

# 誰的生命不及格 ——論胚胎基因篩選之倫理爭議與 法律問題

曾淑瑜\*

## 摘 要

英國醫界日前運用胚胎著床前基因篩選之技術，讓孕婦成功懷有不帶眼癌基因缺陷之寶寶，台大醫院在 2006 年 6 月 3 日亦發布其已發展出此一「胚胎基因篩選術」，將為患者「訂做」健康寶寶。未來諸如玻璃娃娃、海洋性貧血等單一基因缺陷也可望在「孕前」為基因篩選，訂做健康之下一代。因我國之人工生殖法草案延宕未決，相關基本原則及禁止規範付之闕如。一方面，就物種之生存而言，愈健康聰明者愈有生存競爭力，對於長期受不孕之苦，或者是帶有遺傳性疾病之家庭期望基因技術之發展能為其帶來一線生機無可厚非；但另一方面，胚胎基因篩選技術真如研究者所言準確率高，無安全性問題？又誰有資格決定那一個胚胎可以存活下來？依何種基準？此種代替上帝操作生死的事有無其法律上之界線？外國法例又是如何規範？凡此即是本論文要研究之重點。

關鍵字：遺傳基因篩選、基因診斷、生命倫理、生殖技術、遺傳諮詢

---

\* 中國文化大學法律學系暨法研所副教授。

投稿日：2006 年 12 月 22 日；採用日：2007 年 3 月 5 日

Cite as: 4 Tech. L. Rev. 65 (2007)

## **Whose Life Is Worthless ——The Ethic and Legal Issues of Preimplantation Genetic Diagnosis**

Shu-Yu Theng

### Abstract

Doctors applied the technology of preimplantation genetic diagnosis to help a woman have a health baby in England. In June 2006, National Taiwan University Hospital also announced it had developed such technology, which can produce health babies for parents. The special diseases such as Osteogenesis Imperfect, Thalassaemia—the genetic defects can be found before birth. There is no relative principle or guideline in our country. Because the health creatures have competitiveness, the said technology brings parents hope. However, is there any danger of such technology? Who has the right to decide which embryo is worthless? What kind of standard should it be followed? Is there any boundary in laws? What are the regulations in other countries? The questions above-mentioned are the points of the research.

**Keywords:** preimplantation genetic diagnosis, genetic test, biotic ethic, generate technology, genetic counseling

## 1. 前言

不讓各國遺傳基因技術領先專美於前<sup>1</sup>，台大醫院在 2006 年 6 月 3 日發布其已發展出「胚胎基因篩選術」，又稱「著床前診斷」（德 Präimplantationsdiagnostik, PID，英 Preimplantation Genetic Diagnosis, PGD），將為患者「訂做」健康寶寶<sup>2</sup>。「訂做寶寶」是以人工生殖術，先於體外作胚胎，再運用基因篩選技術，選擇性地將健康之胚胎植入母體子宮內。例如：某婦女因染色體異常，在受孕時胚胎有一半機會會早期流產，如未早期流產，則會形成唐氏兒，在孕期內篩檢出來還是要人工流產。此對求子心切之夫妻言，不但是長期心理、生理之煎熬，也是一種無奈之宿命。然而，在生殖技術高度發展下，胚胎基因篩選術為前開情形開啓了希望之門。換言之，不需要在懷孕 10 至 12 周時為產前基因診斷（唐氏兒篩檢、羊膜穿刺等），苦等診斷結果確認胎兒帶有基因缺陷，再依優生保健法之相關規定，施行人工流產。而是將「優生保健」之觀點提前至「孕前」，利用基因篩檢法確認健康胚胎後，再植入母體。此舉似乎較符合受術父母之期待，因為胚胎之廢棄與中止懷孕，前者在實質上並未對父母有衝擊。惟不容否認地，胚胎也是人的生命，當在生產線上發現瑕疵品，當然要挑出來銷毀，但什麼樣的生命是瑕疵品，沒有資格存活？什麼時後人變成生產線上之零件或商品？因我國之人工生殖法草案延宕數年，直至 2007 年 3 月 5 日始經立法院三讀通過，其

---

<sup>1</sup> 英國有位婦女為了確保小孩不會遺傳到她所罹患之「視網膜母細胞瘤」（眼癌），使用基因篩選技術懷了英國第一個「訂做寶寶」。英國更在 2006 年 5 月 11 日批准擴大胚胎基因篩選範圍（包括乳癌、卵巢癌、結腸癌等）。而六年前，美國明尼蘇達州一名六歲女童因罹患一種先天性骨髓疾病，找不到合適之骨髓移植，她的父母找醫師利用胚胎篩檢技術，訂做與其骨髓相容的弟弟（亞當），再以弟弟之臍帶血為其治病。亞當可以說是量身訂作的「特定捐贈者」，在做基因診斷時曾放棄了 14 個移植前胚胎之生命。

<sup>2</sup> 中國時報，第 A5 版，2006 年 6 月 4 日。

第 18 條雖規定：「醫療機構於受術妻懷孕後，應建議其接受例行之產前檢查並視需要建議受術妻接受產前遺傳診斷。」惟可惜的是有關胚胎基因篩檢之基本原則、限制及程序規範付之闕如（似僅有建議性質）。此種代替上帝操作生死的事有無其法律上之界限？外國法例又是如何規範？凡此即是本論文要研究之重點。

## 2. 胚胎基因篩選之爭議

### 2.1 遺傳基因診斷之種類

關於診斷遺傳基因之方式計有下列三種<sup>3</sup>：

#### 2.1.1 發病前之診斷（pre-symptomatic test）

是指抽出病患之 DNA，調查遺傳基因有無異常及其發病程度高低之診斷方式。可能在病患發病前就可能出現疾病之徵候或診斷出危險因子，大多直接檢查受檢者之身體，與一般之檢查不同，通常僅簡單地採取微量之樣本進行診斷，對受試者既無痛苦也無危險。有問題的是，這類檢測只能預測將來是否發病，並不能精確指出發病之確切年齡及嚴重程度，是以，為避免檢驗結果帶來之心理打擊或生活壓力，是否應於事前為充分之諮詢？按遺傳基因多樣性，如果只是診斷發病之危險，確認危險因子之存在，由於是否發病尚受到環境、生活習慣等因素影響，故關此問題見仁見智。至於與生殖醫療有關者為帶因者診斷（carrier test）。因帶因者同時帶有某基因之正常與不正常之形式，所以其本身多半不會發展出病徵，但其不正常基因可能遺傳給下一代，若夫妻雙方均為帶因者，下一代至少有四分之一的機會會得到該疾病，此類檢測通常提供給有生育計畫之夫妻，有時候醫師會建議其他血親也一起

---

<sup>3</sup> 山口齊昭，「遺傳子技術の展開と民事法」，法律時報，第 73 卷第 10 號，頁 28-29（2001）。

接受帶因者基因診斷，又稱爲「連帶診斷」（cascade testing）<sup>4</sup>。

### 2.1.2 著床前之診斷

是指檢查著床前受精卵、胚胎之遺傳基因有無異常的方式。其重點在篩選遺傳疾病基因之胚胎，以免該異常基因胚胎著床後日後難免遭受人工流產之命運。操作之步驟如下<sup>5</sup>：1.刺激排卵；2.取卵；3.體外受精；4.胚胎培養（主要是利用胚胎分裂至 6 至 10 個細胞期時，摘取 1 至 2 個細胞作切片檢查，做 DNA 分析；5.將檢查後證實無特殊遺傳基因之胚胎植入母親子宮；6.使用黃體素刺激子宮內膜增生以利胚胎著床。由於篩選之過程決定誰的生命不及格，且將日後可發展成爲胎兒之胚胎提前結束其生命，當然引發倫理爭議。

### 2.1.3 出生前之診斷（prenatal test）

或稱之爲產前遺傳診斷，是指受精卵、胚胎著床形成爲胎兒後，於胎兒出生前檢查其是否帶有遺傳疾病基因之診斷方式（如母血篩檢、羊膜穿刺、絨毛膜採樣、超音波診斷等）。如診斷出胎兒有遺傳疾病基因者，接下來就是是否進行人工流產之問題，此亦涉及倫理上之問題。

## 2.2 基因診斷之不安定性——「正確率」是神話

胚胎基因篩選術之方法有二：螢光原位雜交法（fluorescence in situ hybridization, FISH）與分子診斷法（Polymerase Chain Reaction, PCR），以篩檢染色體異常或基因缺陷之胚胎，將優生保健之工作從產前提前至「孕前」。前者是將細胞膜溶破，將細胞核固定在玻片上，再應用探針（Probe）進行 FISH 反應，再配合螢光顯微鏡照相儀，做最後診斷。臨床應用包括：1.染色

<sup>4</sup> 徐曠茹、張至寧、蔡甫昌，「基因檢測倫理（Genetic Testing Ethics）」，當代醫學，第 32 卷第 6 期，頁 477（2005）。

<sup>5</sup> 張靖梅、林獻鋒，「著床前胚胎遺傳診斷之臨床應用與倫理爭議」，醫護科技學刊，第 6 卷第 2 期，頁 134-135（2004）。

體套數異常，例如：唐氏症及性聯遺傳疾病。2.染色體構造異常，例如：染色體轉位。3.授精卵內粒腺體之分布。4.授精失敗後，卵中精蟲染色體型態之觀察。5.以核差別染色評估胚胎的等級<sup>6</sup>。而用於分子生物學診斷的技術包括雜交技術（南方墨漬法、北方墨漬法）、聚合連鎖反應技術、直接核酸定序法、人工限制切點法、限制片段長度多形性分析法等。一般受檢的檢體，可取周邊血液白血球、唾液的上皮細胞、病理組織的去氧核糖核酸（DNA）、核糖核酸（RNA）等來檢查。目前以分子診斷法篩檢遺傳基因者包括腎上腺腦白質退化症（Adrenoleukodystrophy, ALD）<sup>7</sup>、視網膜母細胞瘤、玻璃娃娃、神經纖維母細胞瘤、海洋性貧血、白化症、血友病、脊髓性肌肉萎縮症、BRCA1、BRCA2 基因導致之乳癌、HNPCC 基因導致之腸癌等<sup>8</sup>。使用 FISH 的優點在於用傳統分子生物學方法抽取腫瘤組織的 DNA 或 RNA 作南方或北方點墨法的時候，很難避免受到鄰近腫瘤組織的間質組織之干擾，會稀釋腫瘤組織所特有的 DNA 表現，而 FISH 可以避免這個問題<sup>9</sup>。由於在準確度上，偵測染色體異常之螢光原位雜交法高達九成九，篩檢單一基因基因異常之分子診斷法有八成多，兩方式均有進行<sup>10</sup>。

前揭檢測如果使用細胞量過少，在放大偵測過程容易造成誤差，使用細胞量如過多，這種「代行上帝職權」之正當性何在？如何解決其倫理爭議？更何況不論何種診斷方式之正確率僅為一種預測成數——「機率」，不代表通過篩檢之胚胎就未帶有遺傳基因，被剔除之胚胎也不等於將來孕育生產後

<sup>6</sup> 參閱 <http://www.ivftaiwan.com/FAQ/q35.htm>（最後點閱時間：2006 年 8 月 16 日）。

<sup>7</sup> 腎上腺腦白質退化症是一項罕見的遺傳性代謝異常疾病，主要是由於腦內覆蓋神經纖維的髓鞘（myelin sheath）流失及腎上腺退化所導致的進行性神經功能退化，進而一步步趨向死亡。

<sup>8</sup> 前揭註 2。

<sup>9</sup> [http://www.vghtpe.gov.tw/~tcfund/qa/2003\\_1226\\_1.htm](http://www.vghtpe.gov.tw/~tcfund/qa/2003_1226_1.htm)（最後點閱時間：2006 年 8 月 16 日）。

<sup>10</sup> 前揭註 2。

不會發病<sup>11</sup>，因此，診斷結果反而會增加受術父母內心之壓力、自責、罪惡感；而且受術過程類似人工生殖，一次費用約須 10 幾萬元，增加經濟負擔。此外，目前醫界多以已向受術者說明而主張免除其責任，然而，醫師診斷結果之預測機率原本會影響受術者受術與否之決定，但一個僅具可能性之成數，又成數之高低究竟代表遺傳機率多少，或者是採取最高標準，只要有可能性即將可能有遺傳基因胚胎剔除，不無疑義。

## 2.3 醫師對基因診斷之說明義務——遺傳諮詢

透過基因診斷，我們可以知道自己有何遺傳性疾病基因，由於遺傳性疾病不一定會發病，事先告知有可能對病患本人（或其家屬）造成極大之衝擊，在「知」與「不知」之間如何拿捏，此為醫界之難題。因近年來醫病關係已擺脫父權關係，強調自主決定權，故醫師事先為充分且具體之說明（遺傳諮詢），可提供病患選擇之機會，畢竟基因診斷之準確率並非百分之百，在深思熟慮後之同意方可減少醫病糾紛及訟累。

### 2.3.1 醫師有否告知義務——「知」與「不知」之權利

基因診斷是藉由檢驗多項具有代表性之致病基因，預測可能罹患那些疾病。以往病人在父權式醫病關係下，被摒除在醫療決策外，知的權利不獲重視。爾來興起病人自主權運動，強調病人是醫療之主體，因此，醫師應該尊重病患知的權利，主動告知病人病情、可能之治療方案、各方案之治癒率、併發症、副作用等。即醫師有說明義務。惟遺傳性疾病不一定會發病，至今亦無治療方法，欲瞭解其遺傳機率往往須取得家族或親戚之基因診斷結

---

<sup>11</sup> 基因診斷本身有其界線：(1)基因檢查並不能夠達到完全而正確之檢查結果；(2)百分之百完全檢查出所有類型之變異基因尚屬不可能；(3)一個基因並非一定只有存在一種異常型態，其亦可能同時存在多種異常型態；(4)檢查結果充其量不過是種「推測」，而非「確定」。參閱黃三榮，「基因諮詢、基因檢查與基因診斷實務所涉法律問題」，*生物科技與法律研究通訊*，第 12 期，頁 28（2001）。

果，如此一來，醫師如善盡其說明義務，反而會造成家族之恐慌，甚至拒絕接受診斷。有時候知道的太多反而是「有害的認知」<sup>12</sup>。再者，在醫病關係中，醫師固然基於醫療契約忠實義務之要求，告知病人或其家屬，但對於非醫療契約主體之第三人並無此義務，在此場合，是否認為醫師有「不告知」之義務？

### 2.3.2 東京地裁平成 15 年 4 月 25 日判決<sup>13</sup>——醫師違反說明義務之案例

【事實概要】原告夫 A 妻 B，共產下三男分別為 C、D、E。平成 4 年生下 C 男後，翌年接受被告 F 中心 G 醫師診斷，告知 C 可能罹患 PM 病（Pelizaeus-Merzbacher），並一直接受診療。原告於平成 6 年打算再懷孕時詢問 G 醫師是否可行，G 醫師以原告家族並無與 C 相同症狀者，以交通事故之發生率為比方，謂以其經驗 C 之兄弟不可能罹患同一症狀，原告還要再質問，但 G 醫師拒絕回答，而曰保留到遺傳諮詢機會時再詳細說明，此前後說明時間不過五分鐘。在當時 PM 病診斷之可能性相當高，但原因不明確；且依當時醫學觀點，PM 病最大之原因為伴隨性劣性遺傳，遺傳基因異常者約佔 20%，與他伴隨性劣性遺傳相比，男性發病率較低，女性發病率較高，突然變異者亦多有所見。原告因相信 G 醫師所言，在後來產下次子都未經諮詢。結果平成 8 年生下健康之 D 男，平成 11 年生下 E 男，與 C 同樣診斷出罹患 PM 病。原告以被告 F 中心 G 醫師違反說明義務，請求損害賠償、對 E 之照顧費用、房屋改造費用、車子代步費用等共計 1 億 6,400 萬日圓。

【判決要旨】因無法證明關於照顧費用等不法行為之損害與醫師違反說明義務有法律上之因果關係，故關此部分不得請求。至於賠償部分則包括損

<sup>12</sup> 楊秀儀，「基因診斷——當智慧使不上力量的時候」，科學發展，第 378 期，頁 11（2004）。

<sup>13</sup> 和田幹彥，「判決をめぐる法的、醫學的、心理的諸問題」，法律時報，第 75 卷第 9 號，頁 67-68（2003）。



害賠償金額 1,600 萬日圓及律師費用之一部分 160 萬日圓，共 1,760 萬日圓元。

【理由】法院雖然認定醫師有違反說明義務之事實，但因 PM 病在當時尚難窺其全貌，對家屬或本人很難明確說明是否會遺傳給下一代子孫，醫師所為之說明，究竟是「不正確」之說明？還是因「認知錯誤」下之裁量說明？不無疑義，是以僅就原告一部損害賠償部分判決勝訴。

【評析】本判決很明顯的為美國所謂「wrongful birth」訴訟類型<sup>14</sup>——因醫師之不法行為致產下障礙兒的法律責任。在 21 世紀之今天，醫病關係是以病人之自主決定權為中心，既然產前遺傳諮詢有關基因診斷之準確率會影響患者之決定——「生」或「不生」，則本案 G 醫師應聽取相關醫療資訊，如調閱必要之病歷、確認家族病史、詢問三代家族發病情形等。並應將最新正確之資訊傳達給家屬知悉，例如：PM 病之遺傳形式、下一代產下 PM 病之比率等，透過出生前診斷提供病人充分選擇之情報<sup>15</sup>。此即為事前遺傳諮詢之重要，此其一。其次，為提供病患或家屬正確之情報，應將「科學的知」轉換為「生活的知」<sup>16</sup>，蓋無法期待一般人民具有與醫學專家相等之知識，此其二。

### 2.3.3 遺傳諮詢之必要性

有鑑於遺傳諮詢之必要性，且體認應設置專業遺傳諮詢員協助說明（醫師看診時間有限），並加強病患之心理建設，美國首先即由非醫師、修士擔任遺傳諮詢員，在大醫院之出生前診斷中心，除了對遺傳性疾病或先天異常

<sup>14</sup> 和田幹彥，「判決の位置づけ、評價と遺傳カウンセリングへの提言」，法律時報，第 75 卷第 9 號，頁 80（2003）。

<sup>15</sup> 田村智英子，「遺傳カウンセリングとは——十分な遺傳カウンセリングが提供されていたら」，法律時報，第 75 卷第 9 號，頁 77（2003）。

<sup>16</sup> 武藤香織，「『確率』を引き受けるための支援——『生活上の知』から」，法律時報，第 75 卷第 9 號，頁 72（2003）。

者，聽取病患或其家族之病歷、病史，提供醫學情報、心理社會支援或介紹當事人團體、情報資源等外，還分析遺傳基因診斷或出生前診斷選擇方式之優缺點，因人而異其遺傳諮詢，且為相關心理教育<sup>17</sup>。在美國前開遺傳諮詢員並未取代醫師之說明任務，但因遺傳諮詢之特性，近年來投入了不少心理教育方面之生力軍。在日本遺傳諮詢通常是由遺傳基因診療部或診療該遺傳疾病之專科部門之臨床遺傳專科醫師擔任，近年來亦強化心理社會之支援部分，增加看護師、臨床心理師等非醫師之專業人員的設置，但至今尚未建立非醫師之遺傳諮詢員資格制度。為了貫徹病患自主決定權，並於事先充分提供資訊，以緩和醫療人員之責任，我國似應檢討將遺傳基因診斷（著床前診斷、出生前診斷）諮詢員制度化。

### 3. 生殖技術與女性之生殖權

不少人認為生殖技術之發展與女性主義之興起有密不可分之關係，故均以「女性之生殖權」為生殖技術倫理爭議之正當性理由，主張依憲法增修條文第 10 條第 6 項規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」及優生保健法第 9 條人工流產之要件，婦女有生育決定權及人工流產（墮胎）自主權二項基本權。申言之，除非該婦女不願意受孕生子，否則國家應保障並協助其生育子女，倘若其無法依自然方式正常受孕，自希望藉由生殖技術幫助其達到目的，例如：人工受精、代理孕母或胚胎基因篩選技術等；又如果受孕之狀況非為婦女所期待，或危及婦女之身體、健康或生活等，其亦可選擇中止懷孕。然而，生育之事非一人單獨可完成，胚胎、胎兒將來是具有獨立人格之個體、家族血脈之繁衍、社會對新生命之期待，難道都不需要保護嗎？又要如何兼顧各項權利，將侵害降到最低？以下將依序說明之。

---

<sup>17</sup> 田村智英子，前揭註 15，頁 76。

### 3.1 醫療技術之發展

所謂「生殖」，包括生育及繁殖在內。生物之生殖是繁衍物種最不可或缺之方法，當自然生殖遭到阻礙，物種之個數減少，其在地球上存續之情形無形中也跟著降低，甚至有絕種之危機。是以，科學便嘗試使用人工之方法協助物種之生殖，以達生物多樣性的平衡狀態。一旦人類自然生殖出現相同情形，基於每個人都有繁衍子孫、壯大家族強烈之念頭，在 20 世紀中葉，為協助不孕夫婦，便開啓了生殖輔助醫療技術之大門。1978 年英國開始為體外受精（IVF in vitro fertilization，意指在容器內受精）之試驗，嘗試從事配偶間人工受精（artificial insemination with husband's semen AIH）及非配偶間之人工受精（artificial insemination with donor's semen AID），前者問題較少，後者不但有道德及倫理上之爭議<sup>18</sup>，又父母子女法律關係之定位才是非難之焦點。蓋以人工技術介入生殖，在當時不但有許多未知之領域且具不確定性，再者，生殖輔助醫療技術與其他醫療行為性質上顯有不同，欠缺重大性及緊急性，再怎麼說是否能生育與人類之生死自無法相比，故生殖醫療技術是在「懷疑」、「批判」與「期待」、「默許」之糾葛下尋求發展。陸陸續續如 XY 精蟲篩選法、以羊膜穿刺為先天異常胎兒診斷、胚胎及精、卵冷凍保存，直至今日之胚胎基因篩選技術為著床前診斷均屬之。可惜的是，在「雙面刃」之因素下，法律反而形成觀望之現象<sup>19</sup>。

---

<sup>18</sup> 例如：(1)生殖輔助醫療技術其本身之倫理妥當性；(2)在生殖輔助醫療技術之進步下，成為操作對象之胚胎，其究竟居於何種地位；(3)實施生殖輔助醫療之設施或援助上之經濟問題；(4)實施各個生殖輔助醫療行為之要件，及因此所產下之人是否有知之權利；(5)可否代理孕母；(6)精子、卵子、受精卵可否買賣、代理孕母是否有償，此為商業化之問題。

<sup>19</sup> 我國因尚未凝聚國民共識，人工生殖法草案遲遲未完成立法，而人工協助生殖技術管理辦法為行政命令，不具強制性，無法有效限制並管理生殖輔助醫療。參閱曾淑瑜，生命科學與法規範之調和，頁 264-265（2003）。

### 3.2 生殖技術之利用——自己決定權

早期認為生殖技術之問題為婦女生殖權之自主問題，尊重其自己決定權。尤其在生殖技術革新後，婦女主張此為其脫離「生產機器」<sup>20</sup>、「生育奴隸」而獲得解放，成為得選擇、支配及維持其身體之獨立個體。支持者認為生殖屬於私領域之範疇，應開放由個人選擇。所謂權利，分為強制權、他動性之權利及非強制權、自動性之權利。為取得前者之權利，須有社會上其他人之協助，後者只要在他人默認，並且未妨害他人權利下即能取得。因社會或他人對婦女之生殖無積極協助之義務，自屬於非強制性之權利，為婦女私領域內得自己決定之事項。反對論者認為是否發展新的生殖技術為國家准否之權限，已介入私密關係，基於1.生殖技術有賴於醫師之協助，而醫師之職業只能由國家獨佔性的、許可制的授與執照，故國家對於醫師之行爲負有最終之責任；2.生殖之本質不論是治療主體，或者是權利主體，不僅僅只有女性而已，其他人如夫、精子或卵之提供者、代理孕母、胎兒，甚至是將來產下之子女，均有密切之利害關係，而國家有調和其權利之責任；3.在生殖領域內雖受術者為個人，但該當技術已衝擊一個國家、社會及國民之感情道德等三點理由，不管是否為婦女之意願或生命之價值，均應回歸至國家既存法律規範之<sup>21</sup>。更何況現代社會為資本主義社會，每個人均為社會勞動資本之一環，即使是無勞動力之兒童、高齡老人、智障者，在社會上居於純需求者之地位，均不可否認其人格，那居於每個人生命之始的胚胎、胎兒，又是以何種理由否定其人格存在？此外，胚胎或胎兒是孕育人類生命必要不可缺之行爲主體，當處於植物人狀態之人亦被認為屬權利主體時，自不能忽略胚

<sup>20</sup> 在生殖技術發展下，婦女是否已不再是「生產機器」，事實上不盡然，在生殖輔助醫療操作生命下，婦女以人工生殖方法生育不但須花費比自然生產還要多的時間、金錢及身體、心理上之煎熬，而且安全性、不確定性之顧慮是抹不去之壓力，終局結果仍不過是以身體配合科技遂行生育的目的。

<sup>21</sup> 盛永審一郎，「『生殖醫學』と『生命倫理』——解き放たれたプロメテウス」，長島隆、盛永審一郎編，生殖醫學と生命倫理，頁 14、15（2001）。

胎或胎兒亦是權利之主體。母子關係之形成一方面雖然是因女性身體、生理構造特殊性之事實，但另一方面言，親子關係、權利或法律對象關係之形成乃是基於社會之承認，存在於複數主體間，否定其他主體之權利，主張自己之權利有優先權之理由安在？簡言之，本文雖然同意婦女有自己決定權，但在現代社會不承認任何人有直接支配他人之權利，更不能以「女性之權利」的主張作為否認胚胎或胎兒人格之立論根據<sup>22</sup>。並不是否認女性之權利，而是不否認每個人生存為人之倫理價值。

### 3.3 受術過程之衝擊與安全性問題

胚胎基因篩選術目前仍有失誤，有的父母在實施該技術後，還是發現異常，須施行人工流產。又在實施此技術之過程，荷爾蒙治療可能損及婦女之健康，而從胚胎取走 1 至 2 個幹細胞，胚胎雖然可以繼續發展，卻可能受到損害。由於此技術必須與體外受精一併實施，一次費用約為新台幣 10 萬元，並非一般大眾所能負擔，且整個測試通常需要進行兩次，如果要測試 1 個以上基因變異，則需要測試 8 次以上，因此，對受術婦女會造成極大身體不適與心理負擔。此外，篩選後未成功挑出健康胚胎，對受術婦女之自尊、自我價值亦有極大傷害，通常除了其個人情緒上之抗議、哀傷、愁苦，與社會接觸相對地退縮，恐懼面對下一次檢測的結果，看見其他孕婦也會觸景傷情，甚至夫妻關係疏離。即使篩選出健康胚胎植入子宮，順利地生產，又怕生下不健康的寶寶；或者是直到懷孕中期，經診斷胎兒可能有異常現象，又要面臨內心對胎兒生命之不捨或選擇中止懷孕之掙扎，此均為選擇生殖自由所需面對之問題。

---

<sup>22</sup> 在「生命至上主義」下，無條件地承認每個生命之平等價值，女性之權利無法超越他人之生命而轉換為自己之權利。

### 3.4 胚胎之人性尊嚴

關於胚胎得否主張人性尊嚴之保護的問題，持肯定說者認為從生命平等性之點來看，人類受精卵、胚胎、胎兒，甚至將來出生之人類，均為生命之階段，其保護並無差異，如此始不違反憲法上之平等原則。換言之，從受精一瞬間開始即屬有人格權之生命，即使是體外受精亦不例外，強調生命具有連續性<sup>23</sup>。根據德國之通說，人性尊嚴之保障是絕對的，不可與其他法益秤斤論兩為利益衡量，因而也就不可能為了幹細胞研究之利益，或者是為治療之目的，而犧牲「胚胎之生命與尊嚴」。本說雖藉由連續性之論證賦予胚胎絕對保護之地位，但其無法充分說明為何人類須滿 20 歲始有完全行為能力，也對兒童無投票權或被選舉人資格無法以連續性來論斷。由此可見，即使受精卵、胚胎將來可能發展成胎兒或出生，其過程看起來是連續性，但其間在法秩序仍有差異。因此，有學者即認為胚胎之尊嚴僅受到相對之保護<sup>24</sup>。

### 3.5 社會的合意

既然不容否認胚胎有人性尊嚴，為什麼各國仍然在科學技術尚不安定之情況下繼續研究生殖輔助醫療技術？甚至為了篩選健康之胚胎植入母體，而淘汰不及格之胚胎？究其主因乃是在「社會的合意」下，政府僅採取相對性的胚胎保護政策之故。尤其是在高齡少子化之國家，期藉由早期診斷或早期治療尋求解決遺傳疾病之問題。又伴隨著新藥或醫療技術之開發，無不期待「再生醫療」減少死亡率，增加生育率。所謂「社會的合意」<sup>25</sup>，依日本學

<sup>23</sup> 德國聯邦憲法法院 1975 年及 1993 年之判決。參閱曾淑瑜，前揭註 19，頁 12。關於受精卵、胚胎及胎兒之法律地位及其保護，詳見作者「生命科學與法規範之調和」一書第 3 章，此不再贅述。

<sup>24</sup> 陳英鈺，「胚胎植入前基因檢測的憲法問題」，生物科技與法律研究通訊，第 14 期，頁 84、85（2002）。

<sup>25</sup> 日本學者所稱「社會的合意」，是指社會普遍性地存在著信賴醫師或醫療之一種自然形成之容認，雖然無法客觀地證明其存在，惟只要以此「社會的合意」為基準，

者町野朔之意見為：「爲了發展生命科學或先端醫療，有必要爲『社會的合意』。所謂『社會的合意』，即爲『社會的理解』，胚胎基因或 ES 細胞（即胚胎幹細胞 Embryonic Stem Cell）之研究爲社會之問題，爲進行前開研究，首先，必須將資訊充分公開，再經國會、行政院各機關審議，透過公聽會，大家集思廣義互相討論之方式達成公民合意。其結果當然不需要眾人意見完全一致，只要在大體上有共識即可，不同意之人亦有將其意見提出討論之機會。在各式各樣倫理共存之前提上，進行民主主義之政策決定。此所稱『社會的合意』，即是一連串『正當程序』之過程。」蓋生命倫理之問題，不僅僅是技術性地檢討或評價，究竟生命是什麼？如何生？如何死？關此問題均可從個人道德判斷之觀點爲深入地探討，只有國會或專家之討論是不夠的，至少要聽聽及尊重一般人之意思或判斷。原則上形成社會合意之程序如下：1.須先向形成政策主體之國民各階層提供相關資訊；2.國民各階層進行「社會學習（認識形成）」；3.國民各階層「表明意思」。應注意的是，前開程序中，提供正確資訊乃是形成社會合意之前提，當公開資訊時，不能只提供研究成果等「好消息」，不好之消息——「不利之資訊」均應公開揭示<sup>26</sup>。

由以上說明得知，胚胎基因檢測之實施並非以婦女之自由決定權爲依據，也非毫不保障胚胎之人性尊嚴，而是在社會的合意下，建置有共識之生殖輔助醫療應遵守之指導原則。

---

自可實施生殖醫療技術。然而，所謂「社會的合意」究竟是應有國民 60%之合意？還是 70%之合意？又即使有前開成數之合意，仍有 40%、30%國民不承認，如何說明社會上普遍地存在此合意呢？前揭「社會的合意」看似與我國近日所進行之「公民會議」之精神相同，但其實日本學者所強調的是人民對醫療技術之信賴及程序之正當性。尤其是日本政府亦強調，科學家應窮盡一切努力提升人工生殖技術以解決日本少子化現象。

<sup>26</sup> 菱山豐，「生命倫理ハンドブック生命科學の倫理的、法的、社會的問題」，頁 38-39，42-43（2003）。

## 4. 遺傳基因醫療（技術）之界限

### 4.1 倫理上之界限

#### 4.1.1 生命誕生之介入

胚胎基因篩選介入人類生命誕生所引發之問題不外下列幾點：

##### 4.1.1.1 適者生存，不適者淘汰

由於生殖技術之高度發展，使得人類可以在新生命孕育出生前使用人為之方式評鑑其優劣，首先，著床前為遺傳基因篩選，再選擇無遺傳缺陷基因之胚胎植入母親之子宮；其次，倘若在懷孕期間經產前診斷發現有不適生存之胎兒，母親可依優生保健法之規定，選擇人工流產。此種操作人類生命之技術已顛覆數年來人類生命之價值。

##### 4.1.1.2 優生學之選擇

更進一步言，為人父母者總是希望自己之子女比他人優秀，那在著床前基因診斷過程中是否可先篩選出優秀遺傳基因，例如：美貌、智慧、才能等。甚至於伴隨基因技術發達，少子化之社會當然要挑選最優秀之人種，故為基因改良或嵌合二種以上不同遺傳基因創造出特異人種。除此之外，為避免重大犯罪有遺傳傾向，建置重大犯罪者遺傳基因資料庫，淘汰「生來犯罪人」。某些職業或保險公司對求職者或要保人亦要求先接受基因檢測，以挑選出符合該行業需求之人才或作為承保與否之參考。以上種種雖然現在尚未發生，但鑑於人類尊嚴之保障，歐洲會議已事先提案希望歐盟各國應立法禁止之<sup>27</sup>。

##### 4.1.1.3 生男生女之選擇

對亞洲人而言，生育兒子其實是宗族香火之延續，如果可以在事先即透過基因篩選技術植入染色體為 XY 之胚胎，此是在優生考量外另一重要議

---

<sup>27</sup> 大谷實，醫療行為と法，頁 289-292（2004）。



題。有謂此乃屬父母在受術前之自己決定權，未危及他人之權利，倫理非難性低，不應納入法律問題討論。惟性別從宗教之生命觀來看，乃為上天的決定，以人為方式操作男女性別，可能會使世界上之男女比例不協調。倘若從一國或全世界之人口政策言，似不宜鼓勵之，故雖然以法律禁止使用基因篩選方式選擇生男生女之根據稍嫌薄弱，但非謂無理由。

#### 4.1.2 倫理爭議

自從在臨床上應用 PGD 後，各方爭議即不斷。例如：1995 年世界衛生組織（WHO）「有關遺傳醫學倫理諸問題及提供遺傳服務指南」（Guidelines on Ethical Issues in Medical Genetics and the Provision of Genetics Services）中即反對此方法，因此方法採體外受精模式，不但對受術者經濟負擔重，亦無法保證會順利生產，產下健康子女之可能性仍低，胚胎身分有問題等等。又因德國已在 1990 年通過「胚胎保護法」<sup>28</sup>，可處最長五年之自由刑，致研究者裹足不前，致 90 年代後半德國學術振興會有感於德國關於生殖醫療之研究比外國遲緩，大聲疾呼修正「胚胎保護法」；另一方面，天主教會宗教團體亦表明不再堅拒 PGD 之態度，而主張應區別「何者當為」及「何者禁止」，「那個孩子值得生存，值得憐愛」。其理由為「人類是由數以萬計之基因所組合而成，自然界中由基因組合的不只是人類，人類尚是歷史之產物，具有人格者。」2000 年 2 月德國醫師會提出「PGD 指南討論議案」，經 2001 年 3 月德國議會之「問卷調查委員會：現代醫學之法律與倫理」（提案生殖醫療法案最重要之委員會）作出結論——PGD 與「胚胎保護法」不同；惟基於「胚胎保護法」之規定，嚴格限制只有對尚未分裂為 8 個細胞之全能胚進行 PGD（蓋 PGD 只不過是出生前診斷技術之發展，將診斷之方法提前）。因涉及倫理爭議，德國各界對前開結論依然見仁見智，爭論

---

<sup>28</sup> 曾淑瑜，前揭註 19，頁 72 以下。

不休，以下茲將贊成及反對二方對立意見分別詳論之<sup>29</sup>。

#### 4.1.2.1 贊成之意見

1. 健康之子女是雙親之願望，最終也是社會之肯定（sittliche Qualität）。蓋依現代社會大多數人之價值判斷，「生病」＝「不幸」、「健康」＝「幸福」，「健康」＝「幸福」為懷抱身體至上主義、健康至上主義、幸福至上主義現代人之計算公式；而就身體之價值觀言，「具有變異遺傳基因就代表不幸」，為了滿足生存之願望，「希望擁有健康之小孩」、「最健康的下一代」自然是重視幸福之現代社會人類之理想。具有嚴重障礙遺傳基因之小孩，不但人生充滿痛苦，也懷疑自己究竟是否應繼續痛苦地活著。

2. 中止懷孕對婦女之心理、身體都是一種負荷，胚胎之篩選及淘汰對婦女之負擔遠不如前者。此外，法律如果尊重懷胎婦女之利益，容許其實施人工流產，則女性之利益與胚胎權相衝突下，實施 PGD 自屬人工流產正當化之理由，尤其假設考量母親心理的、精神的、身體的狀態，篩選胚胎畢竟危害性較中止懷孕為輕。

3. 只要遵守下列規定，不但醫師實施 PGD 後胚胎大都不會保留遺傳性障礙，且可降低爭議性。

(1) 依法律之規定，委員會應明確禁止對非全能胚實施 PGD。

(2) 診斷方法應由立法者特別限制之。

(3) 實施 PGD 之前提：

① 應證明受術夫婦是否有遺傳基因或染色體上之危險，並調查其危害之質與量，例如：疾病之嚴重性、治療之可能性、發病之經過等。

② 經為 PGD 諮詢後，受術夫妻懷孕確實有產下遺傳基因子女之可能性。

③ 須經受術夫妻之同意。

---

<sup>29</sup> 盛永審一郎，「著床前診斷に對する倫理的視座——ドイツの議論を通じて」，長島隆、盛永審一郎編，生殖醫學と生命倫理，頁 76 以下（2001）。

(4)委員會須確認下列事項：

①受術夫婦實施 PGD 後如果仍有可能產下嚴重疾病之子女，而受術夫妻仍同意為之者，只要該過程均遵守法律規定，應予以支持。

②禁止以優生學為目的實施 PGD。

③使用之方法如果法律無規定，而倫理上容許者，則不予限制。

4.按幸福追求權亦屬憲法所保障之基本人權。且個人之幸福追求權往往須利用科學技術之恩惠，但此並非絕對，憲法原則上只有在「違反公共福祉」及「危害他人安全」時始得加以排除，因「他人」究竟是誰？未來之子孫？抑是指社會？如謂生殖係屬夫妻二人私密領域，那生子就是其二人之權利。

5.即使不贊成 PGD，懷孕亦僅是試驗過程之一，因帶有遺傳基因胚胎終究難逃一死，為避免前開情形，只有引進 PGD 才可以解決。

#### 4.1.2.2 反對之意見

1.認為人之生命具有不可侵犯性。按受精卵不論著床與否，已具人類生命身分，而 PGD 提早結束人類之生命。又為了診斷之目的，從尚未分裂為 8 個細胞之胚胎取出 1 個細胞，會致使胚胎置入子宮之成功率降低。

2.從「人類尊嚴」之觀點，如胚胎只為了診斷而產生，胚胎之產生將有道具化之疑慮。

3.從「生命之權利」的觀點（個人之尊嚴原理、生命之尊重及個人之權利），哪一個生命值得存活？哪一個生命不值得？選擇生命之基準何在？

4.從「堤防潰決理論」——優生學之觀點言，所謂堤防潰決理論，就是一旦承認 PGD，雙親希望生下健康小孩之欲望會更加深，且期待醫學能給予保障。因此，可能承認「治療上之複製」，結果即打開了「生殖上複製」之門。

5.從「雙親對障礙兒有差別待遇」之危險觀點言，雖然醫學提供產下健康小孩之技術，但不保障不會生下障礙兒，故一旦生下障礙兒，雙親對其態度丕變，連帶地其人權亦受到影響，當然社會將希望寄託在醫學技術上，反

而忽略了對身心障礙者之態度。換言之，PGD 只是診斷之方法，將診斷方法作為治療之目的，顯然本末倒置。

至於日本關於 PGD 之問題，早期均任由各研究團體採自主制約之模式，婦產科科學會於 1998 年 6 月提出限於嚴重遺傳性疾病病患，向該學會申請認可，經夫妻雙方同意即可進行 PGD 臨床應用。1999 年 1 月鹿兒島大學校內倫理委員會亦受理臨床應用之申請，申請者永田行博教授更主張「診斷與治療不同」是矛盾之論點，PGD 具有下列 2 個優點：1. 出生前診斷可避免選擇性中止懷孕；2. 對於想要結婚或懷孕之人，避免生下有遺傳性疾孩子女之可能乃一福音。是以，受精卵之篩選不等於選擇、淘汰人類，PGD 僅不過是在著床前篩選受精卵，與將懷孕後無法正常發育之胎兒流產沒有任何不同。又日本婦產科科學會明白反對生男生女之篩選，惟永田博士則不認為性別診斷是倫理爭議問題<sup>30</sup>。

## 4.2 法律上之界限

### 4.2.1 法國

法國乃採法律管制模式之典型<sup>31</sup>，甚至將有關涉及生命倫理之犯罪納入刑法中，故值得吾人參考。

#### 4.2.1.1 法國刑法典第 2 部「有關人的特徵遺傳學之研究或識別人類遺傳基因資訊對人所產生之侵害」<sup>32</sup>

例如：違反第 226-25 條「不正遺傳學之研究」、第 226-26 條「不正利用遺傳基因資訊」、第 226-27 條「不正識別研究遺傳基因資訊」、第 226-28 條「以遺傳基因資訊為其他識別研究」之規定，可處一年以下有期徒刑或

<sup>30</sup> 同前註，頁 71-72。

<sup>31</sup> 曾淑瑜，前揭註 19，頁 44。

<sup>32</sup> 規定在法國刑法第 2 部第 2 編「對人之侵害」第 6 章「對人格之侵害」第 6 節。島岡まな，「フランス刑法における生命倫理関連犯罪」，中谷瑾子先生傘壽祝賀，21 世紀における刑事規制のゆくえ，頁 299-318（2003）。

1 萬 5 千歐元以下罰金。又第 226-29 條規定處罰未遂犯、第 226-30 條規定法人之刑事責任等。此外，法國於 2000 年 6 月修正之保健醫療法典第 L.1131-1 條亦規定：「檢查人類遺傳特徵或識別人類遺傳資訊，除在司法程序範圍內進行外，以醫學或科學研究為目的者，須得當事人之同意。基於醫學目的為檢查或識別者，其同意須以書面為之。但以醫學目的所為之研究，基於本人之利益及在本人之信賴尊重下，得不經當事人之同意。在同樣之條件下，對基因遺傳資訊以醫學目的進行人的識別者，亦同。」

#### 4.2.1.2 法國刑法典第 5 部「有關生命倫理之犯罪」<sup>33</sup>

第 1 節「人種之保護」中，對於「為優生學挑選之措施」者，可處二十年以下有期徒刑。第 2 節「人體之保護」中，第 511-4 條「有償取得身體組織等」、第 511-5 條「未經許可擅自摘除身體組織等」、第 511-6 條「未經許可擅自採取配偶基因」、第 511-9 條「有償取得配偶基因」，可處五年以下有期徒刑或 7 萬 5 千歐元以下罰金；第 511-10 條「洩漏提供配偶基因之資訊」、第 511-11 條「採取未經檢查之配偶基因」、第 511-12 條「違法人工受精」、第 511-13 條「不正提供配偶基因」、第 511-14 條「未經許可採取配偶基因」，可處二年以下有期徒刑或 3 萬歐元以下罰金。第 3 節「人類胚胎之保護」中，第 511-15 條「有償取得胚胎」、第 511-16 條「不正取得胚胎」、第 511-17 條「基於工業商業目的為體外受精」、第 511-18「基於研究實驗目的為體外受精」、第 511-19 條「有關胚胎之研究實驗」，可處七年以下有期徒刑或 10 萬歐元以下罰金；第 511-20 條「未經許可為出生前診斷 (Diagnostique prénatal)」、第 511-21 條「違法著床前診斷」、第 511-22 條「未經許可之人工受精」、第 511-23 條「洩漏有關胚胎之資訊」，可處二年以下有期徒刑或 3 萬歐元以下罰金；第 511-24 條「基於違法目的為人工受

<sup>33</sup> 規定在法國新刑法典第 5 部第 1 編「有關保健醫療之犯罪」第 1 章「有關生命倫理之犯罪」，又分散規定於第 1 節「人種之保護」、第 2 節「人體之保護」及第 3 節「人類胚胎之保護」中。同前註，頁 301-302。

精」、第 511-25 條「移轉未經檢查之胚胎」，可處五年以下有期徒刑或 7 萬 5 千歐元以下罰金。第 511-26 條規定處罰未遂犯，第 511-28 條規定法人之刑事責任。

4.2.1.3 保健醫療法典與上述規定相關者<sup>34</sup>

1.第 L.1211-6 條：「基於治療目的取出人體組織，或採取人體之生成物者，須遵守包含傳染性疾病檢查之衛生安全規則。」

2.第 L.1242-1 條：「為摘取人類身體組織或細胞，須經行政機關許可，並於醫療院所內實施。前開許可期限為五年，五年屆至得再申請許可。」

3.第 L.1243-1 條：「法國移植學校如有需要，應經身體生成物衛生安全局（Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé）之許可，於公立醫療院所或非營利組織，為遺傳基因治療、細胞治療或以治療為目的之移植、保存、分配及轉讓之實施。前開許可期限為五年，五年屆至得再申請許可。」

4.第 L.1243-6 條第 1 項：「依第 L.1243-1 條規定須經許可之設施或機關，即使不為遺傳基因治療或細胞治療，只要對人體組織或細胞，以準備、保存、改良或治療為目的者，均應於事前經法國身體生成物衛生安全局之許可。」

5.第 L.1244-5 條第 1 項：「採取、處置、保存及轉讓配偶之基因，如符合行政機關之目的，只有在經許可之非營利性質之公立或私立之醫療機關及設施內，且遵照第 6 分冊第 1 部第 2 編第 1、2 章所規定之要件者始得實施之。從事前開行為之醫師不得請求支付報酬。」

6.第 L.2131-1 條：「出生前之診斷在醫療實務上，是以探知子宮內之胚胎或胎兒是否有重大疾病為目的。在此情形下，應由遺傳基因專門醫師進行諮詢。為確立出生前診斷中遺傳細胞學的、生物學的分析，實施診斷之公立醫療設施或生物醫學分析研究所應依本法典第 6 分冊第 1 部第 2 編第 2 章之

---

<sup>34</sup> 島岡まな，前掲註 32，頁 302-309。

規定樣式取得許可。本條許可之期限為五年，須經依第 L.2113-1 條設置之生殖及出生前診斷醫學及生物學國立委員會及依第 L.6121-9 條設置之保健、社會設施國立委員會之認證。生物醫學分析研究所依第 L.6211-4 條規定登錄者，與許可具有相同之效力。學際性出生前診斷中心（centre de diagnostique prénatal pluridisciplinaire）須設置於非營利之公立或私立醫療機關及設施內。」

7.第 L.2131-4 條：「對從試管內之胚胎所摘取出來之細胞為生物學之診斷，如符合下列要件，則例外地許可之：

——依第 L.2131-1 條規定，於學際性出生前診斷中心的醫師得證明依該夫妻家族之狀況，於診斷之時點有治癒不可能之特別重大遺傳疾病，生產前開遺傳疾病子女之危險性非常高。

——前開診斷，須於事前正確地判斷父母之一方有疾病之原因，又該遺傳性疾病為一個或數個。

——須取得夫妻雙方同意前開診斷之書面同意書。

——前開診斷除以探知、預防或治療該當遺傳疾病為目的外，不得為之。

——前開診斷，只能基於生殖及出生前診斷醫學及生物學國立委員會之意見，於許可之目的範圍內實施之。」

8.第 L.2141-2 條：「醫療對生殖之協助，必須在合乎夫妻之希望下進行之。因為病理學之性質在於經由醫學之診斷以修復不孕為目的，故須以避免子女罹患特別重大遺傳疾病為目的。受術夫妻須由一位男性及一位女性所組成，並證明其懷孕時是在可能生育之年限內、已婚、有兩年以上之共同生活，且於事前同意為胚胎移植或人工受精者。」

9.第 L.2141-4 條：「受術夫妻雙方於符合第 L.2141-5 條規定之要件時，例外地得同意將保存之胚胎讓與其他夫妻。受術夫妻一方死亡時，未死亡之另一方，於符合第 L.2141-5 條規定之要件者，是否得將保存之胚胎讓與其他夫妻，須視是否有生前書面同意。」

10.第 L.2141-5 條：「符合第 L.2141-2 條規定要件之夫妻，如須仰賴第三者之捐贈始得實施生殖輔助醫療者，則例外地得受讓胚胎。因不孕之原因須受讓胚胎之夫妻，不但須有書面同意，且應於事前由司法機關（法院）裁定之。捐贈者夫妻除應符合第 L.2141-5 條規定之要件外，法官尚應評價受術夫妻家庭的、教育的及心理的方面是否足以提供子女之需求，受術夫妻有接受一切調查之義務並證明其具有前開能力。受讓胚胎之夫妻或放棄胚胎之夫妻不得互相知悉對方之身分、家世；但為治療之必要，醫師得知悉有關放棄胚胎夫妻身分、家世以外之醫學資訊。放棄胚胎之夫妻在形式上無任何義務，但受讓胚胎之夫妻應遵守衛生上之安全規則；特別是有關傳染性疾病之檢查規則。」

11.第 L.2141-8 條：「禁止基於研究、實驗目的，於試管內進行人工受精人類胚胎，及對胚胎之研究。但受術夫妻（一位男性及一位女性）同意對該受精胚胎為研究者，則不在此限。前開同意應以書面為之。又前開研究只在醫學之目的下始得侵襲胚胎。前開研究必須依第 L.2131-1 條規定，於聽取委員會一致之意見後，依計畫進行。委員會應將每年實施此項研究之設施及其目的製表公告之。」

12.第 L.2142-1 條第 1、2、3 項：「生殖輔助醫療之診療行為，除人工受精外，應於醫療設施內實施之。生殖輔助醫療之生物學分析行為（*Activités biologiques*），得於公立醫療設施及醫學生物學分析研究所內實施之。除人工受精外，生殖輔助醫療之診療及生物學之分析行為，應依本法典第 6 分冊第 1 部第 2 編第 2 章規定之樣式，經認可後為之。」

#### 4.2.1.4 對前揭立法之批判

法國在 1994 年將有關新的生命倫理之犯罪導入刑法典中，無視原來刑法對生命等犯罪刑法條文之整合性，及對刑法總則之影響等，即輕率地為如此重大變革，刑法學者除警告並抗議外，並提出此舉已造成下列極嚴重之影響：對刑法各論言，前開新增規定已扭曲（*Contournement*）刑法各論，分裂有關生命之犯罪，置入眾多未正當化、犯罪化或未具法律明確性之規定，削



弱 (Évernement) 刑法各論之機能，此其一；對刑法總則言，已愚弄、詐欺違法性之本質，使刑事適法性規範 (Précepte de légalité criminelle) 發生變質，此其二。為供我國參考，以下將分別詳述之<sup>35</sup>。

#### 1. 對刑法各論之影響

##### (1) 各論之歪曲

###### ① 追加許多新的補充條文

除從前已存在之生命保護規範外，又創設許多新規定，雖然這些規定是為生命倫理之必要性所創設，但此與從前刑法典上已存在之生命犯罪，衍生出整合性問題。

###### ② 生命犯罪之分裂

立法者新增刑法典第 5 部有關生命倫理之新規定，而不整合既存第 2 部「對生命、身體之犯罪」，例如：第 511-2 條以下對器官或身體組織等之侵襲、第 221-1 條以下侵害生命罪。彼等之間是否為特別法 (規定) 與普通法 (規定) 之關係，不無疑義。此外，對人體實驗之部分有許多是重疊的，例如：刑法第 223-8 條未經同意為生物學之研究，可處三年以下有期徒刑或 4 萬 5 千歐元以下罰金。相對地，對人類胚胎為違法性研究，依第 511-19 條規定，可處七年以下有期徒刑或 10 萬歐元以下罰金。前者未遂為不可罰之行為；後者之未遂則依保健醫療法典第 L.152-19 條處罰。如立法者有意排除一般「對生命犯罪」之適用，認基於生命倫理之必要性，須為特別規定者，似應明確說明才是。

##### (2) 各論之功能明顯退化

有關之犯罪一方面基於生命倫理之必要性以刑罰限制之；另一方面，又以正當化、非犯罪化二種立法技術使得其不具可罰性，其明確之基準何在？此舉顯然已削弱刑法各論之機能。

---

<sup>35</sup> 島岡まな，前掲註 32，頁 310-315。

### ①曖昧的正當化

例如：行爲人侵害被害人生命、身體，而不必處罰之情形，在法國刑法中，其正當化之事由僅有正當防衛、緊急避難及正當行爲三種。醫師或科學家之行爲，從前均視爲是正當化之事由，而不可罰。惟最近傾向於技術進步之結果，其行爲侵襲生命、身體之機會已飛躍性地大增，該等行爲當然該當於對生命、身體犯罪行爲之構成要件，因此，法的正當化事由調整爲「患者之同意」及「依法令之行爲」等等，始具不可罰。又條文中多使用醫療或治療之「必要性」用語，其判斷實有困難。換言之，無可置疑地，其已將未妨礙科學的、醫學的進步作爲擴大不可罰範圍之理由了。

### ②犯罪化的不明確

因法國陸續地增加理由使墮胎<sup>36</sup>之行爲合法化，引發墮胎罪存廢之討論，後來在 1993 年將其廢除。惟 1994 年 7 月新修正之保健醫療法典第 L.162-19 條，對於未依法律規定於出生前診斷後爲墮胎者，創設處罰規定，如此前後不明確之狀態，令人質疑究竟自行墮胎之行爲是否具有可罰性。

### 2.對刑法總則之影響

乍看有關生命倫理犯罪之規定，外觀上似遵守刑事違法性論（*légalité criminelle*）之原則，但實際上其犯罪構成要素在法律上不但缺乏定義，愚弄法律之意思很明顯；且相關生命倫理之行爲很容易地轉變成不可罰之行爲，如此濫用之結果，反而原則上不可罰，例外才處罰，簡直帶有詐欺之意味。

#### (1)愚弄的違法性

許多有關生命倫理之犯罪規定，其定義多屬刑法以外之規定，特別是以參考保健醫療法佔最大宗。而刑法條文之定義解釋反而有賴醫師或科學家補充說明，立法者放棄了法官對犯罪構成要素之法律上的權利，顯然已愚弄法律。此外，條文存有眾多不明確之規定，依刑法嚴格解釋之立場言，無法適用生命倫理犯罪之情形很多，結果只不過華而不實罷了。

---

<sup>36</sup> 究竟應使用墮胎或人工流產之用語，目前學者傾向於前者為違法行爲，後者乃是依法令之適法行爲。本文使用墮胎一詞，避免誤解在法國自行墮胎是適法性之行爲。

## (2) 詐欺的違法性

如上所述，立法者將諸多犯罪規定之解釋委由醫師或科學家等行為人本人為之，例如：「依保健醫療法典之要件」、「取得同意」、「為當事人之利益」、「治療（醫療）之必要性」等等竟成為行為人——醫師本人主觀上之認定，結果例外性規定比禁止性規定還多，不管是對人之試驗，或者是遺傳基因檢查等反而獲得完全自由之適用空間。

### 4.2.2 德國

凡是有關人類遺傳基因技術醫療、胚胎之保護，德國均非以倫理自主制約之方式管制，而是採用嚴格之法律規定，避免醫療之濫用及假借人類倫理化或商業主義犧牲人類尊嚴，以法律作為其界線。屬典型醫療法治國家之德國於 1990 年訂定了「胚胎保護法」，禁止人為變更改殖細胞之遺傳情報，否則處以刑事罰（第 5 條）、禁止以懷孕以外之目的對卵子為人工受精，廣泛地不正使用生殖技術（第 1 條第 1 項）、以維持胚胎以外之目的轉讓或利用人類胚胎，並對此廣泛不正利用人類胚胎之行為予以處罰（第 2 條）等。惟後來於 2002 年施行「確保人類胚胎幹細胞之輸入及利用時有關胚胎保護之法律」，簡稱「幹細胞法」，例外明定以研究為目的之輸入及使用，經許可後得為胚胎幹細胞之研究<sup>37</sup>，導正一直以來學術研究上窒礙難行之處，就前述胚胎保護法嚴格禁止規定言，顯然已緩和許多。然而，有關遺傳基因診斷之問題，德國卻未加入歐洲人權協約<sup>38</sup>，而持保留態度，在法律制定上之態度

<sup>37</sup> 關於德國之「胚胎保護法」及「幹細胞法」，詳細請參閱曾淑瑜，前揭註 19，頁 72-83。不再贅述。

<sup>38</sup> 1996 年歐洲評議會之閣員委員會簽定了「歐洲生命倫理人權協約」（以下簡稱人權協約），其對批准之國家均有法的拘束力。其中有關遺傳基因治療，在該協約第 13 條規定，禁止介入生殖細胞；在第 11 條規定，於診斷遺傳基因事項時，應以遺傳性質為根據，禁止差別待遇；第 12 條規定，禁止保險或僱傭利用遺傳基因檢查；第 14 條規定，禁止為性別選擇之診斷。醫療如欲介入，一方面，原則上以本人同意為要件；但訂有若干緩和之例外，例如：本人未拒絕者、對欠缺同意能力之未成年人或

亦不明確。德國未加入之理由非在於生命倫理人權協約不夠嚴謹，其反對之理由之一在於該協約從生命保護之觀點言，同意要件似乎太鬆散。此外，就因為 PID 之問題未納入胚胎保護法正面直接規範，不論是禁止或容許與否，均有解釋之空間，引發極大之爭議。特別是依胚胎保護法第 8 條第 1 項，認為至第八分裂階段之全能胚（totipotent Zelle）為法律保護之客體，依第 2 條第 1 項禁止為「維持胚胎以外之目的」利用，因此很難對此階段之胚胎加以侵襲，實施 PID 係以廢棄帶有遺傳障礙之胚胎為目的，而非維持胚胎，故問題在於第八分裂階段終了後就到了多能胚（pluripotent Zelle）之階段，此時是否容許為著床前診斷，見解分歧<sup>39</sup>。

### 4.2.3 日本

#### 4.2.3.1 以行政指導為原則，刑事處罰為例外

早期日本對基因研究並無從正面規範之法令，主要是以行政指導之方式作為管制之手段。如 2002 年 4 月日本厚生科學審議會先端醫療技術評價部會頒布之「對應遺傳基因解析研究附隨倫理問題之指針」、同年 6 月科學技術會議生命倫理委員會公告之「有關人類基因研究之基本原則」（簡稱「基本原則」）<sup>40</sup>及 2001 年 3 月文部科學省、厚生勞動省、經濟產業省所頒布

---

精神障礙者為實驗研究，因始終無法得其本人之同意，可考慮擬制產生一定之法律效果。關於著床前遺傳基因診斷，仍禁止創造以研究為目的之人類胚胎。至於是否容許著床前遺傳基因診斷，則未明言，但歐洲大多數國家實際上都容許實施著床前遺傳基因診斷。前開人權協約受到許多國家批准，唯獨德國採取反對之態度。

<sup>39</sup> 青井秀方，「遺傳子工學時代における生命倫理と法」，遺傳子醫療をめぐる法と倫理，龍谷大學社會科學研究所叢書第 52 卷（龍谷大學「遺傳子工學と生命倫理と法」研究會編），頁 232-233（2003）。

<sup>40</sup> 「基本原則」在其「序」中明白表示人類基因之研究乃置於「憲法文書」之地位，第 1 章為「人類基因及其研究方法」，第 2 章為「研究資料提供者之權利」，第 3 章為「人類基因研究之基本實施條件」，第 4 章為「與社會之關係」。因本原則在短時間內作成，故被批評竟然將人類尊嚴與科學技術研究自由列為同等地位，又未提及 1997 年聯合國教育科學及文化組織（UNESCO, United National Educational, Sci-

之「有關人類基因、遺傳基因解析研究之倫理指針」（簡稱「三省指針」）<sup>41</sup>。又於同年 6 月施行「規範基因技術法」，將強制禁止行為與以研究為目的之行為嚴加區分，強制禁止行為，例如：禁止人類、人類與動物之基因改良、混合個體之產生（即複製人或優生基因工程）等，違反者可處十年以下有期徒刑或科或併科 1,000 萬日圓以下罰金（第 16 條參照）<sup>42</sup>。惟究竟以刑事罰規範之是否具正當性、是否欠缺刑法保護之具體法益，又處罰之實效性等，至今仍爭議不休。

#### 4.2.3.2 有關遺傳基因治療之行政指導原則

2002 年文部科學省及厚生勞動省頒布「有關遺傳基因治療臨床研究指針」<sup>43</sup>，以確保遺傳基因治療臨床研究在醫療上之有用性及倫理性，並以對

---

entific, and Cultural Organization) 「人類基因人權世界宣言」中「連帶及國際協力」、「非和平的利用」基本原則。

<sup>41</sup> 「三省指針」值得注意的是其主張人權保障優先於科學的、社會的利益，包括下列七項基本方針：(1) 尊重人類尊嚴；(2) 事前須充分說明並基於自由意思同意 (informed consent)；(3) 徹底保護個人情報；(4) 在人類知的基礎上，實施對健康及福祉有貢獻、對社會有益之研究；(5) 個人之人權保障優先於科學的或社會的利益；(6) 研究計畫之作成、遵守，由具獨立立場之倫理審查委員會為事前審查及承認其研究；(7) 研究實施之狀況由第三者為實地檢查，並透過公開研究結果之方式確保研究之透明性。

<sup>42</sup> 曾淑瑜，前揭註 19，頁 252、265-266。

<sup>43</sup> 在頒布此指針前，日本產科婦人科學會為減少實施體外受精、胚胎移植臨床應用之倫理爭議，已訂有「著床前診斷」之指導原則，其後亦陸續修正之。其規定對受精卵（胚胎）為著床前診斷，以實施體外受精或胚胎移植技術者，應遵守下列要件：(1) 本方法為極高度技術之醫療行為，故必須進行臨床研究。(2) 實施本方法者必須是已學習生殖醫學高度知識、技術之醫師，且對遺傳性疾病有相當熟悉之知識、對出生前診斷有豐富之經驗。(3) 實施本方法之醫療機關，應曾有從事體外受精、胚胎移植分娩之例子，且對出生前診斷、遺傳基因診斷技術確有實績。(4) 本方法僅限於適用嚴重遺傳性疾病，是否為嚴重遺傳性疾病可向日本產科婦人科學會申請審查之；又如非以診斷嚴重遺傳性疾病之目的者，不能使用本方法。(5) 為實施本方法，應依所定格式向該會申請，並經認可，始得為之。又每年有將實施狀況及其結果定期報告之義務。在向該會提出申請前，應經其所屬醫療機關倫理委員會許可。(6) 必須受術

社會公開之方式為適當地實施為目的，規範遺傳基因治療臨床研究應遵守之相關事項（第 1 章總則第一目的）。為供我國參考，茲列舉其中較重要者<sup>44</sup>：

1. 遺傳基因治療臨床研究之對象

必須符合下列要件：

(1) 有嚴重遺傳性疾病、癌症、後天性免疫不全症候群、其他可能威脅生命或顯著損害身體機能之疾病者。

(2) 依遺傳基因治療臨床研究之治療效果與現在可能之其他方法相比，可充分預測前者較好。

(3) 可充分預測對被試驗者為遺傳基因臨床研究可獲得之利益顯然已超過不利益。

2. 有效性及安全性

遺傳基因臨床研究，應基於科學觀點充分預測其有效性及安全性後始得為之。

3. 品質等之確認

遺傳基因臨床研究所使用之遺傳基因、其他人提供之物質，應在達到醫藥品臨床試驗實施基準相關法令（平成 9 年厚生省第 28 號）第 17 條第 1 項水準之設施製造之，並在確認其品質、有效性及安全性後始得為之。

4. 禁止對生殖細胞為遺傳性改變

對人之生殖細胞或胚胎（即一個細胞或細胞群，將來經過在人類或動物

---

夫妻有強烈實施本方法之希望，並取得其同意者，始得實施本方法。故在實施前實施者應向受術夫妻以文書說明本方法大致上之內容、預期成績、安全性及與從前出生前診斷有何異同，尊重受術者自己之決定權，取得其書面同意，並保管之。此外，對受術夫婦及出生兒應嚴格保護其隱私權。參閱 [http://www.jsog.or.jp/kaiin/html/kaikoku/H10\\_10.html](http://www.jsog.or.jp/kaiin/html/kaikoku/H10_10.html)（最後點閱時間：2006 年 7 月 29 日）。

<sup>44</sup> 參閱 [http://www.next.go.jp/a\\_menu/shinkou/seimei/020401a.htm](http://www.next.go.jp/a_menu/shinkou/seimei/020401a.htm)（最後點閱時間：2006 年 6 月 19 日）。

子宮內孕育，有成長為一個獨立個體之可能性，在胎盤尚未開始形成前之過程，稱之），不得為以改變遺傳為目的之遺傳基因臨床研究。

#### 5. 基於適當說明確保被試驗者之同意

遺傳基因臨床研究應為適當說明，以確保被試驗者為自願性之同意。

總負責人或受總負責人指示之醫師或研究人員（以下簡稱總負責人等）於實施遺傳基因臨床研究之際，要向被試驗者說明下列事項，並在其自由意思下為書面同意。取得欠缺同意能力之被試驗者本人之同意有困難者，如可充分預測實施遺傳基因臨床研究對其有利，亦得由該被試驗者之法定代理人基於被試驗者之意思及利益代為書面同意。在此情形下，必須保存有關該當同意之紀錄及同意者與該被試驗者間關係之紀錄。

總負責人等為取得前開同意，為使被試驗者或其代理人得充分理解，應盡可能使用平易之用語說明下列事項：

- (1) 遺傳基因臨床研究之目的、意義及方法。
- (2) 遺傳基因臨床研究預期之效果及危險。
- (3) 其他治療方法之有無、內容及該治療法預期之效果及危險。
- (4) 被試驗者如不同意實施遺傳基因臨床研究不會受到不利益。
- (5) 被試驗者即使已同意實施遺傳基因臨床研究，仍可隨時撤回。
- (6) 其他與被試驗者人權保障有關之必要事項。

#### 4.2.3.3 有關遺傳基因診斷之行政指導原則

相對於前開歐洲國家之作法，日本有關遺傳基因醫療之問題，大都以自主制約之方式解決，尤其是以臨床「研究」或解析「研究」之外觀為法規範之依據，顯然是以「保障研究自由」作為正當化之重心。自 1994 年日本人類遺傳學會發表「有關遺傳諮詢、出生前診斷指導原則」、1995 年「有關遺傳性疾病遺傳基因診斷指導原則」後，就奠定了以專家集團（學會）自主制約之主流模式。日本婦產科科學會於 1998 年亦發表有關「著床前診斷」之意見，至今受精卵在著床前之診斷均有其適用。依其規定，診斷之對象僅限於嚴重且欠缺現在治療法之遺傳性疾病，又必須具備 1. 實施醫師須有充分之技

術及經驗；2.醫院須有移植胚胎或遺傳基因診斷技術之實績；3.倫理委員會之許可，及 4.夫婦之同意之四要件，始得為之<sup>45</sup>。

#### 4.2.3.4 少子化之影響

2003 年 7 月日本基於社會少子化之現象，頒布「少子化社會對策基本法」，其中第 13 條第 2 項規定「國家及地方公共團體對於希望為不孕治療者，應提供優良且適當之保健醫療服務，並應提供治療不孕之資訊、不孕諮詢及協助完成治療不孕研究等之必要措施<sup>46</sup>。」由此可見，生殖輔助醫療係在國家政策引導下逐步發展，當然胚胎基因篩選即是協助治療不孕之方法之一。

#### 4.2.4 醫療權力國家與醫療法治國家之對立——法規範必要性之探討

前揭各國以法律或行政指導管制之方式，其實是醫療權力國家（medizinischer Machtstaat）與醫療法治國家（medizinischer Rechtsstaat）構造上之不同罷了。德國為後者典型之例子，以法律為嚴格之管制，認為患者之人權為重要之保護法益，鑑於醫療行為可區分為簡單與危險之侵害，對危險程度較強者自然應予以強力規範，因此，應由醫療機關、行政及企業以「三權分立」之方式同時相互為權力制衡；相對的，日本為前者之代表，前開三權顯然黏在一起，但為了避免此三權對各個患者為壓倒性不平等權力關係，危機管理之方法是將「法律空間」（der rechtsfreie Raum）置於倫理之領域中，以未伴隨強制拘束力之醫療倫理自己制約或委由醫界自己法制化<sup>47</sup>。

##### 4.2.4.1 講壇倫理及單純的道德

按是否以法律作為規範倫理之方法，應先比較「講壇倫理」

---

<sup>45</sup> 青井秀方，前揭註 39，頁 229-230。

<sup>46</sup> 參閱 <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/H15HO133.html>（最後點閱時間：2006 年 7 月 29 日）。

<sup>47</sup> 青井秀方，前揭註 39，頁 215。



(Kathederethik) 及「單純的道德」(einfache Moral)，此亦指「表層倫理」vs.「深層道德」、「反省倫理」vs.「生存倫理」。在醫療法治國家以法律規範所保護的道德或價值是「單純的道德」，絕對不是「講壇倫理」。惟現代為多元化社會，價值觀的多樣性，似乎很難偏向一方。日本對遺傳基因解析或遺傳基因操作之介入是以「單純的道德」處理，此乃因為日本國民以強烈的文化及家族中心為根基，受民間信仰滲透，遺傳基因醫療所顯現之日本型醫療社會之權力構造讓日本國民有強烈的不信任感，是故，遺傳基因醫療愈發達，與日本人之「單純的道德」間的距離就愈來愈遠。此外，即使遺傳基因治療之問題如果以「講壇倫理」之方式討論，理論及實際顯然背離，且無法產生預期之效果<sup>48</sup>。

#### 4.2.4.2 利益之衝突及整合

通常之醫療場合，利益衝突及整合一方面為患者之人格權（自己決定權）及人類尊嚴；另一方面，為醫師高度專業團體之職能利益或裁量特權。前者是以「不論健康與否須以最大限度尊重生命尊嚴之權利」為中心，再輔以「克服疾病追求健康」之追求健康權，此二種關係如果無法調和而陷於緊張，自然會引發爭議。於遺傳基因治療之場合，自從發現人類 DNA 排序後，受到醫療利益構造之影響，是否以人為方式介入遺傳基因操作技術，科學迫使世界上之法律學家思考根本之改革，以進入新的遺傳基因時代。尤其是嚴重遺傳性疾病發病會威脅生命，就前述一般利益言，既是患者之利益，亦屬醫師之利益。因此，患者之權利除了仍以生命尊嚴為核心權利外，又增加了「以人為方式變更繼受遺傳基因之權利」，此為變化一；此外，就醫師之專業職能利益言，遺傳基因疾病之原因可以解釋遺傳基因之突變，從醫師公共健康政策之立場，解析出遺傳基因突變後附帶之成果即是跳過疾病治療之領域，進行製造優秀俊美子孫之優生政策，此為變化二。在此情形，患者

<sup>48</sup> 青井秀方，前揭註 39，頁 216-217。其所稱「講壇倫理」似指學術界高道德倫理標準，本文怕失了原意，故仍援用之。

之核心權利與從屬權利似乎主從調換——即限於在不侵害人類尊嚴核心權利下，倫理上容許有選擇遺傳基因改變之權利（此從最近各國法律規範僅限於介入 ES 細胞為遺傳基因治療，但禁止介入生殖細胞，可見端倪）。且實際上觀察，本來是患者之健康權 vs. 從屬權利 vs. 醫療職能利益此三角關係，卻轉換成患者之核心權利 vs. 另二種權利之聯合——二元的對立關係，似乎患者希望自然繼受基因之權利已被迫放棄、讓步。至於在遺傳疾病診斷之場合，患者希望能對遺傳基因資訊掌握自己管理權；另一方面，醫師、甚至是政府掌管之衛生健康機關也想取得並管理病人之遺傳基因，則是否可主張共同管理權？按為了保障患者之管理權，嚴格地規範診斷之同意要件，檢查結果是否開示亦在最大限度內尊重患者之同意權或知的權利，則在患者同意後之階段，醫師為了預防發病，並知道正確遺傳基因解析結果，不待言，當然即取得共同管理權。但在此情形下，患者之人性尊嚴已從先前從屬權利之地位最後竟轉換成僅剩表面化的權利現象<sup>49</sup>。

#### 4.2.4.3 以法律規範之必要性

如前所述，在遺傳基因治療及遺傳疾病診斷之場合，人性尊嚴從與醫師專門職能利益相抗衡之核心權利，進而被優生政策所利用，轉變成衍生之從屬權利。有識者鑑於醫師集團與私企業之營利主義間只有一線之隔，憂心不利於人權之保障，紛紛提出建言，主張僅以單純道德如此微弱之自主制約力量顯然不夠。蓋保護利益之價值高低、保護之必要性及緊急性、侵害利益或大或小之危險、倫理之保護或通常法律保護之不確實性等等觀點，均攸關利益保護之方式，比較上自以法律規範較能避免或抑制侵害之擴大，以下提供應以法律規範之參考<sup>50</sup>。

##### 1. 同意要件之嚴格化

為了補強法律對核心權利之保護，首先，應將「對最小之說明為最大之

<sup>49</sup> 青井秀方，前揭註 39，頁 219-222。

<sup>50</sup> 青井秀方，前揭註 39，頁 224-227。

同意」修正為「對最大之說明為最小之同意」。申言之，所謂「被告知後之同意」（informed consent），是指「基於說明後之同意」，在醫師方面負有義務向患者說明有利及不利之資訊、預料中之程度或經其他實驗證明有副作用、試驗背後所需面臨之問題等，不能以概括之方式表達之。特別是遺傳基因試驗，即使是擔心患者負擔壓力，而不於事前為詳細且具體地說明，對於無專門知識之一般人，僅以口頭說明是不夠的。申言之，醫師除了應以書面說明外，尚須以口頭對患者為補充說明；且實務上常要求須有書面同意，醫師是否已盡其說明義務，此書面自屬證據之一。此外，在試驗過程中，如果發現另有須追加的或繼續的資訊，醫師仍應向患者逐一傳達並說明。因醫師之說明乃是患者在同意前影響其自由意願一切斟酌思量之情狀，是以，部分之同意、附限制條件之同意、暫定之同意、階段性之同意等等都非該當於「被告知後之同意」；應訂有罰則以強制說明義務之踐行。

### 2. 事後責任嚴格化之考量

按為了減輕試驗失敗後損害賠償裁判之負擔，有必要檢討導入危險責任或因果關係推定之法理。特別是商業主義不可避免地介入遺傳基因技術，患者負擔增大，在雙方武器不平等之情況下，如果仍要維持人性尊嚴核心權利及保障患者自己之決定權，有必要制定特別法規範之。

### 3. 廣泛凝聚權利主體

鑑於遺傳基因治療已非自然地傳承遺傳基因，經過設計改良之基因除了直接影響下一代子孫與自己之同一性外，也使得後來各世代子孫接續地繼受該經過改良之基因，故也應將子孫之權利納入考慮。再者，自己之血緣既與家族共有，設計改良自己之遺傳基因也會改變家族之遺傳基因；某單一家族成員知的權利或同意權既然會左右共有血緣家族所有成員之命運，基於一名成員之決定而開啓整個家族遺傳基因之隱私，是否忽略了整個家族對遺傳基因之共同管理權，此已非個人尊嚴之問題，而是「家族之尊嚴」；亦非個人自己決定權之問題，而是「家族之自己決定」的問題。由此可見，從前所謂人權之內容已發生變化，將來遺傳基因改良所保障之人權，應指的是「遺傳

基因改良之人類尊嚴」。

## 5. 結論

按我國優生保健法施行細則雖規定有產前檢查（第 2 條參照），但此係指對懷孕婦女之遺傳疾病診斷，而非對胚胎為遺傳基因篩檢。後者既已介入生命誕生，企圖以人為手段操作生死，從醫療倫理係以保護、維持生命為最高指導原則來看，醫師之行為自與其職業倫理有違，也顯然引發基因歧視之爭議。觀外國立法例，不論是以刑事責任相繩，或是明白昭示胚胎研究之禁止，甚至以行政指導方式，建置醫界遺傳基因治療之基準，均足以提供我國參考。綜上所述，PGD 即使仍存在倫理上之爭議，但倘若嚴格地規範其實施之要件，則不但能符合社會大多數人之合意，也可減少法律上之糾紛。本文並不設限 PGD 之實施要件須以法律明文化或以行政指導之方式約束之；惟在何種情形下，已逾越人權保障之範圍，已不符合醫療保健之目的，甚至於商業主義有將人類物化之傾向時，例如：基因改良、生男生女選擇、複製人類等等，此最低界線即應以法律明文禁止。

## 參考文獻

### 中文書籍

曾淑瑜，《生命科學與法規範之調和》，翰蘆圖書出版，台北（2003）。

### 中文期刊

徐嘒茹、張至寧、蔡甫昌，〈基因檢測倫理（Genetic Testing Ethics）〉，《當代醫學》，第32卷第6期，頁476-482，2005年6月。

張靖梅、林獻鋒，〈著床前胚胎遺傳診斷之臨床應用與倫理爭議〉，《醫護科技學刊》，第6卷第2期，頁133-140，2004年2月。

陳英鈴，〈胚胎植入前基因檢測的憲法問題〉，《生物科技與法律研究通訊》，第14期，頁69-87，2002年4月。

黃三榮，〈基因諮詢、基因檢查與基因診斷實務所涉法律問題〉，《生物科技與法律研究通訊》，第12期，頁25-38，2001年10月。

楊秀儀，〈基因診斷——當智慧使不上力量的時候〉，《科學發展》，第378期，頁6-11，2004年6月。

### 日文書籍

大谷實，《醫療行為と法》，弘文堂，東京（2004）。

青井秀方，〈遺傳子工學時代における生命倫理と法〉，《遺傳子醫療をめぐる法と倫理》，龍谷大學社會科學研究所叢書第52卷（龍谷大學「遺傳子工學と生命倫理と法」研究會編），頁214-240，2003年8月。

盛永審一郎，〈「生殖醫學」と「生命倫理」——解き放たれたプロメテウス〉，長島隆、盛永審一郎編，《生殖醫學と生命倫理》，頁9-19，太陽出版，東京（2001）。

盛永審一郎，〈著床前診断に對する倫理的視座——ドイツの議論を通じて〉，長島隆、盛永審一郎編，〈生殖醫學と生命倫理〉，頁76以下，太陽出版，東京（2001）。

菱山豐，《生命倫理ハンドブック生命科學の倫理的、法的、社會的問題》，頁1-166，築地書館，東京（2003）。

## 日文期刊

山口齊昭，〈遺傳子技術の展開と民事法〉，《法律時報》，第 73 卷第 10 號，頁 28-33，2001 年 9 月。

田村智英子，〈遺傳カウンセリングとは——十分な遺傳カウンセリングが提供されていたら〉，《法律時報》，第 75 卷第 9 號，頁 76-79，2003 年 8 月。

和田幹彦，〈判決をめぐる法的、醫學的、心理的諸問題〉，《法律時報》，第 75 卷第 9 號，頁 66-69，2003 年 8 月。

和田幹彦，〈判決の位置づけ、評價と遺傳カウンセリングへの提言〉，《法律時報》，第 75 卷第 9 號，頁 80-82，2003 年 8 月。

武藤香織，〈「確率」を引き受けるための支援——「生活上の知」から〉，《法律時報》，第 75 卷第 9 號，頁 70-72，2003 年 8 月。

島岡まな，〈ランス刑法における生命倫理関連犯罪〉，《中谷瑾子先生傘壽祝賀，21 世紀における刑事規制のゆくえ》，頁 299-318，現代法律，2003 年 6 月。