

基因資訊於人身保險核保使用的妥當性*

李志峰**

要目

壹、前言	二、基因決定論的不當
貳、基因科技的發展及其影響	三、污名化特殊帶因者個人及族群
一、基因科技的發展進程	四、隱私權理論
(一)概說	五、基因檢驗的可靠性
(二)基因資訊的特性	肆、對禁止使用基因資訊為核保的辨正——法律上允許合理的差別待遇
二、基因科技發展對保險的影響	一、支持基因資訊在核保上使用的理由——對禁止論的辨正
(一)概說	二、從平等權出發的探討
(二)核保應考量的因素	三、小結
參、保險核保上禁止使用基因資訊的理由	伍、美國與歐洲對基因資訊於保險核保使用的立法對策
一、少數群體會因保險人使用基因資訊而有負面影響	

* 作者感謝兩位匿名審稿委員提供的寶貴意見，使本文內容更加周全，惟文責仍由作者自負。

** 政治大學風險管理與保險學系博士候選人。

投稿日期：九十七年十二月八日；接受刊登日期：九十八年七月十四日

責任校對：吳恩恩

- | | |
|----------------------|----------------|
| 一、立法上對使用基因資訊可採取的對策 | (一)美 國 |
| 二、美國與歐洲規範基因資訊使用之立法介紹 | (二)歐 洲 |
| | 陸、結論——我國可採取的方向 |
| | 一、我國現況 |
| | 二、建議方向 |

摘 要

基因科技的發展使得人類得以藉由基因資訊，來預測未來的健康狀況及罹病機率。保險所承保的危險為發生與否與發生時間不確定之事故，故所有關於人類未來健康之資訊，均應提供予保險人作為核保之考量因素。然而，因基因資訊涉及個人、家族及族群隱私性，再加上目前基因檢驗結果的精確性尚不足，導致對於保險人得否以基因資訊作為人身保險核保的適法性及妥當性遭到質疑。

就反對基因資訊作為核保依據的支持者所提出之理由，本文以法理上之基礎提出辨正，並從實質平等權的概念說明基因資訊運用於核保上具有其正當性。最後，介紹及分析美國及歐洲對於基因資訊於人身保險使用的立法對策，並提出兼採隱私權及反歧視模式的立法建議，希冀作為我國日後對於基因資訊於人身保險使用規範之立法參考。

關鍵詞：人身保險、核保、基因檢驗、基因資訊、基因缺陷、基因歧視、逆選擇、最大善意、危險估計、告知義務

壹、前言

近年來，隨著人類在遺傳醫學科技上的進步，尤其是「人類基因體計畫」(Human Genome Project)¹在一九九〇年正式啓動，並於二〇〇三年宣告完成，使得人類開始有能力，藉著每個人的基因結構及資訊，來解讀相關疾病的發生。在醫學上，並可藉由基因的檢驗(genetic testing)²，來預防疾病的發生，以確保早期治療。然而，基因資訊(genetic information)的使用，並不僅限於醫療用途，因其具有預測人類未來健康狀況，例如身高、體重、罹患癌症或其他疾病機率之功能³，使得基因資訊的使用，可能擴及到雇主決定僱傭及保險人對於保險核保的決策上。

保險乃是將人生中的各種危險分散於具有相同危險成員所組成的危險共同體之中，以使得個人在繳納少數保費而在危險發生時，能由保險人處得到賠償⁴。亦即，基於保險契約之射倖性，保險制

¹ 此計畫乃由美國國家健康研究院(National Institute of Health)及能源部(Department of Energy)所共同資助進行。其主要目的在於對人類約三十億個DNA鹼基對加以定序。See National Human Genome Research Institute, An Overview of the Human Genome Project (May 9, 2008), available at <http://www.genome.gov/12011238> (last visited: 2008.10.27).

² Genetic testing或Genetic test一詞，國內有翻譯成基因檢測及基因檢驗等。而何建志教授，從我國法律體系中分析得出，檢測一詞多用於對廢氣、廢水或廢物進行分析；而在醫療法規領域，其實國內早有醫事「檢驗」之用語。故，何教授建議，對於用於人類之Genetic test或Genetic testing，宜與國內醫療法規既有用語相互一致，翻譯為「基因檢驗」，本文亦從之。參閱何建志，基因檢驗與基因歧視：問題本質與解決方案，法律與生命科學雜誌，6期，頁40，2008年7月。

³ 雷文玫，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，5期，頁435，2000年8月。

⁴ 林勳發，保險契約效力論，頁1，1996年3月；葉啓洲，追溯保險之再檢討，載：保險法專題研究(一)，頁21，2007年5月。

度中保險人所承保的危險，為「發生與否或發生時期不確定之事故」⁵。在商業保險⁶之中，為使保險制度能夠長久經營下去，保險人對於被保險人的相關危險資訊，均應作為保險資格之判斷、拒保與否、提高或減少保費或增加除外條款等核保的考量。否則，在長期的危險與對價不平衡的狀態下，將使得保險制度陷於崩解。

基於上述說明保險的特性，基因資訊因與被保險人的健康狀況有關，故在保險的對價平衡原則上，似應作為保險人核保的所需資料之一。然而，依目前基因科技上發展結果，對於人體基因組仍然並不十分清楚其功能⁷，亦即有關帶有何種特殊基因與人體未來健康關係，依目前的醫療科技發展，並未十分確定。所以，商業保險人若利用此基因資訊，作為對每一被保險人核保後為差別待遇，將使得被保險人可能在保險上遭受到基因歧視（genetic discrimination）⁸。自「人體基因體計畫」於一九九〇年啟動以來，亦著重於基因組與相關的倫理、法律及社會方面問題的研究（The Ethical, Legal and Social Implications Research Program,

⁵ 葉啓洲，同前註。

⁶ 本文此處稱「商業保險」，乃係為與作為社會福利一環的「社會保險」作區別；因「社會保險」乃國家透過保險方式而創設之福利制度，故其並不當然適用各種「商業保險」上之原理，如不得就個別被保險人而為危險選擇即為一例。參閱施文森，論社會保險權益之性質，載：司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集，頁642-644，1998年9月。

⁷ 劉宏恩，人群基因資料庫法制問題之研究——國際上發展與台灣現況之評析，律師雜誌，303期，頁71，2004年12月；雷文玫，同註3，頁435。

⁸ 有關基因歧視的相關問題，英文請參閱Jeremy A. Colby, *An Analysis of Genetic Discrimination Legislation Proposed by The 105 Congress*, 24 AM. J. L. & MED. 443 (1998); 中文請參閱何建志，同註2，頁23-44；曾淑瑜，論基因歧視，華岡法粹，39期，頁191-222，2007年11月。本文中有關「歧視」之用語，若未特別說明，即限為「不法」或「不當」的情況。

ELSI)⁹，以避免因基因科技的發展，除對人類醫療上助益，亦造成人類生活上的重大衝擊。基因資訊的管理與使用，包含在保險上的管理與使用，亦為ELSI主要的研究重心之一。甚且，在大多數由ELSI所資助的研究中，在保險方面，多為避免因基因資訊的使用而使得被保險人受到基因歧視。顯見，目前基因資訊的使用在保險的核保上，有其重大的爭議性存在。

在我國因基因科技的發展而導致的相關問題，目前多著重在隱私權保護方面之討論¹⁰，相對地，在其餘個別制度或產業面的影響討論，尚屬少數¹¹。本文擬先介紹基因科技的發展進程，及其在保險制度上的影響為論述；再來分別就反對論者禁止基因資訊使用在保險核保及贊成論者對於基因資訊在核保上使用的辨正理由為論述；並就基因歧視問題有較早認識的美國及歐洲各國，在立法上對於基因資訊在保險上使用的管制為介紹，以作為我國未來立法之參考。最後，就我國現狀為一評論，並提出本文的看法及未來立法方向的建議，以供立法者參考。

⁹ 有關ESLI之研究範圍及內容，請參閱美國國家人類基因體研究院網頁 <http://www.genome.gov/10001618>，最後瀏覽日：2008年10月27日。

¹⁰ 林子儀，基因資訊與基因隱私權——從保障隱私的觀點論基因資訊的利用與法的規制，載：當代公法新論（中），頁693-726，2002年7月；李震山，基因資訊利用與資訊隱私權之保障，載：法治與現代行政法學，頁83-110，2004年5月；李崇僖，基因資訊隱私保護法理與規範，台灣本土法學雜誌，91期，頁71-85，2007年2月。

¹¹ 我國有部分學者，已就基因資訊對僱傭及保險方面的衝擊，為文論述。就僱傭方面的專文，請參閱焦興鎧，工作場所基因測試在美國所引起之勞動法爭議，經社法制論叢，40期，頁1-37，2007年7月。就保險方面的專文，請參閱雷文玫，同註2，頁435-465；何建志，基因資訊與保險：社會政策與法理分析，生物科技與法律研究通訊，14期，頁88-117，2002年4月。

貳、基因科技的發展及其影響

一、基因科技的發展進程

(一)概 說

對於動物基因科技研究的開始，始於一九一一年美國大學生 Alfred Sturtevant 為研究果蠅 (fruit fly) 世代的遺傳，而提出的概念¹²。而在一九五三年時，學者 James Watson Rosalind Franklin 與 Francis Crick 共同提出 DNA 之雙股螺旋結構¹³，為人類基因科技的萌芽。然而，基因科技真正對人類生活產生重大衝擊，則自二十世紀末的一九九〇年代開始。自一九九〇年代，由美國官方資助，即美國國家健康研究院 (National Institute of Health) 及能源部 (Department of Energy) 主導的「人類基因體計畫」，最具有影響力。此計畫經過十三年的努力，於二〇〇三年公布研究成果，即人類基因序列的定序與其解析的研究報告¹⁴。雖然科學家們解析出了三十億個鹼基對，然而截至目前為止，人類大部分的基因功能仍屬未知¹⁵。在若干年後，若能完全瞭解各種基因的功能為何，除了將於醫療上對某些常見的疾病，如糖尿病 (diabetes)、心臟疾病 (heart disease)、帕金森症 (Parkinson's disease) 及氣喘

¹² See National Human Genome Research Institute, *supra* note 1.

¹³ See, e.g., Eric Mills Holmes, *Solving the Insurance/Genetic Fair/Unfair Discrimination Dilemma in Light of the Human Genome Project*, 85 KY. L.J. 503, 519 (1996-97).

¹⁴ See, e.g., Nancy Lee Jones & Amanda K. Sarata, *Genetic Information: Legal Issues Relating to Discrimination and Privacy*, CRC Report to Congress 1 (2008), available at http://assets.opencrs.com/rpts/RL30006_20080310.pdf (last visited: 2008. 11.01).

¹⁵ 劉宏恩，同註7，頁71。

(asthma) 的成因與治療，有重大的突破外¹⁶，甚而可能透過基因的選擇，訂作有特定基因的下一代¹⁷。

(二) 基因資訊的特性

目前醫療學界，藉由基因檢驗¹⁸而分析解讀出相關基因資訊，已發現有超過五千個基因相關的疾病¹⁹。而基因資訊所涉及的，不僅是個人的醫療資訊及人格特質，甚且在遺傳關係下，可顯露出整個家族親屬、族群及社群彼此間的共同訊息²⁰。故，美國學者 Green 及 Thomas 即認為，基因資訊較一般個人資訊有所不同，具有以下特性²¹：

1. 資訊風險 (Information Risks)

因基因資訊帶有豐富個人訊息的性質，其主要風險存在於個人遺傳資訊的揭露。當個人從基因資訊中得知，其帶有導致某項嚴重

¹⁶ Jones & Sarata, *supra* note 14, at 1.

¹⁷ 雷文玫，同註3，頁440。

¹⁸ 依據The Secretary's Advisory Committee on Genetics, Health, and Society, U.S.的定義，「基因檢驗」是結合使用生化、細胞及分子的分析法，對DNA、RNA、染色體、蛋白質及挑選出的代謝物加以分析的方法 (genetic tests use combinations of biochemical, cytogenetic, and molecular methods to analyze deoxyribonucleic acid (DNA), ribonucleic acid(RNA), chromosomes, proteins, and selected metabolites), The Secretary's Advisory Committee on Genetics, Health, and Society, U.S. System of Oversight of Genetic Testing: A Response to the Charge of the secretary of Health and Human Services 1 (2008). 本報告可自以下網址下載：http://www4.od.nih.gov/oba/SACGHS/reports/SACGHS_oversight_report.pdf，最後瀏覽日：2008年10月27日。

¹⁹ See Jennifer S. Geetter, *Coding for Change: The Power of the Human Genome to Transform the American Health Insurance System*, 28 AM. J. L. & MED. 1, 4 (2002).

²⁰ 劉靜怡，基因資訊規範議題淺析，律師雜誌，285期，頁76，2003年6月。

²¹ Ronald M. Green & A. Mathew Thomas, *DNA: Five Distinguishing Features for Policy Analysis*, 11 HARV. J. L. & TECH. 571, 572-87 (1998).

疾病基因，而若該疾病為現代醫學無法治癒之疾病，將造成個人心理的負擔。這一類的人，被稱為「無症狀的病人」(asymptomatic ill)²²。

除此之外，其伴隨著的風險尚有，如揭露非血緣關係(non-paternity)、不良基因後代的污名(stigmatization)²³等。此種資訊的使用，將可能帶給個人極大的傷害。如同美國國家健康研究院中負責人類基因研究的Francis Collins所稱，這類的基因資訊，對個人而言將可能是「有毒的訊息」(toxic information)²⁴。

2. DNA的長久性 (The Longevity of DNA)

由於DNA所可解析出的資訊及生化成分的常久性，將使其造成久遠的影響，甚至是對個人造成跨世代的傷害(transgenerational harms)。由於基因資訊，一經分析解讀後，儲存於資料庫中，將能夠長久的使用，其存在的時間較捐贈人的生命更為長久；甚且將可能對捐贈者的後代，造成威脅。故，其和一般具「一時性」(fixed time points)的醫療資訊，並不相同。

3. DNA作為身分識別物 (DNA as an Identifier)

由於DNA中具有豐富資訊，經交叉比對後，即足以辨識個人的人別身分。故，縱使將DNA的資訊匿名化，因為上述特性，仍有辦法利用基因資訊，辨識出個人的人別身分。

4. 家族風險性 (Familial Risks)

由於基因資訊，具有透露出具特色的遺傳資訊，則個人基因資訊的揭露，將可能使家族、社群及種族成員的資訊，也隨之揭露。

²² *Id.* at 573.

²³ 如二次大戰時，納粹屠殺猶太人，即為一例。參閱黃清德，基因資訊的取得利用與隱私權保障，中央警察大學法學論集，9期，頁121，2004年3月。

²⁴ Green & Thomas, *supra* note 21, at 573.

所以，個人在同意基因檢驗而作為研究資料時，其家族成員的權益應如何保障，即成為問題²⁵。

5. 對社群的影響（Community Impacts）

既然個人基因資訊，將可能使家族、社群及種族成員的基因訊息也隨之揭露，如同以往常把特定疾病連結到特定的人種或族裔，如鐮刀型貧血症（sickle cell anemia）連結到具非洲血統的後裔等。此發展之結果，將造成對整個族群的歧視或污名化。

由於基因資訊具有以上五個特性，故有論者認為，必須對基因資訊的使用加以管制，以免被濫用。美國國家健康研究院及能源部，在一九九〇年啟動「人體基因體計畫」以來，也意識到基因科技的發展，將對人類生活各方面造成相當的衝擊。所以，美國國會遂同意撥出整個「人體基因體計畫」總經費三十億美金的3%到5%的額度，作為基因科技的發展與倫理、法律及社會方面的問題的研究（ELSI）經費²⁶。而基因資訊的管理與使用，如在保險產業上的管理與使用，亦為ELSI的主要研究重心之一。大多數由ELSI所資助的研究中，在保險方面，多為避免因基因資訊之利用而使得被保險人受到基因歧視。顯見，目前基因資訊的使用，在保險的核保上，有其重大的爭議性存在。

²⁵ 有關因個人基因資訊揭露，而家族成員在該捐贈人死亡後，是否有權要求刪除該基因資訊，以免家族成員權益亦受到侵害之相關問題，冰島最高法院曾在2003年於Ragnhildur Gudmundsdottir一案中（Case No. 151/2003, Icelandic Supreme Court, 2003），作出判決認為家族成員在捐贈基因資訊之個人死亡後，有權主張將該基因資訊退出資料庫。該判決相關內容與評析，請參閱劉宏恩，同註7，頁81-83。

²⁶ See Holmes, *supra* note 13, at 518-19; see also Colby, *supra* note 8, at 450.

二、基因科技發展對保險的影響

(一)概 說

保險乃是將人生中的各種危險分散於具有相同危險成員所組成的危險共同體之中，以使得個人在繳納少數保費為對價而在危險發生時，能由保險人處得到賠償。由於保險制度所承保的危險，為「發生與否或發生時期不確定之事故」，所以在核保上，被保險人需將相關影響保險人承擔風險的因子，如年齡、性別、職業類別、過去及現在的健康狀況²⁷、家族病史、生活型態等²⁸提供出來，一併作為費率決定的考量因素。

藉由基因資訊的解讀，可獲知被保險人在未來發生特定疾病的機率，亦即，藉由對基因資訊的判定，可瞭解被保險人未來的健康狀況，並讓保險人作為危險分類的依據。故，基因資訊在核保上的使用，有其必要性。倘若，被保險人知道自己的基因資訊，從而作為決定購買或不買保險之決定，但是，保險人卻無從知悉此基因訊息，此時因保險人與被保險人資訊不對稱（*information asymmetry*）的情形所為之保險上的決定，將形成保險上的逆選擇（*adverse selection*）²⁹。

²⁷ 有關健康狀況的項目內容，依人身保險核保實務處理準則及職業道德規範規定，應含被保險人外觀特徵、既往病史、現症、家族病史、體檢結果（如有需要）及病歷。請參閱人身保險核保實務處理準則及職業道德規範第3條第2項第3款。

²⁸ 陳明哲，基因資訊在保險核保應用上的規範與爭議，壽險季刊，130期，頁16，2003年12月；呂廣盛，從危險對價關係談住院醫療保險的核保與理賠，風險與保險雜誌，14期，頁36-37，2007年7月。

²⁹ See Kathy L Hudson Karen H., Rothenburg, Lori B. Kahn Andrews, Ellis Mary Jo & Frances S. Collins, *Genetic Discrimination and Health Insurance: An Urgent Need for Reform*, 270 SCIENCE 391, 392 (1995); see also Robert F. Rich & Julian Ziegler, *Genetic Discrimination in Health Insurance – Comprehensive Legal Solutions for a (not so) Special Problem?*, 2 IND. HEALTH L. REV. 5, 8 (2005); 羅俊

(二)核保應考量的因素

保險契約為最大善意契約（*uberrima fides*）³⁰，為求準確估計危險並核算保費，必須由要保人或被保險人對於影響保險人危險估計之重要事實據實告知³¹。而基因資訊並非全部均和保險人的危險估計有關係，以下將就保險法上要求基因資訊作為核保應揭露事項的保險原則及何種基因資訊將影響到保險人的核保事項，作一說明。

1. 保險原理——據實說明義務之由來

我國學者通說認為，保險契約為最大善意契約³²，實務見解亦採相同的看法³³，而最大善意契約或有稱之為最大誠信契約³⁴。我國保險法上，並無明文規定最大善意原則，有學者認為此可援引我

瑋，保險法據實說明義務與基因科技之發展（下），法令月刊，57卷10期，頁86，2006年10月。

³⁰ 此乃美國學者用以表示最大善意原則之拉丁文，英國學者多以*uberrimae fidei*表示。最大善意原則發展至今，又有稱之為*utmost good faith*、*absolute good faith*、*greatest good faith*、*most perfect good faith*、*honour*、*bad faith*。See PETER MACDONALD EGGERS, SIMON PICKEN & PATRICK FOSS, *GOOD FAITH AND INSURANCE CONTRACT* 2 (2d ed. 2004).

³¹ 江朝國，保險法基礎理論，頁225-231，1995年9月；汪信君，保險法告知義務之義務性質與不真正義務，國立臺灣大學法學論叢，36卷1期，頁2，2006年9月。

³² 江朝國，同前註；劉宗榮，新保險法，頁4，2007年8月。

³³ 最高法院86年台上字第2141號民事判決：「保險契約乃最大之善意契約，首重善意，以避免道德危險之發生，凡契約之訂立及保險事故之發生，有違背善意之原則者，保險人即得據以拒卻責任或解除契約。」

³⁴ 最高法院83年台上字第1955號民事判決：「按保險契約為最大誠信契約，要保人對於保險人之書面詢問應負擔實說明之義務，不因保險人之曾派員檢查而免除。如要保人違背此義務，致影響保險人對危險之估計者，保險人仍非不得依法解除契約。」

國民法第一四八條第二項誠信原則之規定為其根據³⁵。然而，學者通說以為保險法上的最大善意原則，主要乃來自英國法例³⁶。英國最高法院（House of Lords）大法官Lord Mansfield於一七六六年在 *Carter v. Boehm*³⁷一案中，確立了最大善意原則，並言明揭露義務在保險契約有所適用。爾後，一九〇六年的英國海上保險法（Marine Insurance Act 1906）第十七條³⁸，即明文規定最大善意原則。Lord Mansfield認為，影響保險人是否締結契約的重要事實，只有被保險人知道，若被保險人沒有主動據實告知，保險人將無從知悉。故若被保險人在締結保險契約，未盡其據實說明義務，致使保險人因而同意訂立保險契約，則該契約應為無效³⁹。其後，依最大善意契約而來的據實說明義務，自海上保險廣泛擴大適用於其他種類之保險契約⁴⁰。

除以最大善意原則來說明據實說明義務外，亦有學者認為，據

³⁵ 雖然依民法第148條第2項規定，任何私法的法律行為無不以誠信為基礎，但由於保險契約具有射倖性，特別強調誠實信用或善意的本質，是為最大善意契約或最高誠信契約的由來。參閱林勳發，保險法修正條文評述，政大法學評論，59期，頁376-377，1998年6月；劉宗榮，同註32，頁48；饒瑞正，保險法最大善意原則之辨正，月旦法學雜誌，89期，頁153-174，2002年10月。

³⁶ 汪信君，同註31，頁14；饒瑞正，保險法先契約據實說明義務之再建構（上）——波希米亞的狂想，台灣本土法學雜誌，82期，頁20，2006年5月。

³⁷ (1766) 3 Burr. 1905.

³⁸ 英國海上保險法第17條規定：「海上保險契約為本於最大善意原則之契約，若契約當事人一方未遵守最大善意原則，則他方得據以主張契約無效。」(A contract of marine insurance is a contract based upon the utmost good faith, and, if the utmost good faith be not observed by either party, the contract may be avoided by the other party), S. 17 MIA.

³⁹ See EGGERS et al., *supra* note 30, at 3.

⁴⁰ See *id.* at 4.

實說明義務也源自保險法上的對價平衡原則⁴¹，因為保險人須依據被保險人本身所具備的風險，去對被保險人做危險分類（classification）並基於每個被保險人本身的危險分類，來區分出危險團體，進而計算出每個被保險人保費，以履行被保險人間的精算公平（actuarial fairness）⁴²。

故，不論是基於最大善意原則或對價平衡原則，對於保險人之危險估計有所影響之被保險人個人所有的風險資訊，均應向保險人據實說明。

2. 基因缺陷（genetic defect）的類型

由於基因資訊富含多種人類的生命訊息，然而，並非所有的訊息均與個人的身體健康有所關聯，僅有因基因缺陷而可能罹患疾病的相關基因資訊，才有助於保險人於核保中的危險估計，也才能量化成為保險人精算中有意義的數據⁴³。而依據基因缺陷與罹患疾病的關聯性，基因缺陷可作以下三種分類⁴⁴：

(1) 單因型基因缺陷

個人有某個基因缺陷，其必然會引發某種疾病，雖然帶因者目前並沒有該病之病症出現，然發病只是時間早晚的區別而已。亦即，基因缺陷與發病之間的關聯性十分明確，如杭丁頓氏病（Huntington's disease）、肌強直型進行性肌肉萎縮症（myotonic dystrophy）及肌萎縮性脊髓側索硬化症（amyotrophic lateral

⁴¹ 江朝國，論我國保險法第六十四條據實說明義務之規定——以對價平衡之概念，載：保險法論文集（一），頁143，1993年7月。

⁴² See, e.g., Mary Crossley, *Discrimination Against the Unhealthy in Health Insurance*, 54 U. KAN. L. REV. 73, 77-78 (2005).

⁴³ 雷文玫，同註3，頁447。

⁴⁴ Lynn E. Egan, *Genetic Discrimination in Health Insurance*, 24 J. LEGIS. 237, 238 (1998).

sclerosis) 等，均為單因型基因缺陷導致之疾病。但，總括來講，單因型基因缺陷而引發的疾病，是非常地少⁴⁵。

(2) 多因型基因缺陷

個人具有某個基因缺陷，並不必然會罹患疾病，必須與其他的基因缺陷產生交互作用或與環境、生活習慣等外在因素交互作用下，才會引發相關基因疾病⁴⁶。亦即，多因型基因缺陷只能證明其有發病的傾向，而非必然引發該基因疾病。如心臟疾病、糖尿病、某些癌症和某些精神疾病。故，有論者稱此類型為傾向型基因缺陷⁴⁷。

(3) 隱性型基因缺陷

帶有此類基因缺陷的個人，本身並不會引發疾病，但若子女分別自父系及母系方面遺傳兩個有隱性型缺陷之基因，即會在此子女身上引發疾病。如血友病 (hemophilia)、裘馨氏肌肉萎縮症 (Duchenne muscular dystrophy)、鐮刀型貧血症 (sickle cell anemia)、囊狀纖維化 (cystic fibrosis) 及戴薩氏症 (Tay Sachs disease) 等。

由以上分類可知，在帶有隱性型基因缺陷並不會導致其個人具有罹患相關疾病的危險，其僅會因遺傳而影響到下一代。此類基因資訊對於危險估計並無影響，故不應作為保險人核保的基礎。而關於單因型基因缺陷及多因型基因缺陷，尤其是單因型的基因缺陷，在一發現有該基因缺陷時，發病是必然的結果，只是時間的早晚，故對於危險估計有重大影響，基於對價平衡原則，在有精確的科學

⁴⁵ 雷文玫，同註3，頁448。

⁴⁶ See Rich & Ziegler, *supra* note 29, at 13.

⁴⁷ 羅俊璋，保險法上之據實說明義務與基因科技之發展（上），法令月刊，57卷9期，頁83，2006年9月。

證據及精算上的統計資料累積下，保險人應可將之約定為被保險人應對其揭露之基因訊息。然而，在多因型基因缺陷，因所涉及是二個以上的基因缺陷或基因缺陷與環境、生活習慣等外在因素交互作用，基因缺陷本身和引發疾病之關聯性較單因性基因缺陷為小，故此基因資訊應否對保險人作揭露，以作為核保的依據，則有疑慮。論者有以此特性，反對基因資訊作為保險核保之依據。

參、保險核保上禁止使用基因資訊的理由

基因資訊中既然含有影響人類未來健康的相關訊息，基於對價平衡及被保險人間的精算公平原則，其將成為人身保險核保上，一種重要的資訊⁴⁸。故對於基因資訊而產生在保險上的不同對待，乃為履行對價平衡及被保險人間之精算公平原則下的必然結果。然而，有學者認為，基因資訊不同於一般的資訊，其具有特殊性（*exceptionalism*）⁴⁹，故應限制對基因資訊的蒐集、散布及使用，包含在保險上的使用，所以也應該禁止保險的核保上使用基因資訊。本文以下就基因特殊論者，即反對基因資訊用於保險核保上使用之支持者所持的理由分述之。

一、少數群體會因保險人使用基因資訊而有負面影響

美國學者Greeley認為，在允許保險人使用基因資訊做為核保之依據時，則少數群體會因此蒙受負面的影響。因為，統計上只有少數人因為遺傳因素而帶有導致嚴重疾病的基因缺陷，若此時仍允許保險人使用基因資訊來對此等人做差別待遇，無疑地，就像在這

⁴⁸ 何建志，同註11，頁88-89。

⁴⁹ *See generally* Geetter, *supra* note 19, at 56.

些不幸帶因者的傷口上灑鹽巴；也等同於在打擊弱勢團體⁵⁰。Greeley提出了以下理由⁵¹，來支持他的論點。第一，他認為健康保險對於當代的美國人是十分重要的，故不能因為個人基因的因素而剝奪這些少數群體獲得健康保險的保障；再者，他認為，因為具導致嚴重疾病基因缺陷的帶因者，是非常的少數，社會有能力去負擔不對這些帶因者為差別待遇的成本。

二、基因決定論的不當

由於個人基因，乃自父母或祖先遺傳而來，個人對於身上帶有何種的基因並無決定權，而人應該只為他的所做所為而承擔責任⁵²。故若因個人天生的基因，而進行基因歧視，無異地是不公平地懲罰了「出生錯誤」的人⁵³。

三、污名化特殊帶因者個人及族群

個人基因資訊，具有透露出具特色的遺傳資訊，將可能使家族、社群及種族成員的基因訊息也隨之揭露。此發展的結果，將造成對整個族群的歧視或污名化。若允許使用含有相關基因缺陷資訊，將使得特殊帶因者被歧視；進而創造了基因下級階層（genetic underclass）⁵⁴。諸如過去，我國社會上對於癲瘋病患等病人所加諸

⁵⁰ See Henry T. Greeley, *Genotype Discrimination: The Complex Case for Some Legislative Protection*, 149 U. PA. L. REV. 1483, 1500 (2001).

⁵¹ *Id.*

⁵² See, e.g., Deborah Hellman, *What Makes Genetic Discrimination Exceptional?*, 29 AM. J. L. & MED. 77, 87 (2003).

⁵³ 李崇億，同註10，頁78。

⁵⁴ See, Hellman, *supra* note 52, at 90.

的歧視⁵⁵，殷鑑尚不遠。

四、隱私權理論

由於基因資訊揭露了每個人最獨特的訊息，其應為隱私權保護的對象；基於對隱私權保護的要求，若將基因資訊揭露給保險人作為核保的基礎，將有違對基本人權⁵⁶的保護⁵⁷。再者，人們對於自我的基因資訊，有著「知」與「不知」的權利，若保險人要求被保險人為基因檢驗，將使得被保險人被迫違反其意志去知道自己是否為缺陷基因的帶因者。此將使個人因為從基因資訊中得知不利的訊息，進而在心理上產生焦慮等負面情緒，使得生活因此而受影響⁵⁸。而且，基因資訊不同於一般的醫療資訊，較一般醫療資訊更具侵入性，所以更可能被濫用⁵⁹。

五、基因檢驗的可靠性

禁止保險人使用基因資訊作為核保基礎的支持論者認為，依目前對於基因相關疾病的成因，除少數單因型基因缺陷所引發的疾病外，多數基因相關疾病的發病原因均相當複雜，往往涉及個人基因與環境或生活習慣等外在因素的交互作用。故，依目前基因科技發展的狀況，要將基因資訊使用在保險的精算上，尚且言之過早⁶⁰。再者，基因資訊使用來判定對健康的影響，需具備有專業的遺傳學

⁵⁵ 雷文玫，同註3，頁433。

⁵⁶ 關於基因資訊的隱私，是否為憲法上所保障基本人權的內容的相關論述，請參閱林子儀，同註10，頁697-708。

⁵⁷ See Holmes, *supra* note 13, at 569.

⁵⁸ See Colby, *supra* note 8, at 458.

⁵⁹ *Id.* at 459.

⁶⁰ 何建志，同註11，頁93。

知識與相關疾病的臨床經驗⁶¹；在目前基因科技尚未成熟之際，透過基因檢驗所得的基因資訊，不應該和其他具直接影響健康的風險因素，作相同的對待，即基因資訊尚不得作為保險人核保的依據⁶²。

肆、對禁止使用基因資訊為核保的辨正——法律上允許合理的差別待遇

一、支持基因資訊在核保上使用的理由——對禁止論的辨正

基因資訊特殊論者認為社會有能力負擔不為差別待遇的成本，但這個論點是非常有問題的。因為僅僅社會負擔得起，似乎無法說明為何不是整個社會去負擔相關的成本，而只由少數的保險人或危險團體去負擔⁶³；縱然認為保險人為具有「深口袋」（deep pocket）屬經濟力較強之團體，但其等在課稅時，通常已較一般人支付更多的賦稅，故無理由再令其等少數之保險人來負擔這些成本。再者，此論點也無法說明，為何帶有引發疾病的缺陷基因而尚未發病的帶因者，可以受到補助；但，那些因基因缺陷而在事實上已經引發疾病且更需要幫助的人，卻被排除在此補助之外⁶⁴。最後，若統計上只有少數人因為遺傳因素而帶有導致嚴重疾病的基因缺陷，則藉由允許基因資訊可以在人身保險的核保來使用，大部分的被保險人可因此降低保費，僅給付其移轉自身危險之相當對價的保費，此亦符合保險上的對價平衡原則⁶⁵。

61 同前註。

62 雷文玫，同註3，頁449。

63 何建志，同註11，頁110。

64 See Rich & Ziegler, *supra* note 29, at 16.

65 See *id.* at 16-17.

基因特殊論者，以反對「基因決定論」並以倫理上的理念，即人不應該為自己無法控制的事情負責，作為反對基因資訊在核保上使用的理由。但此一說法，卻有一個嚴重的邏輯缺陷，亦即，如果人不應該為自己的基因負責，那他人更有理由不要為有基因缺陷的帶因者負責⁶⁶。再者，如本文第貳部分所述，因單因型基因缺陷而引發的疾病是非常地少，很多基因疾病都是多因型基因缺陷所造成；亦即，除了基因本身的因素外，尚需配合環境、生活習慣等外在因素下，才會引發疾病。而個人對於自身生活習慣的形成，具有控制力，所以，對於引發多因型基因疾病的結果，其亦需要負責。故，就多數的基因疾病，並不會產生基因決定論的後果⁶⁷。

就基因資訊的揭露污名化特殊帶因者及其族群此理由，其並未就相關問題的核心做討論。基因資訊本身並不會造成帶因者的污名化，惟有基因資訊的不當使用，如不當向無關的第三人揭露，才會造成污名化的結果⁶⁸。所以，為防止基因資訊的濫用而導致帶因者或其族群被污名化，來完全禁止保險人使用基因資訊是本末倒置的做法⁶⁹；適當的作法應該是管制基因資訊的使用，使基因資訊的使用，導入正途。

支持隱私權理論而禁止保險人使用基因資訊的論者，並未說明為何基因資訊不同於一般醫療資訊的特殊性。平心而論，醫療資訊因有臨床的診斷，其較基因資訊更為確定，亦即更為特殊；再者，在很多狀況下，基因資訊即構成醫療資訊的一部分，如核保時要求被保險人提出家族病史即為一例。所以，從法律及公共政策的觀

⁶⁶ 何建志，同註2，頁27。

⁶⁷ See Rich & Ziegler, *supra* note 29, at 17.

⁶⁸ See *id.* at 18.

⁶⁹ 何建志，同註2，頁29。

點，認為基因資訊及醫療資訊有所區別是無意義的⁷⁰；進而主張，基因資訊應有別於一般醫療資訊的對待，並不適當。

反對論者以目前科技發展，對於基因檢驗的可靠性為出發點，認為依目前科技發展現況無法精確檢驗、分析出基因資訊，故應禁止基因資訊的使用。然而，人類的科技發展，日新月異，假以時日將會發展出更好的科學技術來分析基因資訊；而臨床檢驗人員的素質及數量，亦可隨著科技發展而提高。故，以目前科技發展質疑基因檢驗的可靠性作為禁止論的依據，將在日後因科技的革新及檢驗品質穩定時，失去可附麗的根據⁷¹。

二、從平等權出發的探討

由以上論述可知，禁止基因資訊使用的反對論者，企圖從以「基因資訊的特殊性」出發，認為基因資訊為極度個人隱私的部分，應該賦予憲法上對基本人權的保障，進而推論出基因資訊使用的全面禁止。然而，反對論者的論述，並非的論。由於是否禁止基因資訊在保險上核保的使用，從一九九〇年代開始在美國已有豐富的討論與論述且其乃是從平等權的內涵為出發點。按平等權是自由民主國家必要的基礎⁷²，其內涵在各國憲法上的發展大體上相同，故本文以下從美國實務及學說的論點出發，並配合我國的相關規定為敘述。

在美國憲法上，關於平等權的保護，論者認為其源自於美國聯邦憲法第十四修正案（Fourteen Amendment）。雖然美國聯邦憲法

⁷⁰ See Rich & Ziegler, *supra* note 29, at 19.

⁷¹ 何建志，同註11，頁94。

⁷² 法治斌、董保城合著，憲法新論，頁243，2005年10月3版。

第十四修正案文字僅明文表示適用在政府行為⁷³，但我們仍可從美國聯邦最高法院對此闡釋有關平等權的概念來作為論理的根據。美國聯邦最高法院認為，其憲法第十四修正案較第五修正案，更能貼切說明對平等權之保護⁷⁴；在平等權的概念下，只在存有「招致人不滿」（*invidious*）的不同對待，才会有違憲的問題⁷⁵。聯邦最高法院並於 *Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co.*⁷⁶ 一案中明白表示，是否違反平等權的標準為：「僅有在沒有合理的基礎上，而完全是武斷的」（*when it is without any reasonable basis, and therefore is purely arbitrary*）、「若有合理的基礎而加以分類，因此分類而造成不平等，並不違反平等權條款」（*A classification having some reasonable basis does not offend against that clause merely...or because in practice it results in some inequality.*）⁷⁷。其後，聯邦最高法院並於 *F.S. Royster Guano Co. v. Virginia*⁷⁸ 一案中敘明，不合法歧視的核心判斷原則為，對於相似狀況的人，在欠缺合理的基礎下，為不同的對待。而合理與不合理的差別待遇，涉及到被保險人間公平對待的問題，故亦稱之為公平與不公平的差別待遇⁷⁹。

從我國憲法上保障平等權的觀點視之，憲法上對於平等權的保障，並非著眼於形式平等的保障，而係著重於實質平等，即「相同為相同處理、不同為不同處理」。亦即，憲法上保障平等權之規

⁷³ See *CBS v. Democratic Nat'l Comm.*, 412 U.S. 94 (1973).

⁷⁴ See *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, 499 (1954).

⁷⁵ See *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726, 732 (1963).

⁷⁶ 220 U.S. 61 (1911).

⁷⁷ *Id.* at 78-79.

⁷⁸ 253 U.S. 412 (1920).

⁷⁹ Christopher M. Keefer, *Bridging the Gap between Life Insurance and Consumer in the Genetic Testing Era: The RF Proposal*, 74 *IND. L.J.* 1375, 1384 (1999).

定，並非絕對不許可有差別待遇；若因為情勢狀況的不同，而給予合理的差別待遇，即無違反平等權⁸⁰。我國司法院大法官會議多號解釋即明文指出我國憲法所追求者，為實質平等。大法官會議釋字第四八五號解釋明文指出，「憲法第七條平等原則並非絕對，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。」其間並有釋字第一七九號、第二一一號、第三四一號、第四一二號、第五二六號與第六〇五號等解釋重申實質平等之意義。有關憲法平等權之適用，雖有和美國通說相同之見解，亦即主張憲法的直接效力不及於人民；然而，依我國學者通說認為，基本權雖不能夠直接適用於私法領域，但仍得透過私法上的一般條款，如民法第七十二條公序良俗之規定，間接透過民法條文之解釋，使基本權的效力及於私人之間⁸¹。保險契約為私法契約之一種，亦有民法第七十二條之適用。故，保險人在履行保險契約之義務時，對所有被保險人亦應為「相同為相同處理、不同為不同處理」，亦即需要將平等原則適用在保險契約之關係中。

所以，從以上的論述可知，只要有合理的判斷基礎而不流於單純的武斷或無合理基礎的擅自決定，保險上的差別待遇在法律上並非不允許的。保險人基於對價平衡及被保險人精算公平原則，必須對所承擔的危險給予適當的評價並核算出適當的對價保費，且就具有不同風險狀況的被保險人給予不同的保費標準。而就被保險人的危險團體的分類，乃是踐行對價平衡及被保險人間精算公平的方法，亦即將具有相同危險或理賠經驗的人，分類為同一危險類別，並劃分出每一危險團體，進而算出每一個人的保險費率⁸²。再者，

⁸⁰ 法治斌、董保城合著，同註72，頁244。

⁸¹ 法治斌、董保城合著，同註72，頁162。

⁸² See Keefer, *supra* note 79, at 1383; see also Colby, *supra* note 8, at 459.

依據所有可得的資訊來做危險團體的分類，也能減少逆選擇對保險制度的影響⁸³。所以，在被保險人擁有自己健康的關鍵性資料的情況下，而保險人卻被禁止取得或使用該資料來進行核保，此將使得高風險的人可能去購買更多原本在不知道此關鍵資料前不會購買的保險。在高風險高損率的情況發生時，保險人即需根據損失狀況來調高保費以彌補無法從核保上精算出的損失；而在保費逐漸調高下，健康狀況良好且風險低的被保險人，將會因此而退出保險的危險共同體。此狀況發展到極致，將使得保險制度因而崩解。

所謂在法律上允許之合理的差別待遇或公平的差別待遇，在保險的核保上其所根據的乃是醫學上、臨床上及統計上的分析基礎，對於被保險人個人狀況的適用是否公平為斷⁸⁴。所以，在定義保險人使用基因資訊來作為保險的合理差別待遇或造成保險的歧視，應著重於保險人使用基因資訊的結果，即正確的使用基因資訊來核保，將使得較只用一般醫療資訊來對被保險人做危險分類更為精確⁸⁵。

三、小 結

基因資訊為個人的資訊，其亦內含個人未來健康的訊息，故在保險的核保上，基於資訊對稱及對價平衡原則，應允許保險人使用基因資訊作為核保上決定危險分類及保險費率的依據。或有論著認為，基因資訊涉及到隱私權，若無限制地任由商業保險使用，將導致個人隱私權被侵害。然而，在基因科技發展以前，保險人原本就有權利要求被保險人填寫要保書、查閱被保險人病歷資料及對被保

⁸³ See Rich & Ziegler, *supra* note 29, at 12.

⁸⁴ See *id.*

⁸⁵ See *id.*

險人實施體檢。而此些有助於保險人核保的行為，已經有觸及被保險人的個人資訊部分，但在此時，絕大多數人並不認為，保險人要求被保險人填寫病史、查閱被保險人病歷及對被保險人實施體檢，有侵犯被保險人的隱私權。雖論者訴諸於基因特殊論，但如本文先前所述，基因資訊和一般也透露個人訊息的醫療資訊並沒有太大的差異存在，基因特殊論並不具有高度的說服力。

再者，基於平等權的論點，被保險人間亦應維持著「相同為相同處理、不同為不同處理」即實質平等原則。保險上的對價平衡及被保險人間的精算公平原則，可以說是實質平等原則的落實。否則，若不允許保險人以核保的目的取得被保險人的基因資訊，將使得其他不具基因缺陷的被保險人不當地補貼具基因缺陷的被保險人；更有甚者，若被保險人在知悉自己的基因缺陷後，而仍禁止保險人使用基因資訊來核保，此時將使得逆選擇發生，最終將促使保險制度的崩解。

故，本文認為，原則上應該讓基因資訊成為商業保險人核保的依據之一，但應限制作為核保的基因資訊已經相當的科學驗證及統計數據的累積證明對於某種疾病的引發具關聯性。此時，保險人使用此種基因資訊作為對被保險人間的差別對待，才能認為是合理或公平的差別待遇而符合實質平等原則。

伍、美國與歐洲對基因資訊於保險核保使用的立法對策

一、立法上對使用基因資訊可採取的對策

關於既有規範基因歧視的立法對策，學者往往提供二種模式來規範基因資訊的使用⁸⁶。第一種為隱私權模式，亦即禁止保險人與

⁸⁶ 何建志，同註2，頁32。

雇主知悉被保險人或受僱人的基因檢驗結果或禁止保險公司與雇主要求被保險人或受僱人接受基因檢驗；第二種為反歧視模式或稱之為平等權模式，即禁止保險人與雇主根據基因資訊從事不合理的差別待遇即基因歧視。

堅定的禁止基因資訊使用的論者，常堅持以隱私權模式來作為立法上的規範。然而，只有隱私權模式的立法管制，將會造成另一種難題，亦即，法律上雖然禁止保險人取得基因資訊，但當有被保險人得知自己基因檢驗結果，為證明其具有正常或優良的基因，而主動向保險人提供他們的基因資訊時，保險人便會推斷不願提供基因資訊的人，可能是帶有基因缺陷的人⁸⁷。因此，為了避免禁止基因歧視的法律出現如以上所言的情況而形同虛設，故應以反歧視模式來補充單純用隱私權模式規範的不足。

但禁止基因資訊使用的立法，如本文第肆部分所述，會產生由沒有基因缺陷的被保險人補貼具基因缺陷的被保險人，也有可能造成逆選擇而使得保險制度的崩解。故，學者建議，關於因基因科技發展所產生出來的社會風險，應以社會福利制度將此平均分配於全民之中⁸⁸。在保險的部分，可考慮建立如我國全民健康保險制度之社會保險，提供所有國民最基本的健康保障，以降低基因科技發展在保險領域的衝擊。

二、美國與歐洲規範基因資訊使用之立法介紹

美國由於並未對全國人民提供基本健康保障的社會保險，所以在保險上基因資訊使用的問題，自一九八〇年代以來，已有相當充

⁸⁷ 同前註。

⁸⁸ See generally Chetan Gaulti, *Genetic Antidiscrimination Laws in Health Insurance: A Misguided Solution*, 4 QUINNIPIAC HEALTH L.J. 149, 181-82 (2001).

分的討論；歐洲主要國家多為福利國立法，其等多有提供人民基本健康保障之社會保險，但近年來因醫療費用高漲，人民對於商業健康保險及其他人身保險的需求也與日俱增，基因資訊使用的相關立法或因應對策也隨之出現。以下部分，就美國及歐洲對於基因資訊使用的立法及因應對策為介紹、分析，希冀作為我國往後之參考。

(一)美 國

美國在建國之初，各州自成一獨立管轄領域，其建國理念乃為聯合各州成立一個控制力較弱的鬆散聯邦。故一直以來，保險制度在此理念下，係由各州管轄，而聯邦政府並未將手伸入此部分。在一八六八年時，有人試圖挑戰州對保險的管轄而提出相關訴訟，即 *Paul v. Virginia*⁸⁹ 一案。美國聯邦最高法院在該案中首度明文宣示，保險屬於州的管轄事務。然而在一九四四年時，美國聯邦最高法院於 *United States v. South-Eastern Underwriters Association*⁹⁰ 一案中推翻其將近百年來的見解，認為保險是所謂「州際貿易」（business of insurance is interstate commerce），所以聯邦也有管轄權，亦即允許聯邦對保險事務作規範。於是，國會緊急在一九四五年立法通過，由國會議員麥克卡倫及佛格森聯手提出的「麥克卡倫——佛格森法案」（McCarran-Ferguson Act of 1945）⁹¹，雖然保險的主要管轄權限因此又回到州；但是，該法案中也明文規定，若聯邦法律的規定具體明確地有關於保險事務，則此時聯邦法將優先適用⁹²。

⁸⁹ 75 U.S. 168 (1968).

⁹⁰ 322 U.S. 533 (1944).

⁹¹ 15 U.S.C. § 1011-1015 (1988).

⁹² See Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *The McCarran-Ferguson Act of 1945: Reconceiving the Federal Role of Insurance Regulation*, 68 N.Y.U.L. REV. 13, 14-

美國政府為了鼓勵私人企業提供給受僱員工各種福利保障，於一九七四年制訂了「受僱人退休所得保障法」(Employment Retirement Income Security Act of 1974, ERISA) 即為聯邦法優先於州保險法適用之例子。原本，ERISA草案規範主要的重點是在退休金(pension)部分，但在立法過程的最後一刻卻加入了健康保險⁹³。在美國有很多大企業，其員工人數多到數千人甚至數萬人，再加上這些員工扶養的親人等，其被保險人數已大到可以自成為一個保險團體，已有足夠的保費來獨自運作且更能設計符合該企業員工所需要的保障範圍，而不必仰賴商業保險公司提供的團體健康保險。所以，此類雇主多選擇不向商業保險公司投保團體健康保險，而將每年原本預定支出的保費預算，提列成出資並成立雇主出資自我保險的健康保險計畫(employer sponsored self insured health plan)，提供健康保險的保障給予員工及其扶養的親人。在ERISA 第五一四條(a)項明文規定，有關ERISA規範的員工福利，包含雇主出資自我保險的健康保險計畫，應由屬聯邦法的ERISA優先適用並豁免於當時已存在的州法及嗣後才訂立而與員工福利有關的州法之適用⁹⁴。故，縱使州法有訂立禁止使用基因資訊或限制因基因因素而為不同對待，但在有關雇主出資自我保險的健康保險計畫，州法即無用武之地⁹⁵。

15 (1993).

⁹³ See TOM BAKER, INSURANCE LAW AND POLICY – CASES, MATERIALS AND PROBLEMS 202 (2003).

⁹⁴ 該法條原文為：“Except as provided in subsection (b) of this section, the provisions of this subchapter and subchapter III of this chapter shall supersede any and all State laws insofar as they may now or hereafter relate to any employee benefit...” § 514(a), as set forth in 29 U.S.C. 1144(a).

⁹⁵ 美國聯邦最高法院亦一再宣示，關於員工福利事項ERISA優先適用而豁免於州法的規定。See *Pilot Life Ins. Co. v. Dedeaux*, 481 U.S. 41 (1987).

由於上述美國關於保險事務有不同的規範法源，州法並無法涵蓋所有的保險事項⁹⁶，故為瞭解美國就基因資訊在保險上使用的管制立法全貌，本文以下就各州及聯邦的立法狀況，分別為介紹。

1. 各州概況

美國有關基因資訊規範的問題，自一九八〇年代以來，即形成廣泛的討論。而自一九九〇年「人體基因體計畫」開始後，各州即著手進行相關的立法規範。美國第一個對基因資訊作規範的州是北卡羅萊那州（North Carolina），其禁止僱傭行為作出基因歧視⁹⁷。而第一個對基於基因資訊作基因歧視的管制，並為綜合性立法規範的州為威斯康辛州（Wisconsin）⁹⁸。嗣後，各州基於其各自的需求，分別作不同的立法。由於美國並沒有像多數歐洲國家或台灣的全民健康保險制度之社會保險立法去提供全體人民的健康保障，所以美國人民對於健康保險的重視，更甚於其他人身保險。故，以下州的立法統計資料，乃分為健康保險和人壽、失能及長期照護保險等二部分，分別說明。

(1) 健康保險（health insurance）⁹⁹

依照二〇〇八年最新的調查資料，總共有四十八州立法規範基因資訊在健康保險上的使用。其規範的內容包含是否得以基因資訊作為判斷投保資格之依據、是否得要求基因檢驗及基因資訊作為核保依據、是否得以基因資訊作為危險分類的依據；其中有二十七個州，要求保險人在未經被保險人告知後同意（informed consent）下，不得揭露被保險人之基因資訊。

⁹⁶ See Gaulti, *supra* note 88, at 166.

⁹⁷ See Jones & Sarata, *supra* note 14, at 20.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ 資料來源：National Conference of State Legislatures，網站<http://www.ncsl.org/programs/health/genetics/ndishlth.htm> (last visited: 2008.10.16).

以下表格資料乃最近美國各州對於健康保險的立法狀況：

州	保險類型	不得以基因資訊作為判斷投保資格之依據	不得要求基因檢驗及基因資訊	不得以基因資訊作為危險分類	不得未經被保險人「告知後同意」揭露基因資訊
阿拉巴馬 Alabama	個人險及團體險	✓*1		✓*1	
阿拉斯加 Alaska	團體險	✓		✓*2	
亞歷桑那 Arizona	個人險及團體險	✓*4		✓*3	✓
阿肯色 Arkansas	個人險及團體險	✓	✓	✓*2	
加州 California	個人險及團體險	✓	✓	✓	✓
科羅拉多 Colorado	個人險及團體險	✓	✓	✓	✓
康乃狄克 Connecticut	個人險及團體險	✓		✓	
德拉瓦 Delaware	個人險及團體險	✓		✓	✓
華盛頓特區 D.C.	個人險及團體險	✓	✓	✓	
佛羅里達 Florida	個人險及團體險	✓	✓	✓	
喬治亞 Georgia	團體險或個人險	✓	✓	✓	✓
夏威夷 Hawaii	個人險	✓	✓	✓	✓

州	保險類型	不得以基因資訊作為判斷投保資格之依據	不得要求基因檢驗及基因資訊	不得以基因資訊作為危險分類	不得未經被保險人「告知後同意」揭露基因資訊
愛達荷 Idaho	個人險及團體險	✓		✓	
伊利諾 Illinois	個人險及團體險	✓	✓	✓*2 / *4	✓
印第安那 Indiana	個人險及團體險	✓	✓	✓*4 / *5	
愛荷華 Iowa	團體險	✓		✓*2	
堪薩斯 Kansas	個人險及團體險	✓	✓	✓	
肯塔基 Kentucky	個人險及團體險	✓		✓	✓
路易斯安那 Louisiana	個人險及團體險	✓		✓	✓
緬因 Maine	個人險及團體險	✓		✓	✓
馬里蘭 Maryland	個人險及團體險	✓	✓	✓*6	✓
麻州 Massachusetts	個人險及團體險	✓		✓*4	✓
密西根 Michigan	個人險及團體險		✓		✓
明尼蘇達 Minnesota	個人險及團體險	✓	✓	✓	
密西西比 Mississippi					

州	保險類型	不得以基因資訊作為判斷投保資格之依據	不得要求基因檢驗及基因資訊	不得以基因資訊作為危險分類	不得未經被保險人「告知後同意」揭露基因資訊
密蘇里 Missouri	個人險及團體險	✓	✓	✓*4	✓
蒙大拿 Montana	個人險及團體險	✓	✓	✓*6	
那布拉斯加 Nebraska	個人險		✓		
內華達 Nevada	個人險及團體險	✓		✓	✓
新罕布甚 New Hampshire	個人險及團體險	✓	✓	✓	✓
新澤西 New Jersey	個人險及團體險	✓		✓	✓
新墨西哥 New Mexico	個人險及團體險	✓	✓	✓	✓
紐約 New York	個人險及團體險	✓	✓*4	✓*4	✓
北卡羅萊那 North Carolina	個人險及團體險	✓			
北達科達 North Dakota					
俄亥俄 Ohio	個人險及團體險	✓	✓	✓	

州	保險類型	不得以基因資訊作為判斷投保資格之依據	不得要求基因檢驗及基因資訊	不得以基因資訊作為危險分類	不得未經被保險人「告知後同意」揭露基因資訊
奧克拉荷馬 Oklahoma	個人險及團體險	✓	✓	✓	
奧瑞岡 Oregon	個人險及團體險	✓	✓*4	✓*6	✓
賓州 Pennsylvania					
羅德島 Rhode Island	個人險及團體險	✓	✓	✓	✓
南卡萊羅那 South Carolina	個人險及團體險	✓		✓	✓
南達科達 South Dakota	團體險	✓	✓	✓	
田納西 Tennessee	個人險及團體險	✓	✓	✓	✓
德州 Texas	個人險及團體險	✓		✓*6	✓
猶他 Utah	個人險及團體險	✓	✓	✓	
佛蒙特 Vermont	個人險及團體險	✓		✓*3	✓
維吉尼亞 Virginia	個人險及團體險	✓		✓	✓

州	保險類型	不得以基因資訊作為判斷投保資格之依據	不得要求基因檢驗及基因資訊	不得以基因資訊作為危險分類	不得未經被保險人「告知後同意」揭露基因資訊
華盛頓 Washington					✓
西維吉尼亞 West Virginia	個人險	✓		✓	
威斯康辛 Wisconsin	個人險及團體險	✓	✓	✓	
懷俄明 Wyoming	團體險	✓			

*1：阿拉巴馬州只禁止使用基因資訊作為拒絕提供保險保障給有鐮刀型貧血症的要保人，並且宣布將有疾病傾向基因的資料，作為癌症上的危險分類為不合法。

*2：禁止因使基因資訊在作為核定較高保險費、分攤額及保單費用。

*3：在沒有精算的正當性下，禁止使用基因資訊。

*4：只有當被保險人自願提供基因資訊時，才可使用。

*5：只有使用基因資訊對被保險人有利時，才可使用。

*6：禁止使用個人的基因資訊去漲保費。

如本文之前所述，保險雖主要為州的管轄範圍，但在聯邦法律有明文規範之下，聯邦法律將優先適用。美國在二〇〇八年五月時，通過了「基因資訊非歧視法」（Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008, GINA），就團體健康保險及個人健康保險對於基因資訊的使用，有所限制。故在此範圍內，若州法的規定不及聯邦法律嚴格，GINA將優先適用。

(2) 人壽、失能及長期照護保險 (life, disability and long-term care insurance) ¹⁰⁰

誠如之前所述，美國人民對於健康保險的重視，更甚於其他人身保險，此亦反應在州的立法上。所以，僅有十九個州對於人壽、失能及長期照護保險，立法規範基因資訊的使用。再者，只有九個州，要求保險人在未經被保險人當知後同意不得揭露被保險人之基因資訊。

以下表格資料乃最近美國各州對於人壽、失能及長期照護保險的立法狀況：

州	限制以基因資訊對人壽保險的歧視	限制以基因資訊對失能保險的歧視	限制以基因資訊對長期照護保險的歧視	要求在人壽保險中使用基因資訊需有精算的正當性	要求有被保險人「告知後同意」才能使用基因資訊
阿拉巴馬 Alabama					
阿拉斯加 Alaska					
亞歷桑那 Arizona	✓	✓		✓	✓
阿肯色 Arkansas					
加州 California	✓	✓	✓		✓*1
科羅拉多 Colorado		✓*2	✓*7		✓*8

¹⁰⁰ 資料來源：National Conference of State Legislatures，網站<http://www.ncsl.org/programs/health/genetics/ndislife.htm> (last visited: 2008.10.16).

州	限制以基因資訊對人壽保險的歧視	限制以基因資訊對失能保險的歧視	限制以基因資訊對長期照護保險的歧視	要求在人壽保險中使用基因資訊需有精算的正當性	要求有被保險人「告知後同意」才能使用基因資訊
康乃狄克 Connecticut					
德拉瓦 Delaware					
華盛頓特區 D.C.					
佛羅里達 Florida	✓*5	✓*5			
喬治亞 Georgia					
夏威夷 Hawaii					
愛達荷 Idaho		✓			
伊利諾 Illinois					
印第安那 Indiana					
愛荷華 Iowa					
堪薩斯 Kansas	✓	✓	✓*7		
肯塔基 Kentucky					
路易斯安那 Louisiana					

州	限制以基因資訊對人壽保險的歧視	限制以基因資訊對失能保險的歧視	限制以基因資訊對長期照護保險的歧視	要求在人壽保險中使用基因資訊需有精算的正當性	要求有被保險人「告知後同意」才能使用基因資訊
緬因 Maine	✓	✓	✓*6	✓	✓
馬里蘭 Maryland	✓		✓	✓	
麻州 Massachusetts	✓	✓	✓*6 / *7	✓	
密西根 Michigan					
明尼蘇達 Minnesota	✓*1	✓			✓
密西西比 Mississippi					
密蘇里 Missouri					
蒙大拿 Montana	✓	✓	✓*6	✓	
那布拉斯加 Nebraska					
內華達 Nevada					
新罕布甚 New Hampshire					
新澤西 New Jersey	✓	✓		✓	✓

州	限制以基因資訊對人壽保險的歧視	限制以基因資訊對失能保險的歧視	限制以基因資訊對長期照護保險的歧視	要求在人壽保險中使用基因資訊需有精算的正當性	要求有被保險人「告知後同意」才能使用基因資訊
新墨西哥 New Mexico	✓	✓	✓*6	✓	✓*4
紐約 New York	✓	✓			✓
北卡羅萊那 North Carolina	✓*3				
北達科達 North Dakota					
俄亥俄 Ohio					
奧克拉荷馬 Oklahoma					
奧瑞岡 Oregon	✓	✓	✓*7		✓
賓州 Pennsylvania					
羅德島 Rhode Island					
南卡萊羅那 South Carolina					
南達科達 South Dakota					

州	限制以基因資訊對人壽保險的歧視	限制以基因資訊對失能保險的歧視	限制以基因資訊對長期照護保險的歧視	要求在人壽保險中使用基因資訊需有精算的正當性	要求有被保險人「告知後同意」才能使用基因資訊
田納西 Tennessee					
德州 Texas					
猶他 Utah					
佛蒙特 Vermont	✓	✓	✓*7		
維吉尼亞 Virginia					
華盛頓 Washington					
西維吉尼亞 West Virginia					
威斯康辛 Wisconsin	✓	✓			
懷俄明 Wyoming		✓			

*1：僅有在保險公司支付費用的前提下，才能要求被保險人做基因檢驗。

*2：只適用在團體失能和長期照護保險。

*3：只適用在下列基因，鐮刀型貧血症、地中海型貧血（thalassemia-minor）、C型血紅素蛋白病症（hemoglobin C）、戴薩氏症或無害的基因特徵。

*4：必須通知被保險人可能使用基因檢驗。

*5：保險人不得因為被保險人有鐮刀基因特徵時，拒保或調高保費。

*6：要求精算的正當性。

*7：禁止保險人要求做基因檢驗。

*8：告知後同意僅適用在所有的人壽保險及個人失能保險。

2. 聯 邦

由於ERISA的制定，使得雇主出資自我保險的健康保險計畫豁免於州法的規範，而只有聯邦法才能對此有管轄權。有關歷來管制在保險領域中基因資訊的使用及基因歧視的相關法案，本文說明如下。

(1) 一九六四年民權法 (Civil Right Act of 1964)

美國一九六四年的民權法規定，禁止私人基於種族、性別、國籍等因素歧視私人，然其並未明文提及基因歧視之問題。但是，若在保險上的基因歧視可連結到種族的基因缺陷上，即可能構成非法的種族歧視，而有民權法的適用¹⁰¹。

(2) 一九九〇年美國國民身心障礙法 (Americans with Disabilities Act of 1990, ADA)

一九九〇年的美國國民身心障礙法提供了相關的保護給予失能的員工¹⁰²，即該法禁止雇主因為求職者有身心障礙而對其等有決定僱用與否之歧視或因員工有身心障礙而就待遇、福利（包含保險）等方面有所歧視¹⁰³。在一九九五年時，ADA的主管機關「平等就業機會委員會」（Equal Employment Opportunity Commission）公布了一個行政命令去定義「殘障」（disability）¹⁰⁴。此行政命令規定，基因缺陷也是「殘障」的一種，但此命令並不拘束司法機關。嗣後，美國聯邦最高法院在一九九九年於*Sutton v. United Air Lines, Inc.*¹⁰⁵一案中認為，ADA殘障的定義必須具有「生理或心理上的缺陷」（physical or mental impairment）且必須證明該生理

¹⁰¹ 雷文玟，同註3，頁437。

¹⁰² See Colby, *supra* note 8, at 466.

¹⁰³ 劉靜怡，同註20，頁80。

¹⁰⁴ See Colby, *supra* note 8, at 466-67.

¹⁰⁵ 527 U.S. 471 (1999).

或心理上的缺陷「已對現實生活造成實質的重大限制」(substantially limits a major life activity)¹⁰⁶。若無法證明此二個要件，即不得認定為殘障，則根本無法受到ADA的保障；亦即，ADA根本無法保障不具有明顯病症的帶因者¹⁰⁷。再者，只要雇主的團體健康保險計畫在核保時，有風險精算的依據，ADA並不限制保險人對於基因缺陷給予差別待遇。雇主提供的健康保險計畫，也會承保受員工扶養的親人。除了對於求職者或員工的保護有漏洞外，ADA也不禁止雇主為了減少往後昂貴醫療費用的支出，而對受員工扶養的親人有基於基因因素之差別待遇¹⁰⁸。

由以上說明可知，ADA的保障並不充足，除了它先天上只適用於「身心障礙者」外，更無法禁止雇主對員工做有精算根據的基因上之差別待遇及對受員工扶養的親人為基於基因因素之差別待遇。

(3)一九九六年健康保險轉換及責任保障法 (Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996, HIPAA)

美國國會於一九九六年通過健康保險轉換及責任保障法，其大幅補足了以往聯邦法令對於健康保險中基因歧視管制不足的缺陷，該法明文適用於雇主出資自我保險的健康保險計畫及擴大適用於商業保險公司承保的團體健康保險¹⁰⁹。HIPAA保障員工在因故需要更換工作而轉換至不同的健康保險計畫或團體健康保險時，要求轉換後的保險人不得以健康狀況的相關因素，包含基因資訊，作為認定投保資格、拒保及增加保費的依據¹¹⁰；保險人亦不得對某一員

¹⁰⁶ *Id.* at 482.

¹⁰⁷ *See Colby, supra* note 8, at 467.

¹⁰⁸ *See id.*

¹⁰⁹ 29 U.S.C. § 1181 (1996).

¹¹⁰ 29 U.S.C. § 1182 (1996).

工要求給付與健康狀況相似的員工較高的保費¹¹¹。而對於既往症（preexisting condition）的排除，也限制轉換後的新保險人必須以員工在最近六個月內發病的疾病，才能當作既往症而除外於保險的保障；且此除外的期間，自加入新健康保險計畫或團體健康保險後起算，也不得超過十二個月¹¹²。

雖然HIPAA有補充ADA的效果，加強了對於員工的保護。然而，其仍有以下缺點¹¹³：首先，該法並未規範基因資訊散布的問題且未禁止或限制保險人要求基因檢驗的狀況；再者，雖然該法擴大適用於商業保險公司承保的團體健康保險，但其效力卻不及於那些沒有雇主而自我僱傭（self-employed）的個人及那些從個人保險市場購買健康保險的消費者；最後，該法並沒有禁止基因資訊被用來作為危險團體的分類及團體的核保上，亦即HIPAA雖然保護了同一團體中的每個被保險人，但卻不禁止保險人對於整個保險團體的差別待遇，如該法並未禁止保險人就某種狀況而對整個保險團體都除外不保或對整保險團體所有的保障項目或特定項目設定給付總額的上限¹¹⁴。

(4)二〇〇八年基因資訊非歧視法（Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008, GINA）

由於HIPAA仍無法全面性規範基因資訊及基因歧視在健康保險的運用，美國國會議員陸續於二〇〇〇年之後，推出各種規範基因歧視的法案¹¹⁵，如第一〇六屆國會參議員Dashle提出2553法案（S. 2553），其將禁止保險人基於基因檢驗的結果來提高保費或拒

¹¹¹ See Jones & Sarata, *supra* note 14, at 7.

¹¹² 29 U.S.C. § 1181 (1996).

¹¹³ See Jones & Sarata, *supra* note 14, at 7.

¹¹⁴ See *id.* at 7-8.

¹¹⁵ See *id.* at 21-25.

保；第一〇七屆國會參議院（Senate）有1052法案（S. 1052），禁止團體健康保險（計畫）為某種程度的基因歧視；第一〇八屆國會參議院列為1053法案（S. 1053）的「二〇〇三年基因資訊非歧視法」（Genetic Information Nondiscrimination Act of 2003），禁止健康保險計畫基於個人或家族成員的基因資訊作為認定投保資格、拒保或要求更高保費的依據；第一〇九屆國會參議院列為306法案（S. 306）的「二〇〇五年基因資訊非歧視法」（Genetic Information Nondiscrimination Act of 2005），此法案和1053法案相似，其規定健康保險計畫不得基於個人或家族成員的基因資訊，作為認定投保資格、拒保或要求更高保費的依據；第一一〇屆國會參議院列為358法案（S. 358），其於第一章即禁止在健康保險有基因歧視。

以上法案均因故未能完成聯邦的立法程序，但事實上在二〇〇七年時，國會眾議院（House of Representatives）提出493法案（H.R. 493），並已由眾議院投票通過。而在行政機關的支持及美國全國輿論表達需要有新的聯邦法律來規範基因資訊的使用及基因歧視的情況下，國會參議院並以四一四票贊成對上一票反對，通過眾議院的493法案。美國布希（Bush）總統並於二〇〇八年五月二十一日簽署同意該法案¹¹⁶，使得其正式成為法律，稱為「二〇〇八年基因資訊非歧視法」（GINA）¹¹⁷。

GINA在第一〇一條明文，由雇主出資的自我保險的健康保險計畫及商業團體健康保險，不得依據基因資訊來調高保費，但若有已顯現的疾病，則例外可以做為調整保費的依據。再者，保險人不

¹¹⁶ 參閱美國國家人類基因體研究所（National Human Genome Research Institute）網頁<http://www.genome.gov/27026050> (last visited: 2008.11.31).

¹¹⁷ 關於該法全文，請參閱美國國會圖書館網頁<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/D?c110:4:./temp/~c110SEH7NS> (last visited: 2008.11.31).

得以團體健康計畫或保險中一個被保險人已顯現的疾病視為此保險團體的基因資訊，並據以增加整個保險團體的保費。而且，也禁止為了核保的目的而要求、請求或購買基因資訊，並禁止要求被保險人個人及其家族成員，進行基因檢驗¹¹⁸。本條並明文為對一九七四年ERISA的修正。

該法第一〇二條明文，對於個人健康保險市場方面，禁止保險人以基因資訊來作為投保資格、拒保或要求更高保費的依據，但若有已顯現的疾病，則例外可以作為投保資格、拒保或調整保費的依據。而對於既往症，該法亦明文禁止以基因資訊來作為決定既往症的除外條款，但若被保險人已顯現疾病，則可將此已顯現的疾病作為既往症來除外¹¹⁹。

雖然，GINA已大大改善以往聯邦法相關的不足，但該法卻未對投保金額設置上限的規定，此將可能發生逆選擇，尤其是在個人健康保險部分¹²⁰。故，在法律未平衡保險人的利益下，將使得保險人需自行處理逆選擇的問題，可能促使保險人採取過度防衛的措施¹²¹，反而有損害到被保險人的權益，並折損了該法的立法美意。

(5) 小 結

美國由於其建國理念，保險主要為州的管轄，雖然美國聯邦最高法院在二十世紀中曾改變見解，認為保險為州際貿易，聯邦亦有

¹¹⁸ See Request for Information Regarding Sections 101 Through 104 of the Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008, available at <http://www.dol.gov/federalregister/HtmlDisplay.aspx?DocId=21604&AgencyId=8&DocumentType=1> (last visited: 2008.11.31).

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ 何建志，同註2，頁38。

¹²¹ 同前註。

管轄權。國會即時以一九四五年麥克卡倫——佛格森法案回應，雖將保險事務的管轄回歸州的權限中，但亦明文，若聯邦法律的規定具體明確地有關於保險事務，則此時聯邦法將優先州法適用。七〇年代，聯邦政府終為鼓勵企業提供受僱員工相關福利，於一九七四年立法制訂ERISA，有關雇主出資提供給員工的自我保險的健康保險計畫，即為聯邦法優先州法適用之例子。

美國關於健康保險的制度，並非如大部分的歐洲國家般，採用社會保險制度，由國家依照人民的所得來釐訂保費而提供給所有的人民最基本的健康保險保障，其主要係依賴雇主提供或私人自行從商業保險市場購買。依據二〇〇八年美國官方最新公布的統計資料¹²²，二〇〇七年全美約二億九千九百一十萬人當中，計有二億五千三百四十萬人有健康保險，占全美人口百分之八十四點七；約有一億七千七百三十萬人的健康保險來自雇主提供，占全美人口百分之五十九點三；約有二千六百六十萬人的健康保險是直接向商業健康保險市場購買，占全美人口百分之八點九。亦即，全美有超過二億四百萬人的健康保險是由雇主及商業保險人所提供的保障，故若不對基因資訊的使用在雇主出資的自我保險的健康保險計畫及商業健康保險中做規範，其將影響將近全美70%人口的基本健康保障的範圍。由此不難理解，基因資訊、基因歧視與健康保險的相關議題，在美國會造成如此大的討論。

而由前述的資料可得知，各州對於基因資訊在健康保險上使用的規範，並非全採隱私權模式作為立法規範，大部分兼採反歧視模式即大部分的州均在某種程度內允許保險人或雇主可以要求員工

¹²² U.S. Census Bureau, Income, Poverty and Health Insurance Coverage in the United States: 2007 19-25 (Aug. 2008), available at <http://www.census.gov/prod/2008pubs/p60-235.pdf> (last visited: 2008.11.31).

進行基因檢驗、取得員工的基因資訊或使用基因資訊作為某些保障項目的核保依據。而對人壽、失能及長期照護保險，因其涉及人民的基本權利的深度及廣度不及健康保險，故僅十九州有立法規範基因資訊的使用，且大部分採反歧視模式而非絕對排除保險人獲得基因資訊或禁止要求做基因檢驗的隱私權模式。

在聯邦立法方面，基本上因民權法案並非針對基因資訊為立法，其所提供基因資訊在保險使用上的規範作用，可說是相對較小。而ADA限制雇主對於身心障礙者的歧視，其適用範圍亦非全體人民；基本上ADA的立法模式為反歧視模式的立法，其並未禁止基因資訊的蒐集，只限制基因資訊在部分範圍的使用。一九九六年的HIPAA，也是反歧視模式的立法規範，其並未禁止或管制保險人要求基因檢驗的狀況，而是規定在特定狀況下，保險人不得為歧視。最後，於二〇〇八年最新立法的GINA，其對雇主出資自我保險的健康保險計畫及私人商業健康保險均有所規範，一改以往只以反歧視模式的規範，其採隱私權模式結合反歧視模式的規範方式¹²³，要求保險人不得請求、要求、收購基因資訊並不得要求進行基因檢驗，且限制只能依據已顯現的疾病來為不同對待而調整保費。由於GINA屬於麥克卡倫-佛格森法案中，對保險有具體明確規定的聯邦法，故基因資訊在健康保險上的使用，若州法的規定不及GINA嚴格，GINA將優先適用。總而言之，美國聯邦的立法，總體而言雖仍有缺陷，但已較以往有所精進。

¹²³ 何建志，同註2，頁38。

(二) 歐洲

1. 歐盟

歐洲相關國家，由於大多採福利國立法，其多已提供基本健康保障以上的社會保險，故基因資訊的使用及基因歧視在保險上的相關問題，相對於美國較為和緩。雖然早在一九九七年時，歐洲議會即通過了「歐洲生物學與醫學應用之人權與人類尊嚴保障公約」（The 1997 Convention on Human Rights and Biomedicine）¹²⁴。其中該公約第十一條即明文規定，禁止對個人因為基因遺傳而為任何形式的歧視¹²⁵；該公約有超過二十一個國家簽署，然而，奧地利（Austria）、比利時（Belgium）、德國（Germany）、愛爾蘭（Ireland）、馬爾他（Malta）及英國（UK）等國家則未簽署或批准此公約¹²⁶。事實上，歐洲國家在成立歐洲聯盟（European Union）後，於二〇〇〇年通過了歐洲憲法（The Charter of Fundamental Rights of the European Union）¹²⁷，其第二十一條即規定

¹²⁴ 此公約又稱為Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine。本公約全文，請參閱歐盟執委會網站<http://conventions.coe.int/treaty/EN/Treaties/Html/164.htm>，最後瀏覽日：2008年11月3日。

¹²⁵ 歐洲生物學與醫學應用之人權與人類尊嚴保障公約第11條原文為：“Any form of discrimination against a person on grounds of his or her genetic heritage is prohibited.”

¹²⁶ Patrick J. Morrison, *Insurance, Unfair Discrimination, and Genetic Testing*, 366 THE LANCET 877, 879 (2005), available at http://www.sciencedirect.com/science?_ob=ArticleURL&_udi=B6T1B-4H2KVVS-7&_user=1194677&_rdoc=1&_fmt=&_orig=search&_sort=d&view=c&_version=1&_urlVersion=0&_userid=1194677&md5=018f2720e36dc87e1fd94fffd66f81aa (last visited: 2008.11.03).

¹²⁷ 有關歐洲憲法立法前後的訊息，See generally European Parliament, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union*, available at http://www.europarl.europa.eu/charter/default_en.htm (last visited: 2008.11.01).

「反歧視」(Non-discrimination)，在該條第一項明文規定，基於「基因特徵」(genetic features)的歧視是被禁止的¹²⁸。甚且，在歐洲聯盟成立前，歐洲共同體條約理事會指令(EC Treaty Council Directives)第十三條即明文規定禁止就性別、種族、宗教、信仰、身心障礙、年齡或性別傾向等為理由而作出歧視¹²⁹。但，歐洲聯盟對於因基因資訊而為歧視，並未為一歐盟層級的立法規範及標準¹³⁰，其仍由各會員國各自以國內法為規定¹³¹。

2. 歐洲主要國家

歐洲各國對於基因資訊的使用在保險上的立法規範主要有三種方式，第一種為採隱私權模式，即禁止保險人使用基因資訊；第二種為隱私權模式兼採反歧視模式即在原則上，完全禁止保險人使用

¹²⁸ 歐洲憲法第21條第1項原文為：“Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited.”

¹²⁹ 歐洲共同體條約報委會指令第13條第1項原文：“Without prejudice to the other provisions of this Treaty and within the limits of the powers conferred by it upon the Community, the Council, acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation.”

¹³⁰ Platform of European Social NGOs主席Conny Reuter及董事Roshan Di Pippo為促使歐洲聯盟的相關反歧視立法擴及歐洲憲法第21條明示的各個範圍，於2008年4月23日曾發出公開信致歐洲聯盟相關人等。Conny Reuter & Roshan Di Pippo, *Further Legal Steps Are Needed to Advance Equality for All in Europe*, Platform of European Social NGOs, Apr. 23, 2008, available at <http://www.socialplatform.org/PolicyStatement.asp?DocID=17398> (last visited: 2008.10.30).

¹³¹ See Elias Mossialos & Sarah Thomson, *Voluntary Health Insurance in the European Union* 117 (2004), available at <http://www.euro.who.int/Document/E84885.pdf> (last visited: 2008.11.03).

基因資訊，但在符合某些條件下，如高保額保單，可由保險人取得基因資訊並據以為核保的依據；第三種為對基因資訊在保險上的使用不做規範，甚且要求要保人或被保險人在投保時，需提供基因檢驗的結果予保險人。以下就歐洲主要幾個國家分別為論述。

(1) 奧地利 (Austria)

在一九九四年時，奧地利成為第三個以立法方式要求保險人不得基於保險的目的而要求被保險人為基因檢驗的歐洲國家¹³²。在「基因科技法」(The Gene Technology Act)中明文規定，保險人、雇主或其代表不得要求 (request)、取得 (obtain)、接受 (accept) 或以其他方式使用被保險人、員工或求職者的基因資訊¹³³。然而，在保險實務上，有少數保險人的行為卻和上開法律規定不符合。因為有些保險人接受某些被認為高危險群的被保險人，提出陰性的基因檢驗結果，並據以調降保險費¹³⁴。

(2) 比利時 (Belgium)

比利時是歐洲國家中，第一個以立法來全國性禁止基因檢驗及使用基因資訊的國家¹³⁵。關於保險核保上不得使用基因資訊，規定於該國保險契約法第五條與第九十五條¹³⁶。依上開法律規定，縱使對於被保險人有利，被保險人也被禁止提出其基因檢驗的結果

¹³² Herman Nys et al., *Genetic Testing: Patients' Rights, Insurance and Employment – A Survey of Regulations in the European Union* 17 (European Commission 2002), available at ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/life/docs/genetic_testing_eur20446.pdf (last visited: 2009.03.19).

¹³³ *Id.*

¹³⁴ *Id.* at 18.

¹³⁵ *Id.* at 24.

¹³⁶ Law of 25 June 1992 concerning the agreement on land insurance, articles 5 and 95 (Belgian law gazette 20.08.1992) citing from Herman Nys et al., *supra* note 132, at 24-25.

給保險人，而其法律並規定醫生不得為保險之目的來做基因檢驗¹³⁷。

(3) 丹麥 (Denmark)

丹麥早在一九九一年即起草法案，禁止在僱傭、退休金及保險方面使用基因檢驗的結果，然而國會在一九九二年中拒絕通過該法案；直到該草案內容擴及到禁止使用所有的健康資訊，國會才在一九九六年四月通過¹³⁸。丹麥的立法者認為，隨著基因檢驗的興起，法律需要保護被保險人的隱私，故法律規定保險人不得要求、取得、收取 (receive) 及使用被保險人的基因資訊或未來健康狀況的資訊。然而，被保險人依法也有義務提出過往及現在健康狀況的聲明書¹³⁹。

(4) 芬蘭 (Finland)

芬蘭並沒有相關立法規範基因資訊在保險上的使用，所以，被保險人對於保險人於要保時所提出的相關問題，依法均需確實的回答¹⁴⁰。但是，保險業在實務上的運作，並不會詢問基因資訊的相關問題，且縱使保險人因故取得被保險人的基因資訊，亦不會使用在核保上¹⁴¹。

(5) 法國 (France)

在一九九四年時，法國將基因資訊的相關規定，增修入法國民法之中，其規定人類基因資訊只能用在醫學或科學研究的目的

¹³⁷ See Mossialos & Thomson, *supra* note 131, at 117.

¹³⁸ Herman Nys et al., *supra* note 132, at 33.

¹³⁹ *Id.* 34.

¹⁴⁰ Insurance Contract Act, No. 543, June 28, 1994 citing from Herman Nys et al., *supra* note 132, at 43.

¹⁴¹ *Id.*

上¹⁴²。法國的「公眾健康法」(The Code of Public Health)也再度肯認民法上的相關規定並進一步明文，基因資訊只能用在對病人有利的方面¹⁴³。較其他歐盟國家為特殊的是，法國並於刑法(Penal Code)中規定，若不是基於醫學及科學研究的目的而取得、使用個人的基因資訊，將會面臨一年的有期徒刑及一萬五千歐元的罰金¹⁴⁴。

(6) 德國 (Germany)

德國現行並未有法令規範基因資訊在保險方面的使用，依據契約自由原則，保險人依法有權利要求被保險人進行與風險評估相關的檢驗¹⁴⁵。「德國保險協會」(German Insurance Association)的成員，於二〇〇一年十二月，自發地簽署了限制使用基因資訊的協議。依該協議，保險人對於保險金額在二十五萬歐元以下的健康及人壽保險，不得以基因資訊作為核保之依據。於二〇〇八年時，德國總理向聯邦國會提出「人類基因檢驗法」草案(Entwurf eines Gesetzes über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz – GenDG))¹⁴⁶，其中第十八條規定，對於保險金額在三十萬歐元以下的人壽保險(Lebensversicherung)、職災失能保險(Berufsunfähigkeitsversicherung)、失能保險(Erwerbsunfähigkeitsversicherung)及年給付金額三萬歐元以下的看護年金保險(Pflegerentenversicherung)，保險人不得以被保險人的基因資訊作為核保的依據。然而，截至二〇〇九年初為止，德國聯邦國會

¹⁴² *Id.* at 51.

¹⁴³ *Id.* at 52.

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ *Id.* at 61.

¹⁴⁶ 該草案內容可自下列網站取得：http://www.baek.de/downloads/Referentenentwurf_30.06.08.pdf，最後瀏覽日：2009年3月20日。

尚未通過該法案。

(7) 荷蘭 (The Netherlands)

在一九九八年時，荷蘭國會立法通過「醫學檢測法」(The Medical Examination Act of 1998) 以規範醫學檢驗結果的運用¹⁴⁷。該法規定基因資訊不得使用在一定金額以下之保險¹⁴⁸，即保險金額低於六萬荷幣的失能保險及低於三十萬荷幣的人壽保險¹⁴⁹，保險人不得以基因資訊作為核保上的使用。

(8) 瑞典 (Sweden)

在一九九六年時，瑞典社會事務部 (Minister of Social Affair) 即擬定了關於基因資訊使用規範的備忘錄 (memorandum)，其中規定基因資訊只能使用在醫學用途¹⁵⁰。在一九九八年，「瑞典保險人聯盟」(Federation of Swedish Insurers) 對外發出聲明指出，對於保險金額在二十五萬克朗 (SEK) 以下的人壽保險，保險人不會要求被保險人提供基因資訊，也不會以基因資訊作為核保的依據¹⁵¹。在一九九九年時，瑞典政府與瑞典保險人聯盟簽訂協議規範基因資訊的使用，此協議乃在平衡保險人及公眾的利益¹⁵²。惟依該協議，兒童保險、職業團體壽險及團體健康險則無該協議的適用¹⁵³，即基因資訊可用在此三種保險中以作為核保之依據。

¹⁴⁷ Herman Nys et al., *supra* note 132, at 94.

¹⁴⁸ See Mossialos & Thomson, *supra* note 131, at 117.

¹⁴⁹ Herman Nys et al., *supra* note 132, at 95.

¹⁵⁰ *Id.* at 119.

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² Deborah Crosbie, *Protection of Genetic Information: An International Comparison, Report to the Human Genetics Commission 34-35* (Sep. 2000), available at http://www.ghente.org/doc_juridicos/business_publications_international_regulations.pdf (last visited: 2009.03.20).

¹⁵³ *Id.* at 35.

(9) 瑞士 (Switzerland)

瑞士於二〇〇四年十月八日通過了「瑞士聯邦人類基因檢驗法」(Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen)¹⁵⁴。該法除就基因檢驗為一般性規定，並在醫療、就業、保險等領域為個別之規定。在保險方面的規範，該法採取了折衷隱私權及反歧視模式的立法規範；其於第二十六條明文宣示，保險人在保險關係成立前，不得要求症狀前基因檢驗或產前基因檢驗。該法並於二十七條明文規定，對於聯邦社會保險法適用之保險、強制與強制範圍外之職業年金保險、於疾病或懷孕時關於工資繼續支付義務之保險、保險金不超過四十萬瑞士法朗之人壽保險及個人自行加保而年給付不超過四萬瑞士法朗之失能保險等險種，禁止保險人向被保險人要求提供既有的基因檢驗結果；且若保險人因故握有被保險人既有的基因檢驗結果，也不得使用該檢驗結果。亦即，若在該法第二十七條所列以外的保險，被保險人如果曾經自行從事基因檢驗，則保險人可要求提供基因檢驗的結果，作為核保的依據；惟，該法仍不許保險人要求被保險人進行基因檢驗¹⁵⁵。

(10) 英國 (United Kingdom)

一九九一年於倫敦舉行國際人類基因組序列研討會 (International Workshop on Human Gene Mapping) 後，英國國內越來越注

¹⁵⁴ 有關該法之立法過程及法條全文 (含德文、法文及義大利文)，請參閱瑞士司法部網頁 http://www.bj.admin.ch/bj/en/home/themen/gesellschaft/gesetzgebung/abgeschlossene_projekte0/genetische_untersuchungen.html，最後瀏覽日：2008年11月3日。該法全文經何建志及陳麗娟二位教授，分別根據德文及法文翻譯成中文，請參閱何建志、陳麗娟，瑞士聯邦人類基因檢驗法中譯，法律與生命科學，6期，頁45-57，2008年7月。

¹⁵⁵ 何建志，同註2，頁37。

重基因資訊在保險上使用的問題¹⁵⁶，其後陸續有相關團體提出對基因資訊在保險上使用的限制¹⁵⁷。「英國保險人協會」(The Association of British Insurers, ABI)於一九九七年首度表示，保險金額在十萬英鎊以下的房貸相關人身保險(mortgage cover)，將不會以被保險人的基因資訊作為核保考慮的因素¹⁵⁸。英國政府則於二〇〇一與ABI達成協議¹⁵⁹，約定在保險金額五十萬英鎊以下的房貸相關人身保險及保險金額三十萬英鎊以下的健康保險，至二〇一一年十一月一日前，除了杭丁頓氏病的基因資訊得作為保險人核保的依據外，延期實施(moratorium)使用基因檢驗結果作為核保的依據；但若保險金額超過該等金額者，則保險人有權要求被保險人提供詳細的基因檢驗所得的基因資訊¹⁶⁰。而該協議中也約定，在延期期間有權核准增加何種基因資訊可使用在保險核保上的機關為「英國健康部遺傳學與保險委員會」(Genetics and Insurance Committee, Health Departments of the United Kingdom, GAIC)¹⁶¹。ABI在向GAIC提出核准之申請時，必須證明可作為核保依據的基因資訊具有以下三個要件，即1.當代基因檢驗的科技已能精確判讀出該基因資訊¹⁶²；2.此基因資訊在臨床上已能證明對帶因者未來的

¹⁵⁶ Herman Nys et al., *supra* note 132, at 126.

¹⁵⁷ *Id.* at 127-28.

¹⁵⁸ *Id.* at 129.

¹⁵⁹ *Id.* at 134.

¹⁶⁰ Morrison, *supra* note 126, at 877.

¹⁶¹ Concordat and Moratorium on Genetics and Insurance 2 (March 2005), available at http://www.abi.org.uk/Display/File/Child/106/Concordat_and_Moratorium.pdf (last visited: 2009.03.19).

¹⁶² 英文原文稱為“Technical Relevance”, See Genetics and Insurance Committee, Second Report from September 2002 to December 2003 at 21 (January 2004), available at <http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/>

健康有不利的影響¹⁶³及3.此基因資訊在精算上能正當化為提高保險費的理由¹⁶⁴等，GAIC才得以核准。雖然ABI也曾考慮將阿茲海默症（Alzheimer）、乳癌（breast cancer）及卵巢癌（ovarian cancer）的基因檢驗結果，使用在相關保險商品的核保上¹⁶⁵，但GAIC於二〇〇七年六月八日收到英國人保險人協會正式函知，並無計畫在二〇〇八年提出使用其他基因資訊作為核保的依據¹⁶⁶。雖然目前英國允許杭丁頓氏病的基因資訊作為保險上的使用，然而英國政府卻未對於基因檢驗機構的管理為適當的規範，導致基因檢驗結果的正確性及適當性為人所質疑。英國政府的諮詢機構「人類基因委員會」（Human Genetics Commission）即分別於二〇〇三及二〇〇七年二度提出對基因檢驗作更嚴格規範之建議¹⁶⁷，惟英國政府尚未正式修正對基因檢驗機構之規範。

(II) 小 結

歐洲國家雖大部分已實施社會保險，但近年來由於醫療費用的增加，人民對於健康保險及其他人身保險的需求與日俱增，雖然歐盟層級尚未對基因資訊在保險上的使用有明文的規定，但個別的國家多已經對基因資訊在保險上的使用，作出相關的規範及反應。如

PublicationsPolicyAndGuidance/DH_4070357 (last visited: 2009.03.19).

¹⁶³ 英文原文稱為“Clinical Relevance”, *See id.* at 22.

¹⁶⁴ 英文原文稱為“Actuarial Relevance”, *See id.* at 23.

¹⁶⁵ Mossialos & Thomson, *supra* note 131, at 116.

¹⁶⁶ Genetics and Insurance Committee, Sixth Report from January 2007 to December 2007 at 5 (April 2008), *available at* http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/DH_084687 (last visited: 2009.03.19).

¹⁶⁷ Human Genetics Commission, HGC statement on private genetic testing services, Nov. 23, 2007, *available at* <http://www.hgc.gov.uk/Client/Content.asp?ContentId=793> (last visited: 2009.03.19).

同本節所述，不論是採取立法上的規範或保險人的自我約束，其方式多以折衷隱私權及反歧視模式作為基礎，即規定在一定保險金額以下的特定人身保險，限制保險人在核保上使用基因資訊，以確保人民可以在保險市場上獲得基本的保險保障。我國對於人民的健康保障的提供，與歐洲國家較為相似，即以社會保險之方式提供人民基本的健康保險，故歐洲國家對於基因資訊使用的規範，實值得作為我國相關立法上的參考。

陸、結論——我國可採取的方向

隨著人類在遺傳醫學上的發展與進步，基因科技也將帶給人類對於疾病的預防及治療有著更大的進步及改善。然而，基因科技在遺傳醫學帶來了好處，也引發了其他社會領域的利益衝突，如在僱佣及保險方面藉由基因資訊，來對受僱人及被保險人為相關的差別待遇等。雖然很多論者，以保障個人隱私權為出發，認為應對相關的基因歧視為禁止的立法管制。然而，各個領域根據基因資訊為差別待遇，可能有其合理性，如保險人基於對價平衡及被保險人間的精算公平等原則而對帶有基因缺陷之被保險人要求較高的保費即為一例，故不宜預設立場認為有基因缺陷之帶因者應優先受到保護。實則，為使社會各方成員都能達到共識，應抱持著公開透明溝通的態度，以求相關立法能夠符合社會發展的需要。

本文基於以上理念為基礎，從學理及各國制度為探討，希冀能藉此提出相關建議，作為我國日後相關立法之參考。

一、我國現況

我國目前並無相關立法，對於基因檢驗及基因資訊的使用為專門的規範；而在保險業方面，除以往即會要求被保險人提供家族病

史等健康資料外，並無保險人要求被保險人為基因檢驗或提供基因資訊，以作為保險核保之依據。有論者認為¹⁶⁸，基因資訊屬個人資訊，應受到憲法地位之隱私權的保障，在目前無專法之狀況下，可引用「電腦處理個人資料保護法」或將之規定於目前正在立法院審議中的「個人資料保護法」修正草案，以受到相關的保護。

然而，無論依目前現有的「電腦處理個人資料保護法」，抑或由行政院提出之「個人資訊保護法」修正草案，雖然後者於修正條文第二條即明文定義基因資料為個人資料之一種，然而其僅規範個人資訊在被不當蒐集、處理及利用時，給予當事人相關之保護。但是，對於其他事項，如被保險人投保何種保險時，保險人得使用基因資訊為核保；保險人可否要求被保險人為基因檢驗等問題，均未為規範。故，單以「電腦處理個人資料保護法」或修正後的「個人資料保護法」來作為基因資訊的使用及基因歧視在保險方面的立法規範，顯然不足。

二、建議方向

在我國，基於憲法上規定對於人民的照顧，國家有立法辦理相關社會保險，如全民健康保險、公教人員保險、勞工保險、農民保險及軍人保險等照顧人民基本生活之社會福利制度的義務¹⁶⁹，故關於基因資訊在商業保險上的使用，相較於美國，應採取更開放的角度；亦即基於對價平衡及被保險人精算公平等保險原理，原則上應允許保險人採用基因資訊作為核保的依據。然而，提供全民基本健康保障和全民最有相關的全民健康保險，自一九九五年開辦以

¹⁶⁸ 李昂杰，基因資訊與個人隱私權保護——以我國電腦處理個人資料保護法為中心，科技法律透析，16卷4期，頁45-61，2004年4月。

¹⁶⁹ 施文森，同註6，頁642。

來，因營運管理不當已陷入財務危機；而人民對於商業保險的依賴，勢必越來越重。而歐洲主要國家和我國相同，多有提供人民基本健康保障的社會保險立法，故其等之法律規範及因應對策，似值得為我國未來立法之借鏡。基於我國目前並無專法規範基因資訊在保險方面的使用，本文綜合各國制度，提出以下建議，以供立法者未來之參考。

(一)應明文在相關社會保險，如全民健康保險、勞工保險、農民保險及軍人保險等照顧人民基本生活之社會福利制度，禁止保險人要求被保險人進行基因檢驗及禁止保險人使用基因資訊為保險上的基因歧視。縱使該基因資訊為被保險人主動提供者，亦同。

(二)對於一定保險額度以下的商業健康保險、傷害保險、失能保險、年金保險及人壽保險，禁止保險人要求被保險人進行基因檢驗及禁止保險人使用基因資訊為保險資格之判斷、拒保、提高保費或增加除外條款等保險上的基因歧視作為。縱使該基因資訊為被保險人主動提供者，亦同。

(三)政府應公布合格的基因檢驗機構¹⁷⁰，保險人如依法得要求被保險人進行基因檢驗，除應自行負擔該基因檢驗費用外，並限於要求被保險人於政府公布合格的基因檢驗機構進行檢驗。若為非政府公布合格的基因檢驗機構所出具之基因檢驗結果或基因資訊，保險人不得採為核保之依據或作為精算統計之資料。

¹⁷⁰ 基因檢驗需要有相當成熟的科技，且檢驗結果的判定需有專業的遺傳學知識與相關疾病的臨床經驗的人員，故宜由政府機關來對合格的檢驗機構作認證，以確保檢驗結果之正確性。不然，如日前新聞報導，因檢驗所因技術上、作業程序上發生疏失，導致檢驗結果不正確，所引發的後果，對受檢驗人、家庭及整個社會的影響不可謂不大。參閱民視網路新聞，DNA驗錯李冠儀弟媳被誤外遇，2008年10月28日，<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/081027/11/18dru.html>，最後瀏覽日：2008年10月29日。

(四)政府應依當代基因科學技術及精算統計之合理數據，訂出得作為保險目的之基因檢驗項目。基因檢驗機構，為保險之目的為基因檢驗，僅能就政府公布之項目為檢驗，並僅得將該等項目的檢驗結果，提供予保險人。

(五)保險人依法得要求被保險人為基因檢驗時，應在保險人前往其指定之基因檢驗機構前，告知基因檢驗的目的及相關訊息。而基因檢驗機構在為被保險人進行基因檢驗前，亦應對於基因檢驗相關項目及目的為詳實之說明。

(六)基因檢驗機構若在進行基因檢驗後而在將基因檢驗結果送交保險人前，若被保險人有要求自行負擔基因檢驗費用而請求不得將基因檢驗結果送交保險人者，基因檢驗機構應遵循被保險人之請求為之。

(七)保險人及基因檢驗機構，在未經法律之許可或經被保險人告知後同意下，不得向第三人揭露被保險人之基因資訊。

(八)保險人若違反法律之規定要求被保險人提供基因資訊或要求被保險人做基因檢驗、採用非政府公布合格的基因檢驗機構所出具之基因檢驗結果的基因資訊作為核保之依據，此時保險人之濫用行為，已違反最大善意原則中的據實說明義務¹⁷¹。其違反具有以下效果，即在民事上應給予被保險人損害賠償請求權¹⁷²；並在行政

¹⁷¹ 事實上，源自於最大善意原則的據實說明義務不僅被保險人對於保險人負有此義務；相對地，保險人對於被保險亦有此義務。中文請參閱汪信君，同註31，頁25-26；英文請參閱EGGERS ET AL., *supra* note 30, at 285-91.

¹⁷² 保險人違反法律之規定要求被保險人提供基因資訊或要求被保險人作基因檢驗、採用非政府公布合格的基因檢驗機構所出具之基因檢驗結果或基因資訊作為核保之依據，若被保險人拒絕提供該基因資訊或被保險人已提供該資訊，保險人並因此而拒絕承保或不當提高保險費，此時保險人已違反最大善意原則，應賦予被保險人損害賠償請求權。此所稱之損害賠償請求權，乃是基於保險人違反最大善意原則，而由日後所訂立規範基因資訊在保險上運

上，給予主管機關對於違反之保險人適當之行政裁罰權。

(九)基於基因科技發展變化之快速，宜同時在法律中設置定期重新檢討相關條款，否則屆期法律自動失效¹⁷³。

用之相關法律明文規定賦予被保險人損害賠償請求權。我國民法關於損害賠償之方法，原則上為回復原狀，故若在不考量該基因資訊保險人應為承保之意思表示，但卻基於該基因資訊而拒絕承保，此時被保險人之損害賠償請求權內涵即為請求保險人有為同意承保之義務；若因考量基因資訊而提高保險費，被保險人得請求被增加之保險費的返還。以最大善意契約作為請求權基礎之類似說明，請參閱李欽賢，論承諾前被保險人之死亡與人壽保險契約之成立——評最高法院六十九年台上字第三一五三號判例，月旦法學雜誌，72期，頁170，2001年5月。

¹⁷³ 何建志，同註2，頁40。

參考文獻

一、中 文

1. 江朝國，論我國保險法第六十四條據實說明義務之規定——以對價平衡之概念，載：保險法論文集(一)，頁137-169，1993。
2. 江朝國，保險法基礎理論，1995。
3. 何建志，基因資訊與保險：社會政策與法理分析，生物科技與法律研究通訊，14期，頁88-117，2002。
4. 何建志，基因檢驗與基因歧視：問題本質與解決方案，法律與生命科學雜誌，6期，頁23-44，2008。
5. 何建志、陳麗娟，瑞士聯邦人類基因檢驗法中譯，法律與生命科學，6期，頁45-57，2008。
6. 呂廣盛，從危險對價關係談住院醫療保險的核保與理賠，風險與保險雜誌，14期，頁34-40，2007。
7. 李昂杰，基因資訊與個人隱私權保護——以我國電腦處理個人資料保護法為中心，科技法律透析，16卷4期，頁43-62，2004。
8. 李崇億，基因資訊隱私保護法理與規範，台灣本土法學雜誌，91期，頁71-86，2007。
9. 李欽賢，論承諾前被保險人之死亡與人壽保險契約之成立——評最高法院六十九年台上字第三一五三號判例，月旦法學法學雜誌，72期，頁162-171，2001。
10. 李震山，基因資訊利用與資訊隱私權之保障，載：法治與現代行政法學，頁83-110，2004。
11. 汪信君，保險法告知義務之義務性質與不真正義務，國立臺灣大學法學論叢，36卷1期，頁1-51，2006。
12. 林子儀，基因資訊與基因隱私權——從保障隱私的觀點論基因資訊的利用與法的規制，載：當代公法新論(中)，頁693-726，2002。
13. 林勳發，保險契約效力論，1996。
14. 林勳發，保險法修正條文評述，政大法學評論，59期，頁343-388，1998。

15. 法治斌、董保城合著，憲法新論，3版，2005。
16. 施文森，論社會保險權益之性質，載：司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集，頁641-667，1998。
17. 陳明哲，基因資訊在保險核保應用上的規範與爭議，壽險季刊，130期，頁2-26，2003。
18. 曾淑瑜，論基因歧視，華岡法粹，39期，頁191-222，2007。
19. 焦興鎧，工作場所基因測試在美國所引起之勞動法爭議，經社法制論叢，40期，頁1-37，2007。
20. 黃清德，基因資訊的取得利用與隱私權保障，中央警察大學法學論集，9期，頁115-136，2004。
21. 葉啓洲，追溯保險之再檢討，載：保險法專題研究(一)，頁21-38，2007。
22. 雷文玟，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，5期，頁433-465，2000。
23. 劉宏恩，人群基因資料庫法制問題之研究——國際上發展與台灣現況之評析，律師雜誌，303期，頁71-93，2004。
24. 劉宗榮，新保險法，2007。
25. 劉靜怡，基因資訊規範議題淺析，律師雜誌，285期，頁75-90，2003。
26. 羅俊瑋，保險法上之據實說明義務與基因科技之發展（上），法令月刊，57卷9期，頁82-91，2006。
27. 羅俊瑋，保險法據實說明義務與基因科技之發展（下），法令月刊，57卷10期，頁77-90，2006。
28. 饒瑞正，保險法最大善意原則之辨正，月旦法學雜誌，89期，頁153-174，2002。
29. 饒瑞正，保險法先契約據實說明義務之再建構（上）——波希米亞的狂想，台灣本土法學雜誌，82期，頁19-58，2006。

二、外 文

1. BAKER, TOM, INSURANCE LAW AND POLICY – CASES, MATERIALS AND PROBLEMS (2003).

2. Colby, Jeremy A., *An Analysis of Genetic Discrimination Legislation Proposed by The 105 Congress*, 24 AM. J. L. & MED. (1998).
3. Crossley, Mary, *Discrimination Against the Unhealthy in Health Insurance*, 54 U. KAN. L. REV. (2005).
4. Egan, Lynn E., *Genetic Discrimination in Health Insurance*, 24 J. LEGIS. (1998).
5. EGGERS, PETER MACDONALD, PICKEN, SIMON & FOSS, PATRICK, *GOOD FAITH AND INSURANCE CONTRACT* (2d ed. 2004).
6. Gaulti, Chetan, *Genetic Antidiscrimination Laws in Health Insurance: A Misguided Solution*, 4 QUINNIPIAC HEALTH L.J. (2001).
7. Geetter, Jennifer S., *Coding for Change: The Power of the Human Genome to Transform the American Health Insurance System*, 28 AM. J. L. & MED. (2002).
8. Greeley, Henry T., *Genotype Discrimination: The Complex Case for Some Legislative Protection*, 149 U. PA. L. REV. (2001).
9. Green, Ronald M. & Thomas, A. Mathew, *DNA: Five Distinguishing Features for Policy Analysis*, 11 HARV. J. L. & TECH. (1998).
10. Hellman, Deborah, *What Makes Genetic Discrimination Exceptional?*, 29 AM. J. L. & MED. (2003).
11. Holmes, Eric Mills, *Solving the Insurance/Genetic Fair/Unfair Discrimination Dilemma in Light of the Human Genome Project*, 85 KY. L.J. (1996-97).
12. Hudson, Kathy L, Rothenburg, Karen H., Andrews, Lori B. Kahn, Mary Jo Ellis & Collins, Frances S., *Genetic Discrimination and Health Insurance: An Urgent Need for Reform*, 270 SCIENCE (1995).
13. Keefer, Christopher M., *Bridging the Gap between Life Insurance and Consumer in the Genetic Testing Era: The RF Proposal*, 74 IND. L.J. (1999).
14. Macey, Jonathan R. & Miller, Geoffrey P., *The McCarran-Ferguson Act of 1945: Reconceiving the Federal Role of Insurance Regulation*, 68 N.Y.U.L. REV. (1993).

15. Rich, Robert F. & Ziegler, Julian, *Genetic Discrimination in Health Insurance – Comprehensive Legal Solutions for a (not so) Special Problem?*, 2 IND. HEALTH L. REV. (2005).

The Justifiability of Underwriting Based on Genetic Information in Life Insurance

Chih-Feng Li*

Abstract

With the development of genetic technology, people are increasingly able to predict a human being's health condition and the possibility of contracting a disease based on genetic information. Insurance is considered as an instrument providing coverage to risks associated with the uncertainty on its occurrence and the unknown time of occurrence. With respect to life or health insurance, for the purpose of determining the insurability and premium, the insured is obliged to disclose all information deemed material to the judgment of the insured's future condition of health. However, genetic information involves the privacy of individual, family and race; moreover, current genetic testing cannot reach a high degree of accuracy; these factors lead to the question: Is it appropriate and justifiable for an insurer to employ genetic information as material for underwriting in life insurance.

By means of legal analysis and the concept of equal rights, this paper expresses the justification of the use of genetic information for

* Ph. D. Candidate Dept. of Risk Management and Insurance, National Chengchi University.

Received: December 8, 2008; accepted: July 14, 2009

underwriting in life insurance and presents different viewpoints to opponents of genetic information. In conclusion, it presents and analyses the legislative strategies of the United States and Europe for applying genetic information in underwriting; meanwhile, it extends legislative suggestions by modes of privacy and nondiscrimination. The author anticipates that these suggestions could be adopted as a reference resource when legislation for restricting genetic information in insurance is enacted.

Keywords: Life Insurance, Underwriting, Genetic Testing, Genetic Information, Genetic Defect, Genetic Discrimination, Adverse Selection, Utmost Good Faith, Risk Appraisal, and Duty of Disclosure