之雇主對受僱者從事藥物及酒精檢驗所引起之法律爭議〉，收錄於焦興鎧著，《勞工法與勞工權利之保障》，頁 119-204，台北：月旦。

葛克昌

⁵² 如美國總統 Clinton 最近於 2000 年 2 月 8 日，已經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.pub.whitehouse.gov/uri-res/I2R?urn:pdi://oma.eop.gov.us/2000/2/8/8.text.1>〉 (March 1, 2000)

- 1999 《所得稅與憲法》，台北：翰蘆。
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。
蔡欽源
- 1983 《憲法上基本權利之規定在私法關係中之效力》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
- Abott, Alison
- 1996 “Complexity Limits the Power of prediction,” *Nature* 379: 390.
- ACGT (Advisory Committee on Genetic Testing)
- 1998 *Report on Genetic Testing for Late Onset Disorders.*
- 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; Arno G. Motulsky eds.
- 1994 *Assessing Genetic Risks: Implications for Health and Social Policy.* Washington, D. C.: National Academy Press.
- Becker, Gary Stanley
- 1957 *The Economics of Discrimination.* Chicago: University of Chicago Press.
- Billings, Paul R.; M. A. Kohn; M de Cuevas; J. Beckwith; J. S. Alper; M. R. Natowicz
- 1992 “Discrimination as a Consequence of Genetic Testing,” *American Journal of Human Genetics* 50: 476-482.
- Billings, Paul R. and Jon Beckwith
- 1992 “Genetic Testing in the Workplace: A View From the USA,” *Trends in Genetics* 8 (6): 198
- 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> (May 10, 1999)
- Easton, D. F.; D. Ford; D. T. Bishop; and the Breast Cancer Linkage Consortium
- 1995 “Breast and Ovarian Cancer Incidence in BRCA1-Mutation Carriers,” *American Journal of Human Genetics* 56: 265-271.
- Ford, D.; D. F. Easton; D. T. Bishop; S. A. Narod; D. E. Godgar; and the Breast Cancer Linkage Consortium

- 1994 “Risk of Cancer in BRCA1 Mutation Carriers,” *Lancet* 343: 692-695.
- Hartogh, Govert Den
- 1998 “The Slippery Slope Argument,” pp. 280-290 in *A Companion to Bioethics* edited by Helga Kuhse & Peter Singer. Oxford: Blackwell.
- HGAC (Human Genetics Advisory Committee)
- 1999 *The Implications of Genetic Testing for Employment*
<http://www.dti.gov.uk/hgac/> (March 1, 2000)
- 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.
- Lapham, E. Virginia, Chahira Kozma, Joan O. Weiss
- 1996 “Genetic Discrimination: Perspectives of Consumers,” *Science* 274: 621-624.
- 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.
- Natowicz Marvin R.; Alper JK.; Alper JS.
- 1992 “Genetic Discrimination and the Law,” *American Journal of Human Genetics* 50: 465-475. .
- OTA (Office of Technology Assessment, U.S. Congress)
- 1990 *Genetic Monitoring and Screening in the Workplace.* Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.
- Phelps, Edmund S.
- 1972 “The Statistical Theory of Racism and Sexism,” *American Economic Review* 62: 659-661.
- Posner, Richard A.
- 1998 *Economic Analysis of Law.* 5th ed. New York: Aspen Law & Business.
- Rawls, John
- 1971 *A Theory of Justice.* Cambridge Mass.: 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.

- 1997a “The Law of Medical and Genetic Privacy in the Workplace,” pp. 281-298 in *Genetic Secrets: Protecting Privacy and Confidentiality in the Genetic Era* edited by Mark A. Rothstein New Haven: Yale University Press.
- 1997b “Genetic Secrets: A Policy Framework,” pp. 451-495 in *Genetic Secrets: Protecting Privacy and Confidentiality in the Genetic Era* edited by Mark A. Rothstein New Haven: Yale University Press.
- Rothstein, Mark A.; Betsy D. Gelb; 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 & Medicine* 24 (4): 399.
- Sattinger, Michael
- 1998 “Statistical Discrimination with Employment Criteria,” *International Economic Review* 39(1): 205-237.
- Seltzer, Joanne
- 1998 “Note: The Cassandra Complex: An Employer’s Dilemma in the Genetic Workplace,” *Hofstra Law Review* 27: 411-471.
- Sen, Amartya
- 1980 “Equality of What?” pp. 195-220 in *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. 1, edited by S. McMurrin. Cambridge: Cambridge University Press.
- 1991 “Presidential Address: The Nature of Inequality,” pp. 3-21 in *Issues in Contemporary Economics: Proceedings of the Ninth World Congress of International Economics Association* edited by Kenneth J. Arrow. London: Macmillan.
- Schwartz, Paul M.
- 1997 “Privacy and the Economics of Personal Health Care Information,” *Texas Law Review* 76: 1-75.
- Tabarrok, Alexander
- 1994 “Genetic Testing: An Economic and Contractarian Analysis,” *Journal of Health Economics* 13 (1): 75-91.
- Zimmern, R. L.
- 1999 “Genetic Testing: A Conceptual Exploration,” *Journal of Medical Ethics* 25: 151-156.