

# 人體基因改造與個人自主權展現之研究

羅欣寧\*

## 目次

- 壹、問題之提出
- 貳、由成年人接受基因改造
- 參、由未成年人接受基因改造
  - 一、由父母或法定代理人代為決定
  - 二、由未成年人自為決定
- 肆、由胚胎或胎兒接受基因改造
  - 一、胚胎或胎兒之道德與法律地位
  - 二、為胚胎或胎兒決定接受基因改造之正當化基礎
- 伍、由國家強制人民接受基因改造
- 陸、代結語—我國法制對基因改造決定與接受之因應

關鍵字：基因改造、個人自主權、親權、國家利益

---

中原大學財經法律研究所畢業。本文承蒙兩位匿名審稿人之指正，受惠良多，謹此致謝。

## 壹、問題之提出

生物體的基因改造 (genetic modification) 為現今生物科技研究發展的重點，技術上係利用基因轉殖 (gene transfer)，將某特定基因插入染色體的特定位置。就人類的基因改造而言，一般在醫學上可區分為基因治療 (gene therapy) 與基因增益 (genetic enhancement) 兩種，其中基因治療係將基因以注射方式送入病人體內的血液循環系統，用以治療或減輕某種遺傳性疾病或類似的疾病<sup>1</sup>；基因增益則是以上述方法改變非關疾病的表現型特徵，例如增加身高<sup>3</sup>。人體得以進行基因改造之標的，包括對體細胞及對生殖細胞之基因改造。就目前基因改造的發展現況看來，國內外有關人類基因治療的研究尚處於人體試驗階段，例如有關癌症及心血管疾病之基因治療<sup>4</sup>，然而國外進行的基因治療人體試驗已有失敗的案例出現，例如一九九九年九月Jesse Gelsinger因罹患肝病，在賓州大學接受基因治療，使免疫系統過度反應，造成器官衰竭而死亡<sup>5</sup>，及法國對罹患X-linked severe combined immunodeficiency disease (

<sup>1</sup> See DOUGLAS M. ANDERSON, JEFF KEITH, PATRICIA D. NOVAK, AND MICHELLE A. ELLIOT, MOSBY'S MEDICAL, NURSING, & ALLIED HEALTH DICTIONARY 732(2002).

<sup>2</sup> 將遺傳物質送入病人體內的策略上包括二種：體內 (in vivo) 基因治療係利用載體將基因注入病人的血液內或有病變的組織；活體外 (ex vivo) 基因治療先將有基因缺陷的細胞自病人體內取出，在實驗室和帶有治療用基因的載體一起培養，再將基因改造過的細胞移殖回病人體內。請參林明定，基因治療方法複雜、問題多元，生技時代，第十五期，頁 30-31 (2003)。

<sup>3</sup> See TOM STRACHAN & ANDREW P. READ, HUMAN MOLECULAR GENETICS 540 (2000).

<sup>4</sup> 羅淑慧，癌症基因治療之研發現況，律師雜誌，第二七期，頁 62 (2002)。

<sup>5</sup> See Gerard Magill, The Ethics Weave in Human Genomics, Embryonic Stem Cell Research, and

X-SCID，俗稱泡泡兒症候群（bubble baby syndrome）<sup>6</sup>的十一名男嬰進行基因治療，有九人離開醫院過正常生活，其中有一名病童在二〇〇二年九月罹患血癌（leukemia），二〇〇三年一月十四日又有一名兒童疑似罹患血癌<sup>7</sup>。至於基因增益則尚未見人體試驗的報導。

關於基因改造的討論，論者對於基因治療與基因增益的態度並不相同。有些學者認為，基因治療的目的是為了治療疾病，是道德上合法的醫學手段；而基因增益的目的是改變或改善人體功能，被認為在道德上有疑問或是被界定為邪惡的手段<sup>8</sup>。由上述說法可知，學者藉由判斷行為目的是否為治療疾病，來區分基因治療與基因增益。然而，「疾病」的定義，根據不同的觀點，而有不同的解釋，就算我們可以為治療及增益建立一套區分標準，也無法

---

Therapeutic Cloning: Promoting and Protecting Society's Interest, 65 ALB. L. REV. 701, 713(2002).

<sup>6</sup> See FDA Places Temporary Halt on Gene Therapy Using Retroviral Vectors in Blood Stem Cells, FDA Talk Paper, 2003/1/14 < <http://www.fda.gov/bbs/topics/ANSWERS/2003/ANS01190.html> > (2003/1/19 visited).

<sup>7</sup> See "Second Boy Receiving Gene Therapy Develops Cancer", Washington Post, January 15, 2003, at A09. <<http://www.washingtonpost.com/ac2/wp-dyn/A56894-2003Jan14?language=printer>> (2003/1/19 visited).

<sup>8</sup> See Berger E., Gert B., Genetic Disorder and the Ethical Status of Germ-line Gene Therapy, 16 JOURNAL OF MEDICINE AND PHILOSOPHY 667, 667-683 (1991). Anderson W., Genetics and Human Malleability, 20 HASTING CENTER REPORT 21, 21-24 (1990).

<sup>9</sup> 例如從醫學的角度解釋疾病，係以實際在人類身上表現於外的狀態來描述，是一種客觀的描述；但以社會學的觀點解釋疾病，具有不同文化背景及知識經驗的人，對於疾病的認知並不相同。又，倫理學上對於疾病也有不同的認定標準，諸如以「具有該物種正常功能」與否認定是否帶有疾病，惟目前我們仍無法對「正常」一詞做精確的定義，也形成解釋上的困難。

直觀地推論所有治療的行為都是道德上可允許的，所有的增益行為均為道德上所不允許的。申言之，如果我們可以容許以非基因增益的手段，例如注射預防針，以提高人類的免疫力，那麼為何不能接受以基因增益提高人類的免疫力？又，當遺傳檢測的結果，發現病人具有遺傳上的缺陷，為了防止這個缺陷藉由生殖遺傳給下一代，於是以遺傳介入的方式改造病人的生殖細胞，或許這個作法對其未來的子女有利，但是對改善病人的身體狀況並沒有實質的助益<sup>10</sup>，甚至可能使病人承受相當高的風險，這樣的治療行為如何能為道德上所允許？由此可知，基因增益和基因治療在技術上是相通的，只是目的不同，就算區分了治療與增益，有些增益，仍是道德上可允許的，而有些治療行為在道德上是有爭議的，若執著以增益與治療的區分，作為在道德上是否可允許的判斷標準，似乎不切實際。因此，以下本文對於人體基因改造技術之討論，不再作基因治療與基因增益之區分。

由上述研究現況可知，人類的基因改造在科學理論上並非不可行，有鑑於人體試驗中出現失敗案例，在實際應用上仍有待研究與突破。不過人體基因改造的研究確實有其必要性存在，尤其在治療遺傳疾病上，基因改造為病患帶來一線曙光，吾人是否應該因為人體基因改造尚具相當風險，而禁絕基因改造在人體實施？誠然，任何一種科學技術，使用上都會有風險，只是風險程度有所差異，如果我們堅持成為絕對的風險規避者，可能幾乎所有的科技研發將因為沒有人願意使用而徒勞無功，對人類的文明進步將造成極大的阻礙，並非人類之福。根據我國的「基因治療人體試驗申請與操作規範」，申請進行人體試驗之基因治療技術必須先通過毒性試驗、動物實驗 等測

---

<sup>10</sup> See ALLEN BUCHANAN, DAN W. BROCK, NORMAN DANIELS & DANIEL WIKLER, FROM CHANCE TO CHOICE-GENETICS AND JUSTICE 154(2000).

試程序，始得容許正式實施人體試驗，且僅限於對體細胞為基因治療，禁止施行於人類生殖細胞或可能造成人類生殖細胞遺傳性改變之基因治療，其目的在於使基因治療受試者承受最低度的風險，係以謀求受試者最大福利為目的為前提，因此能夠通過該操作規範審核之基因治療，應可推定該項基因治療所產生的風險係在科學上可容許的範圍內。假設國家未來對人類基因改造制定一套類似現行基因治療人體試驗申請與操作規範之法規命令，即在可預期基因改造具有某程度風險之情況下，容許人民接受基因改造人體試驗。因此，當基因改造開放通過人體試驗的評估，開始適用於人體時，即表示基因改造雖有相當程度的風險存在，其風險對人體而言是可以接受的。

至於人體基因改造是否有促進優生的疑慮，對體細胞進行基因改造，只牽涉個人體內基因的改變，並不會對其他人甚至是子代的基因造成影響；不過對生殖細胞或胚胎進行基因改造，可能改變子代的基因，則有促進優生的疑慮。但是現代基因學關懷的焦點是個人的，為了配合親代的需要而提供服務，因此基於優生學或遺傳學將對人類族群有害的基因去除，以提高適合生存者的生育能力，而降低不適合生存者的生育能力，雖然會影響基因庫 (gene pool) 的結構，其行為本身並無倫理上的爭議，會發生問題的是其行為目的是否符合道德或正義的理念，例如在現代基因學的應用上，應該避免促成種族、階級及國家的歧視，忽略了尊重價值多元性 (value pluralism)，或以國家的強制力，基於國家的政策左右個人的生育自由，強調生育應該在不平等的政治、經濟或社會力量下的社會脈絡中進行，而導致優生的結果，或是為了某些較大的社會利益，犧牲某些個人的利益，社會與政治力量的不平等會造成不符合正義的結果，而應該尊重個人的生育自由，容忍每個人對「良好的人」所持的不同定義，並避免藉維護社會利益之名，以操作遺傳學的知識作

為犧牲個人的權益的方法<sup>11</sup>。據此，對於生殖細胞或胚胎之基因改造，如不違反其他倫理上要求的結果，例如違反個人自主權之尊重、或造成歧視與偏見，在道德上似乎無可非難。

人體基因改造係屬侵入性的醫學技術，接受基因改造的個體必須出於自我決定而表示同意，始得實施此醫學技術，意即，基因改造的決定與接受，須以尊重個人自我決定權為前提。在使用基因改造技術時，可能接受基因改造的主體，除了成年人以外，還包括未成年人、胎兒、甚至胚胎。其中成年人在需要接受基因改造的情況下，得自為決定接受基因改造，不過其自為決定的基礎為何？當個人不能自為決定時，例如欠缺完全自主能力時，該如何解決？如果是未成年人、胎兒或胚胎進行基因改造時，係由何人為其作決定？除了由個人決定接受基因改造，國家有無可能介入基因改造的決定？

上述有關基因改造之決定與接受之提問，突顯人體基因改造與個人自主權實現之間的衝突。以下本文參酌美國司法實務上與個人自主權相關之見解，及西方學者對於個人自主權之相關討論，分別就接受基因改造的主體，探討其自主決定權行使的內容與限制，然後就我國法制對基因改造決定與接受之因應作分析檢討。

## 貳、由成年人接受基因改造

美國最高法院大法官Cardozo曾說：「每個心智健全的成年人都有權利決定其身體要接受何種處置。」<sup>12</sup>宣示了個人自主權的基本精神。據此觀點，心

---

<sup>11</sup> Ethical Issues in Genetic Research, Screening, and Testing, with Particular Reference to Developing Countries <<http://www3.who.int/whosis/genomics/genomicsreport.cfm#>>

智健全的成年人，具有完全行為能力，出於自己的意願而決定接受基因改造，即為個人自主權之展現，然而當個人做出接受基因改造的決定時，是否應該受到絕對的尊重？對個人自主決定權的尊重是否有可能受到挑戰？

原則上，具有完全行為能力（competent）之個人，所為決定應受到尊重，因為一個具有行為能力的個人在作決定時，有能力了解相關的資訊，根據自己的價值觀作判斷，預期得到某種結果，且能夠與他人自由地說明他的願望<sup>12</sup>，此時吾人可以確定，其所為決定係出於當事人真意，應該得到應有的尊重。若個人心智尚未成熟、不具行為能力、被強制或是被利用，由於並不具備足夠的自主能力，其所為決定並不能受到完全的尊重<sup>13</sup>。而判斷是否具備行為能力的標準，與個人的經驗、心智成熟度、責任等因素有關。如果當事人在實際情況下並不具有完全的自主能力，沒有能力基於其意思自主而為行為決定，此時需要其他人給予行使決定權的輔助。當個人具有完全的自主能力，且沒有其他的道德要求凌駕於自主權的行使，則個人的自主決定應該受到尊重，如果他人的行為與當事人的自主決定相衝突，即侵害了當事人的自主權。

就醫療行為來說，病人對於接受醫療所可能享受利益及可能承受風險的認知，有一部分來自醫師的告知，例如死亡的可能或生存的機會等。不過一般人與醫師對於風險的認知必定有差異存在，例如一般人會將醫師認為屬於低度風險的情形，自行假設為主要的風險，顯示企圖僅以客觀量化的方式，表現對於承受風險的可能性與程度，要使未接受醫學專業訓練的一般人完全

---

<sup>12</sup> "Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body..." See *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 211 N.Y. 125(1914).

<sup>13</sup> See TOM BEAUCHAMP & JAMES F. CHILDRESS, *PRINCIPLES OF BIOMEDICAL ETHICS* 71(2001).

<sup>14</sup> *Ibid.*, at 65.

了解該風險的意義，有其困難之處且不符實際。此時醫師等醫療專家可以察覺到醫療專業與社會大眾對於風險的認知不同，進而提出正確的風險資訊以正視聽，使得錯誤的社會觀感得以適時地修正<sup>15</sup>。同樣地，在當事人決定接受基因改造之前，必須使其確知基因改造可能產生的風險，藉由醫師的解說，對於基因改造技術上的種種問題，包括風險，均有相當了解後，始得依其自我決定而進行基因改造。

基於尊重自主原則，為了保護個人自主權，進而促進自主決定權的行使，當個人具有完全的自主能力時，應該使個人擁有足夠的資訊決定自己的事務，原則上沒有任何人可以完全控制另一個人的生活，而使個人作決定時不受到任何外力干涉<sup>16</sup>。但是在某些情況，個人自主權可能受到外在因素的影響，而不能完全實現，茲分述如下：

#### 一、家庭對個人自主權之影響

在國內，由於家庭觀念濃厚，個人在作生涯規劃或是重大決定時，通常會將家庭因素列入考量，例如家人的支持或可能面臨的阻力等，因此個人自主權的意識並不如美國強烈。例如在作醫療決定的場合，家庭的壓力或長輩的權威仍具有相當程度的實質影響力，以家庭價值作為決定之準則，此種臺灣醫療文化下獨特的醫病關係模式，學者稱為「家屬父權」，病患家屬基於保護病人的心態，父權式地為病人過濾醫療資訊，並為醫療決定<sup>17</sup>。尤其在個

---

<sup>15</sup> Ibid., at 202.

<sup>16</sup> See Therese Powers, Race for Perfection: Children's Rights and Enhancement Drugs, 13 J. L. HEALTH 141, 152 (1999).

<sup>17</sup> 楊秀儀，病人，家屬，社會：論基因年代病患自主權可能之發展，國立台灣大學法學論叢，第三十一卷第五期，頁4（2002）。

人決定是否接受基因改造時，由於基因資訊所牽涉的不只是個人的遺傳特徵，更與家族的遺傳傾向有關，因此自主權受到修正的程度將更為明顯<sup>18</sup>，個人會考量到接受基因改造之後個人特質的改變對家庭的影響、家人對自己的觀感，如果家人不支持個人接受基因改造，或許個人並不會堅持接受基因改造的決定。因此在討論基因改造的決定時，不能僅強調個人的自主決定權，而必須把家庭的因素考量在內。

## 二、社會價值觀對個人自主權的影響

社會價值觀對個人自主權的制約，先以目前社會上流行的瘦身美容作現象上的分析。現在社會上對人外表的評價多為「瘦就是美」，使得有些人因為覺得自己胖而用盡各種方法瘦身，雖然身體過胖對健康是一種負擔，但為了看起來好看而瘦身，有些情形從身體健康的角度來看是不必要的，不過有些人被社會價值觀所制約，而想盡辦法迎合社會對「美」的評價。雖然這種對「美」的評價，在被商業化炒作的結果，似乎成為一種普遍的社會價值觀，不過除了某些行業依其慣例須以身材作為評斷是否適合從事該職業的標準（例如空服員等相關服務業），通常一般人不會拿身材作為評斷個人工作能力或其他人格特質的標準，所以瘦身的風氣雖然會使一般人的「塑身」自主權受到限制，但不至於形成一種「強制」。

假設社會以是否具有某種能力作為對個人的評價標準，而該能力不但攸關個人是否能在社會生活中佔優勢，而且具有該能力的最有效方法為基因改造，整個社會甚至瀰漫著一股氣息：只有接受基因改造的人才會受到肯定，只有接受基因改造的人才能進入好的學校、得到好的工作，甚至以接受過某種基因改造作為選擇終身伴侶的條件；雇主為了提高生產力，要求員工接受

---

<sup>18</sup> 同註 17，頁 4-5。

基因改造，否則將面臨解雇的命運<sup>19</sup>。凡此種種，使得個人迫於生存，不得不尋求基因改造為自己加分，努力爭取接受此種基因改造的機會。以增強記憶力為例，如果可以比別人記得更多更牢，在工作上將具有更強的競爭力，以基因改造的方式增強記憶力，若可以通過倫理上的檢證，社會上並對於具有該特質的人予以正面的肯定，由於這樣的基因改造可以提升個人的生理功能，使得個人的記憶力增強，不過為了不被社會淘汰，個人迫於現實，將會尋求管道接受基因改造以增強記憶力，使得人與人之間產生競爭與壓力，造成對個人決定權的制約，進而造成競相接受基因改造的現象，可能使得社會上多數人都接受過增強記憶力的基因改造，超強記憶力反而成為社會上普遍的特質，一方面接受該項基因改造的人們並未達到預期具有優勢地位的效果，而形成資源浪費；另一方面，基因改造的費用昂貴，並非所有想接受基因改造的人在經濟上都有能力負擔該費用，以致於只有富有的人能接受基因改造，因而拉大了貧富差距<sup>20</sup>。

基因改造對個人生理功能的影響是不可逆的，而美容塑身的方法不論是抽脂或是服用藥物，或許有立竿見影的效果，如果事後沒有刻意保持身材，還是會復胖。因此，基因改造與美容塑身之間的差異是屬於「本質」上的不同。個人對某項基因改造趨之若鶩的現象，隱含著接受基因改造可以提升自己某種能力的社會價值觀，惟當基因改造達到預期的效果，如果事後反悔，想要回復尚未接受基因改造前之「原狀」，並非易事，則個人在選擇接受基因改造時，除了基於社會生活的需要，可能是在迫不得已的情況下選擇接受

---

<sup>19</sup> See Maxwell J. Mehlman and Kirsten M. Rabe, Any DNA to Declare? Regulating Offshore Access to Genetic Enhancement, 28 AM. J. L. AND MED. 179, 183(2002).

<sup>20</sup> See ALLEN BUCHANAN, DAN W. BROCK, NORMAN DANIELS & DANIEL WIKLER, supra note 10, at 97.

基因改造，又必須承擔日後無法回復原狀之結果，其受社會價值觀制約程度將遠比其進行美容塑身所承受的壓力更為強烈，可以想見此種社會價值觀對個人自主權的侵害更為嚴重，個人自主權受到威脅，造成限制、甚至剝奪個人自由選擇是否接受基因改造的權利之結果。

### 三、醫療特權對個人自主權的影響

個人在面對是否接受醫療行為的決定時，基於個人對於身體的自主權，有向醫師詢問與醫療行為相關資訊的權利，醫師本於醫學專業的倫理，不但有提供資訊的義務，亦應主動提供更多可幫助個人作決定的資料，使得個人在充分的告知及了解下為出於己意的醫療決定。

雖然醫師有對病人告知病情的義務，不過告知的內容通常會影響病人對於本身狀況的認知。例如，病人罹患不治之症，他問醫生：「我沒有得癌症，對不對？」醫師對他說謊：「你的身體跟十年前的你一樣健康。」這個謊言剝奪該病人利用適當資訊安排剩餘人生的機會，違反尊重自主權原則，不過上述情形可能可以基於行善原則而被合理化<sup>21</sup>。此情形涉及醫師基於其醫療專業所行使的「醫療特權 (Therapeutic Privilege)」，醫師在特殊的情況下，認為其有義務告訴病人的資訊，如果對病人揭露，可能會對病人造成實質負面的影響時，醫師可自為裁量，決定不將上述資訊告訴病人<sup>22</sup>。在美國法院判決先例 *Canterbury v. Spence* 一案中，法院似乎採取較嚴格的立場，認為如果根據醫師的判斷，該醫療資訊會使病人感到相當不舒服，或是心情煩躁，而不能作出理性的決定，或使得治療過程更為複雜或形成阻礙，或對病人造成心

<sup>21</sup> See TOM L. BEAUCHAMP & JAMES F. CHILDRESS, *supra* note 13, at 65.

<sup>22</sup> See Jessica W. Berg, Paul S. Appelbaum, Charles W. Lidz, and Lisa S. Parker, *INFORM CONSENT -LEGAL THEORY AND CLINICAL PRACTICE* 79(2001).

理上的傷害，則醫師有權不對病人揭露該資訊<sup>23</sup>，然而決定告知範圍的醫療特權不能無限制的擴張，如果病人因為得知某些資訊後，而放棄接受醫師認為對病人真正有益的治療方式，此時醫師可能保持沉默，而不告知病人那些會影響其決定的資訊，但是這樣的態度即使對心智正常的病人而言，也會造成不穩定或邪惡的後果，與病人應該自己為醫療決定的原則相違<sup>24</sup>。只要醫師依照專業判斷，認為病人的生理或心理狀況不適合接受醫療資訊時，可以將該資訊隱瞞，此種治療特權之例外瓦解了告知後同意法則，不過與傳統的醫療父權不同的是，醫師要主張治療特權而豁免告知後同意責任，必須負舉證責任，向法院證明，病人在系爭情況下，身心健康會因接受告知而受到損害<sup>25</sup>。

醫療特權的討論，集中在醫師基於具有風險性的醫療行為對病人病情的助益，由於告知風險會影響病人接受治療的情緒，所以對病人隱瞞有關風險的事實。若當事人主動要求醫師對自己進行基因改造，以增強記憶力，醫師得否因為有關風險的事實可能會影響當事人的決定，而對當事人有所隱瞞？此情形與醫師對病人建議接受具風險性的治療，而考慮不將風險的事實告知病人的情況不同，當事人雖然明知醫師所將採取的手段，但對於實施該技術所面臨的風險未必知悉，如果醫師刻意隱瞞有關風險的資訊，則使當事人陷

---

<sup>23</sup> "It is recognized that patients occasionally become so ill or emotionally distraught on disclosure as to foreclose a rational decision, or complicate or hinder the treatment, or perhaps even pose psychological damage to the patient. When that is so, the cases have generally held that the physician is armed with that a privilege to keep the information from the patient ....." See *Canterbury v. Spence*, 464 F. 2d 772,789 (D.C. Cir. 1972).

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> 楊秀儀，誰來同意？誰作決定？ - 從「告知後同意法則」談病人自主權的理論與實際：美國經驗之考察，台灣法學會學報，第二十期，頁 391（1999）。

於未完全受告知的情況下而作出決定，反而侵害當事人的自主決定權，因此，在當事人要求進行基因改造的情形，醫師對於風險的資訊宜主動告知當事人，使當事人完全了解基因改造所可能面臨的風險，在深思熟慮後作出是否接受基因改造的決定。

以上所討論外界因素對個人自主權的制約，在個人作決定時，均產生相當的影響。其中社會價值觀對個人決定權的制約，如同上述以基因改造增強記憶力的例子，接受基因改造與否將可能影響社會對個人的評價。醫師的醫療建議，依其所告知資訊之多寡或真實與否，對於病人的決定有正面或負面的影響，因此醫師在給予意見之時，須以對病人有利且不至事後對病人造成突襲的結果，例如病人本來預期接受手術會康復，結果卻導致突然死亡的結果，然而醫師並未告知該手術的成功率或可能的突發狀況，這樣的告知是明顯不足的。家人的意見對個人自主決定權亦有影響，惟影響程度因人而異，有些人在作醫療決定時會完全接受家人的意見，有些人則僅將家人的建議當作自己作決定時的參考，因此個人在為醫療決定時，多少會參酌家人的意見，只是未必會對個人產生決定性的效果。除了上述限制個人自主權的因素，原則上讓個人自由選擇是否承受基因改造之風險，我們可以在確定其明知風險存在但甘冒風險的情況下，容許其從事具有風險的行為<sup>26</sup>。

---

<sup>26</sup> See ALLEN BUCHANAN, DAN W. BROCK, NORMAN DANIELS & DANIEL WIKLER, *supra* note 10, at 195-196.

## 參、由未成年人接受基因改造

個人對於自己事務的決定，在具有自主能力的情況下，原則上應該尊重個人的自主決定權，只有在其決定與他人的權利產生衝突，或是受到外界因素的制約，個人自主權始有可能受到限制。未成年人雖有相當之智識能力，依據我國民法第十三條第二項，為限制行為能力人，依同法第一八六條規定，原則上由父母擔任其法定代理人，基於行使親權，為未成年子女為日常生活事務之決定，然而親權可得行使的範圍為何？是否包含醫療決定，甚至是基因改造的決定？父母在為未成年子女作決定時，是否有些準則可供依循，以達到保護未成年子女利益之目的？又，就醫療決定或基因改造之決定，未成年人有無自為決定之資格或能力？以下先探討父母為未成年子女為接受基因改造決定之性質，以及其為決定時的衡量標準，再討論未成年子女是否得自為決定接受基因改造。

### 一、由父母或法定代理人代為決定

親子關係建立之後，父母居於子女的法定代理人，基於照顧子女的日常生活以及幫助其人格健全發展，除了負有保護教養子女之義務，並有權利為子女對一些生活上的事務作決定，因此親權是親子關係中最核心的部分。親權的內容可分為兩部分，一為子女身分上之權利義務，一為子女財產上之權利義務，依據我國民法第一八四條第二項規定，父母對子女的保護教養義務為親權的本質，上述身分上與財產上權利義務為保護教養義務之具體內涵，在我國民法中例示的親權內容如下：

(一) 子女身分上權利義務：住居所指定權（民法第一六條），懲戒權（民法第一八五條），以及身分行為之法定代理權與同意權（民法第一八六條）。

(二) 子女財產上權利義務：財產行為之法定代理權與同意權（民法第一八六條），特有財產之管理、使用、收益及處分權（民法第一八八條）。

由上述有關親權的例示規定看來，民法並未明文規定父母有為未成年子女為醫療決定之權利或義務。惟父母為了保護未成年子女的健康，確有必要為其決定接受醫療行為，因此父母為未成年子女為醫療行為之決定，解釋上應在民法第一八九條對未成年子女權利義務行使負擔之範圍內，基因改造既為醫療行為之一種，則父母為未成年子女為基因改造之決定，亦包含在親權行使之範圍內。

美國法上對於親權的描述，依據實務見解，係「自然的，但是並非不可剝奪，而且受現行法律的規範」<sup>27</sup>，同時親權是基本權利的一種，依據美國憲法第十四增補條文正當法律程序的規定，受到州法高度的保障，至於親權的內涵，美國聯邦最高法院最早確立父母自主權（parental autonomy）的判決是 Meyer v. Nebraska，認為建立一個家庭及養育孩子屬於親權的範圍，且具有憲法上所保障的自由利益<sup>28</sup>。

依據美國聯邦最高法院之見解，父母擁有保護子女接受教育機會的權利，例如父母有權為子女選擇學校<sup>29</sup>，有權帶領子女接受宗教的薰陶<sup>30</sup>，上述權利均在親權的範圍內。對子女進行基因改造，似可與以教育的方式塑造子女

<sup>27</sup> See Ex parte Crouse, 4 Whart. 9, 11(Pa. 1893).

<sup>28</sup> See Meyer v. Nebraska, 262 U. S. 390, 399 (1923).

<sup>29</sup> See Pierce v. Soc'y of Sister, 268 U.S. 510, 534 (1925).

<sup>30</sup> See Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205, 213-14 (1972).

的權利相類比，如John A. Robertson所言：如果為子女聘請特別的家教老師、參加營隊或訓練計畫、甚至是為子女施打生長激素而長高了幾公分都在父母養育子女的合理範圍內，只要這些行為是安全的、有效的、而且對子女有利，為何以遺傳介入的方式增強子女的某些性狀相較之下並不合法<sup>31</sup>？

W. French Anderson則認為，父母為子女決定接受基因增益的行為超越任何一項憲法上親權的表現，最高法院對於父母是否有如此廣泛的權利控制子女的遺傳特徵亦未明白表態，即使親權包含對子女施以生物技術，該技術所產生的風險，可能使政府基於重大且合法的利益嚴格限制甚至禁止使用該等技術<sup>32</sup>，且對親權行使的保障並不包含父母基於特殊需求所為「冒險行為」<sup>33</sup>，因此以親權（parental autonomy）來解釋讓子女接受遺傳介入技術的行為似乎並不恰當。

父母對子女可以基於照顧的目的作出某些決定或安排，必須在必要且安全無虞的情況下行之，才不會適得其反，因此如果父母基於子女利益之考量，讓子女接受基因改造，而該技術的風險過高，使得子女所能獲得的利益與可能受到的損害無法平衡，則該父母的決定並不合法，法律應該管制此種類似「冒險」的親權決定；如果該基因改造對未成年子女而言不至於蒙受過高

---

<sup>31</sup> See Thomas Stuart Paterson, *The Outer Limits of Human Genetic Engineering: A Constitutional Examination of Parents' Procreative Liberty to Genetically Enhance Their Offspring*, 26 HASTINGS CONST. L. Q. 913, 930(1999).

<sup>32</sup> *Ibid.*, at 930-931.

<sup>33</sup> See Megan Anne Jellinek, *Disease Prevention and the Genetic Revolution: Defining a Parental Right to Protect the Bodily Integrity of Future Children*, 27 HASTINGS CONST. L. Q. 369, 372(2000).

的風險，對未成年子女未來發展或有助益，則似乎可以允許父母為未成年子女決定接受該基因改造。

由上述討論，父母為子女決定進行基因改造，屬於父母對子女行使親權的範圍。而父母在行使親權的範圍內，為子女作事務的決定時，必須考慮子女的利益。從美國司法實務見解觀察，法官在不同的案例中，所使用判斷父母的行為是否能夠符合照顧保護子女需求的判斷標準可能並不相同，通常在判決中出現的衡量標準有下列二種：

(一) 替代決定法 (substituted judgment approach)：

評估子女在有能力作決定的假設情形下可能的決定或偏好。此標準應該對曾經具有完全行為能力之人使用，而且有足夠的理由可以相信此決定如同由該人在失去行為能力之前作成，如果代理決定者可以回答「在此情況下，什麼是該人所要的」，則替代決定法是適當的決定模式，如果代理人只能回答「什麼是你希望該人得到的」，則不適合用替代決定法，因為這個決定與病人的連結並不存在，申言之，我們不能將此原則適用在為不曾擁有行為能力的個人作決定的情況，因為如果個人不曾具有自主能力，則自主決定的判斷基礎並不存在<sup>34</sup>。

Hart v. Brown案支持父母的同意足以代表未成年人，並認為父母的同意只有廣泛研究過父母的動機與論理過程後，才能確認其同意是合法的<sup>35</sup>，法院並認為，只要父母或其他監護人同意，在法律上即可允許未成年人接受非治療性的手術<sup>36</sup>。不過Grimes v. Kennedy Krieger Inc.案中，法院認為，如果該研究超出最小風險 (minimal risk) 範圍之外，不能完全根據未成年子女的父母或法

<sup>34</sup> See Tom L. Beauchamp and James F. Childress, *supra* note 13, at 100.

<sup>35</sup> See Hart v. Brown, 289 A. 2d 386(1972).

<sup>36</sup> *Ibid.*

定代理人的同意，而使未成年人接受非治療性的研究，並區分合理的醫學治療行為及可能對孩子導致傷害、永久性、甚至致命的非治療性處置<sup>37</sup>，對於非治療性研究作嚴格限制。

(二) 最佳利益法 (best interest approach) :

如果無從揣測子女在某種情況下可能作出的決定 (如子女還在母親的子宮裏)，則由其他人 (包含社會、家族成員、照顧者、立法者、法官、陪審團或倫理委員會委員) 設想自己在相同的情況下會有如何的選擇<sup>38</sup>。決定者在各種可能的選項中，選擇一個對當事人最有利的方案，法律假設父母對子女所為行為皆依據子女之最佳利益，國家通常也不干涉父母的行為，除非在極端特殊的情況，該行為對子女將造成嚴重的結果，國家將不允許該行為發生，例如信奉耶和華見證人的父母拒絕讓子女接受輸血，法院會作出該父母行為不合法的判決<sup>39</sup>。

通常父母行使親權時，係以子女最佳利益為考量標準。依據Blustein的理論，當子女的利益永遠優於父母，父母有責任滿足子女的需要，基於實現子女的利益而行使親權 (parental right)，家庭是為了照顧子女而存在<sup>40</sup>。雖然理論上父母為未成年子女作決定時，係子女最佳利益作為判斷依據，不過父母通常依據自己的信念、偏好及生活方式，為子女做對他們最好的安排，例如為未成年子女安排注射生長激素以增高，使得子女擁有父母所希望的特質。

<sup>37</sup> See *Grimes v. Kennedy Krieger Inst., Inc.*, 782 A.2d 807, 856(Md. 2001)

<sup>38</sup> See Maxwell J. Mehlman, *How Will We Regulate Genetic Enhancement?* 34 WAKE FOREST L. REV. 671, 681-683(1999).

<sup>39</sup> See TOM L. BEAUCHAMP & JAMES F. CHILDRESS, *supra* note 13, at 102.

<sup>40</sup> See LAINIE FRIEDMAN ROSS, *CHILDREN, FAMILIES, AND HEALTH CARE DECISION MAKING* 21 (1998).

然而父母的決定未必符合其子女的最佳利益，有些評論者認為，因為父母對子女未來特質的不當期待，使得子女承受一連串的痛苦，在道德上是錯誤的，或許我們可以類推：父母基於對子女的外表有不當的期待，可能讓子女接受基因改造，這種以自我為中心的決定，可能會構成虐待兒童 (child abuse)<sup>41</sup>，沒有任何一個人可以完全控制另一個人的人生，因此對於親權的行使，在法律上應該有所限制<sup>42</sup>。

有學者對於子女最佳利益之考量，提出限制父母自主權 (constrained parental autonomy) 的概念，認為父母在對孩子行使親權時，亦須考量家庭其他成員的生活上需求，不能只專注地照顧某一特定孩子，只要能夠滿足其基本需求即可，不必以該子女最佳利益為優先考量而犧牲其他家庭成員的福利<sup>43</sup>。未成年子女亦為家庭中的一分子，與其他家庭成員彼此利害與共，固然需要父母及其他成年人較多的照顧與關注，若因為傾全力照顧未成年人而犧牲其他家庭成員的基本需求，該未成年人可能因為家庭所儲備的資源已不足供應所有家庭成員的需求而無法繼續擁有如同以往的保護照顧資源，造成父母為了維持生計與照顧未成年子女陷入困境，子女亦不可能獲得妥善的照顧，因此父母在為未成年子女作生活上的決定時，當然必須考慮子女最佳利益，不過以滿足子女的基本需求為前提，而所謂的基本需求，視當時社會現實與家庭本身的經濟狀況而定，超過基本需求部份的提供，當由父母量力而為。

---

<sup>41</sup> See Roberta M. Berry, *From Involuntary Sterilization to Genetic Enhancement: The Unsettled Legacy of Buck v. Bell*, 12 NOTRE DAME J. L. ETHICS & PUB. POL'Y 401, 441(1998).

<sup>42</sup> See Therese Powers, *Race for Perfection: Children's Rights and Enhancement Drugs*, 13 J. L. HEALTH 141, 152 (1999).

<sup>43</sup> See LAINIE FRIEDMAN ROSS, *supra* note 40, at 45.

由上述分析可知，關於未成年子女接受醫療行為之決定，涉及未成年子女、父母、及國家三方利益的拔河，法院在審理相關案件時，應確認上述三方之利益係處於平衡狀態，且必須完整檢驗以下四個要件<sup>44</sup>：

(一) 子女的狀況及其與重要國家利益的關係，其中尚有三個要件需要考量：

1. 子女情況或需要之嚴重性：國家在涉及維護子女生命的情況，擁有實質的利益；不過如果子女的需要只是美容、與其生理或心理狀況之利益無關，此時國家的利益會大幅度退讓，而尊重父母的決定。

2. 子女狀況之可處理性 (treatability of the child's condition)：亦即討論該子女的狀況能否藉由國家強制手段獲得改善，如果是生理上的狀況，不論有無父母的合作，國家均應介入；在非生理上的狀況，國家則會尊重父母的決定。

3. 子女狀況在時間上的效力：國家對於保留子女的選擇權有其利益，但此效果持續到該子女得自為決定的時點。

(二) 父母的利益及反對立場之本質：

如果父母是基於害怕子女受到痛苦而反對，應該尊重父母的決定；不過，如果父母係基於一個無法成立的信念而反對某種醫療照顧，國家必須基於其利益而介入父母之決定。

(三) 對國家建議的治療方式，父母主張的替代方案：

在某些狀況中，國家選擇某一特定的醫療方式，然而父母卻為其他選擇，可能是決定不採取任何措施，或是決定對子女實施非正統的療法。在In re

---

<sup>44</sup> See Elizabeth J. Sher, Choosing For Children: Adjudicating Medical Care Disputes Between Parents And The State, 58 N.Y.U. L. Rev. 157, 186(1983).

Hofbauer中，法院認為該父母已經尋求正統的醫療協助，而且已經嘗試過醫師所建議的療法，此時法院尊重父母的決定<sup>45</sup>。

#### （四）其他相關事實：

例如其他政府機關，主要是社會福利機構，會為了保護國家及未成年子女的利益而提供服務。另外，當未成年子女已達到擁有自主決定權的年齡，其選擇或決定將受到相當的尊重，而會傾向保護該未成年子女之利益。

以父母希望子女服用Ritalin或生長激素為例，由於服用生長激素的長期效果尚屬未知，而Ritalin的使用效果並不如藉由他人幫助改善注意力來得顯著，因此這些藥物的成功治療機率很難確定，而且雖然使用Ritalin或生長激素不至於威脅生命，如果未成年子女不當的使用，對於未成年子女的利益將有嚴重的傷害，如果有其他替代的治療方法，法院可能會介入父母的自主權<sup>46</sup>。

## 二、由未成年人自為決定

根據研究顯示，孩子有足夠的自主能力為自己做醫療決定，此能力比法律上所認定的程度還高<sup>47</sup>，而且給予孩子自由去決定有關接受醫療的事務，可以提高孩子在治療過程中的配合度。過去以年齡作為行使同意權的標準武斷地認定孩子行使同意權的能力，因此受到廣泛的批評<sup>48</sup>。成熟未成年人原則（mature minor doctrine）即起源自一個想法：未成年人如果思想成熟，即有能力對於醫療行為行使告知後同意。適用此原則時的先決條件為：未成年人接近

<sup>45</sup> See *In re Hofbauer*, 47 N.Y.2d 648, 393(1979).

<sup>46</sup> See *Therese Powers*, *supra* note 42, at 162.

<sup>47</sup> See *Maggie O'Shaughnessy*, *The Worst of Both Worlds? Parental Involvement Requirements and the Privacy Rights of Mature Minors*, 57 OHIO ST. L.J. 1731, 1753(1996), 轉引自 *Therese Powers*, *supra* note 42, at 163.

<sup>48</sup> *Ibid.*, at 163-164.

成年人的年齡，通常是十五歲以上，表現了解該醫療行為的本質與風險的能力，而該醫療行為的本質並不危險<sup>49</sup>。美國Illinois最高法院於一九八九年接受此原則，其他法院則主張未成年人必須「以清楚且有說服力的證據證明他們的成熟」<sup>50</sup>。為了估計未成年人的思想成熟度，必須考量：（一）選擇的證據；（二）選擇的合理結果；（三）選擇所依據合理的理由；（四）了解選擇所代表的含意之能力；（五）對於選擇的切實了解。有些法院更要求必須對於選擇有深刻了解的能力<sup>51</sup>。當治療（treatment）所牽涉的風險很小，孩子通常有能力決定是否接受，如果風險較大，專家們用風險與行為能力的平衡檢驗，當風險增加，就應該證明未成年人的心智成熟度<sup>52</sup>。

成熟未成年人原則打破未成年人的隱私利益及國家與未成年人父母合法利益的平衡，不過因為標準模糊而飽受批評，目前在美國只有少數法院主張，未成年人可以基於此原則行使其隱私權以決定是否接受醫療<sup>53</sup>。

在一九六〇年代，法院建立在法律上孩子擁有平等受保護的權利，孩子的基本權利受到美國最高法院的肯認<sup>54</sup>，面對醫療決定，法院對於孩子行使自主權決定接受而不是拒絕時，較傾向尊重孩子的決定，因為對於孩子決定接

---

<sup>49</sup> See Melanie Pearce, Children As Subjects in Nontherapeutic Research- Grimes v. Kennedy Krieger Institution, Inc., 23 J. LEGAL MED. 421, 433(2002).

<sup>50</sup> See In re E.G., 549 N.E.2d 322(Ill. 1989).

<sup>51</sup> See Lawrence Schlam & Joseph P. Wood, Informed Consent to the Medical Treatment of Minor: Law and Practice, 10 HEALTH MATRIX 141, 160(2000).

<sup>52</sup> Ibid., at 161.

<sup>53</sup> See Christine M. Hanisco, Acknowledging the Hypocrisy: Granting Minors the Right to Choose Their Medical Treatment, 16 N.Y.L. SCH. J. HUM. RTS. 899, 919(2000).

<sup>54</sup> See Therese Powers, supra note 42, at 150.

受醫療決定時，例如接受服用增益藥物，對於孩子的人生有重大影響，即使父母反對，仍應給予孩子更多的尊重<sup>55</sup>。那麼如果第三人對未成年人所為行為未得其法定代理人同意，則該行為是否構成對未成年人的侵害？

在 *Lacey v. Laird* 中，法院認為不論外科手術對人體有益或無害，在對手術欠缺適當的行使同意時，對病人構成技術上的脅迫（technical assault），病人可請求損害賠償，不過只是名義上的損害（nominal damages），本案醫師對十八歲的少女在其同意之下施行整型手術，即使未得到父母或法定代理人的同意，並不構成脅迫<sup>56</sup>。通常在未取得父母或法定代理人同意時，醫師對未成年人施以手術，並無法律上權源<sup>57</sup>，僅有在緊急的特殊情況下，醫師雖然來不及得到父母或法定代理人的同意，仍可以對未成年人進行手術<sup>58</sup>，這個規則並非以未成年人行使同意權的能力為基礎，而是當醫師對孩子施以手術造成不希望發生的結果時，父母對孩子的保護照顧責任升高，對於是否讓孩子接受手術有同意權<sup>59</sup>。未成年人必須能夠衡量治療的風險與利益，估計治療的成功率，對於自己的選擇能夠說明理由，始擁有在告知後同意或不同意接受治療的權利，至於是否具有同意能力必須各別判斷<sup>60</sup>。因此能否不經法定代理人同意，而由未成年人獨立行使同意權，須視該未成年人是否具備判斷得失、分析利害的思考能力而定。

---

<sup>55</sup> Ibid., at 166.

<sup>56</sup> See *Lacey v. Laird*, 139 N. E. 2d 25, 26(1956).

<sup>57</sup> Ibid., at 29.

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> Ibid., at 30.

<sup>60</sup> See *Therese Powers*, supra note 42, at 164-165.

在美國的司法實務上，並沒有允許未成年子女得以其個人意志對抗其父母為其決定接受醫療行為之案例<sup>61</sup>。然而由一些美國的司法判決看來，多支持未成年子女應享有憲法上基本權利之保護，在其自為醫療決定時，其告知後同意權、身體完整性之保護、自我決定權及隱私權皆應受到保障<sup>62</sup>。雖然美國最高法院的判決僅在生產及墮胎的案例中肯認未成年子女受有隱私權的保障，但已有法院見解認為，對於未成年子女隱私權保護範圍擴張是無可避免的，言下之意為隱私權保障之情形將不侷限在生產或墮胎的案例，在醫療決定之場合，法院應該傾聽未成年子女的想法，尤其在該未成年人的健康及身體完整性受到威脅時，更應該讓未成年人有參與決定之機會<sup>63</sup>。

#### 肆、由胚胎或胎兒接受基因改造

基因改造的對象，不僅成年人或未成年人，母體中的胚胎或胎兒也有可能接受基因改造。對胚胎或胎兒進行基因改造，可以使胚胎或胎兒從一出生就具有改造後的特質，然而胚胎或胎兒在母體內，自己無法表達願意接受基因改造的意願，而無從行使自主決定權，此時父母可能成為胚胎或胎兒的代言人。然而父母為何可以為胚胎或胎兒代言？其為胚胎或胎兒決定接受基因改造時，所應遵循的原則為何？

---

<sup>61</sup> See Susan D. Hawkins, Protecting The Rights and Interests of Competent Minors in Litigated Medical Treatment Disputes, 64 *FORDHAM L. REV.* 2075, 2090(1996).

<sup>62</sup> *Ibid.*, at 2092.

<sup>63</sup> *Ibid.*, at 2101.

在討論為胚胎決定接受基因改造前，應先探討一個前提問題：個人基於未來世代的利益，對胚胎作基因改造，在倫理上是否可允許？對胚胎的遺傳介入，由於其本質上相當脆弱，遺傳介入行為將對於未來子代造成可能的風險<sup>64</sup>，其風險／利益的比例可能遠大於體細胞的遺傳介入。那麼我們是否應該永遠禁止胚胎的基因改造？有學者認為，我們不能基於技術上的高風險，而認為此類研究對後代子孫有潛在的傷害存在而不具任何價值，因為沒有人能夠預測上述技術上的困境何時能夠解決，我們必須依據作決策時的技術水準，而非以現在的技術與知識，去決定未來可否實施該技術<sup>65</sup>。但是對胚胎進行基因改造，牽涉到下一代生存上的利益，許多家長可能會認為，為了改善孩子的健康而選擇進行基因改造，使孩子承受輕度的風險是值得的，不過如果選擇作一些無關緊要的基因改造，而使孩子冒著輕微的風險，例如進行基因改造的目的在於將孩子的髮色改成紅色，則沒有必要讓孩子承受此風險<sup>66</sup>，尤其父母為胚胎決定接受基因改造，不可能得到其同意，父母是否有權代替胚胎決定接受具有風險的基因改造？因此在對胚胎進行基因改造所需承受的風險無法確定之前，不應貿然對胚胎進行基因改造。

父母原則上擔任未成年子女的法定代理人，有權為未成年子女為接受基因改造之決定，惟在此所稱之「子女」，除了出生後的未成年子女，是否包含未出生的胎兒或胚胎？更根本的問題是：胚胎或胎兒是否為權利主體並受

---

<sup>64</sup> See Marc Lappe, Ethical Issues in Manipulating the Human Germ Line, in Helga Kuhse and Peter Singer(ed.), *BIOETHICS: AN ANTHOLOGY* 159(1999).

<sup>65</sup> See ALLEN BUCHANAN, DAN W. BROCK, NORMAN DANIELS & DANIEL WIKLER, *supra* note 10, at 195-196.

<sup>66</sup> See Ronald Bailey, To Enhance or Not to Enhance - When Is It Moral to Genetically Engineer Your Offspring? Reason2002) <<http://www.reason.com/rb/rb050802.shtml>> (2002/11/3 visited).

到保護？因為法律上認為未成年子女是權利主體，只是由於社會經驗不足，基於保護未成年子女利益的立場，由父母以法定代理人的地位為未成年子女行使權利，如果肯認胚胎或胎兒是法律上保護的權利主體，則父母亦應以法定代理人的地位為胚胎或胎兒行使權利，不過保護胚胎或胎兒的時點從何開始？判斷或決定的標準與依據為何？尤其如果父母決定以胚胎的生殖細胞作為基因改造的標的，不可能事先取得未出生子女的同意，其倫理上的核心議題，在於人類胚胎道德的定位問題<sup>67</sup>。以下即就上述問題分別討論之。

### 一、胚胎或胎兒之道德與法律地位

在討論胚胎的道德地位之前，必須先對胚胎作一番定義。依據美國國家衛生院網站之線上百科全書對胎兒發育的介紹，在胚胎發育八週後，此時可將胚胎稱為胎兒，所有在新生兒身上的器官與結構都已存在，已出現類似於人的形體<sup>68</sup>，則在受精後發育八週內者稱為胚胎。

關於胚胎的道德地位，有兩種說法。一種極端的看法是：胚胎在受精之後就相當是一個人的主體（human subject），擁有相當於人（person）的權利，禁止一切傷害胚胎的行為，然而這個說法的弱點在於忽略了胚胎發育為人的生物學上過程。另一個極端的說法為：胚胎擁有的地位不過與人的身體組織（human tissue）相當，在處理胚胎之前，除了需要得到胚胎或有權為胚胎作決定之人的同意之外，對於胚胎之處置沒有其他限制，然而這個說法忽略了胚胎的生成相當一個新的基因形成，對於胚胎所為任何處置將影響未來孩子是否出生。

<sup>67</sup> 蔡甫昌，基因治療的倫理省思，應用倫理研究通訊，第十八期，頁 15（2001）。

<sup>68</sup> See Fetal development, Medical Encyclopedia, at <<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/ency/article/002398.htm>> (2001/11/3 visited).

比較中庸的看法是介於上述兩種說法之間，認為胚胎應該受到多於對人體組織的尊重，因為他有成為人的潛力，對於許多人具有象徵性的意義（symbolic meaning），不過不應該將胚胎等同於人一般看待，因為他還沒發育到具有個性（personhood），並非一個發育中的個體，而且可能並不了解自己的生物學潛能<sup>69</sup>。

學者Bonnie Steinbock認為，具有「知覺（sentience）」即足以擁有最低度的道德地位，所有有知覺主體，包括人、動物、有知覺的胎兒及嬰兒，其利益都應該被考慮，不過有些有知覺的主體其生命的價值高於其他主體，其具有較高的道德地位，例如基於與其他人之關係及所具有的潛在人格，我們可以將道德位格者（normative personhood）及生存權概念適用範圍延申到人類嬰兒，而不能適用在非人類的動物<sup>70</sup>。同時研究者發現，在母體內的胎兒可以聽到子宮內或是從其他部位傳來的聲音，因此晚期的胎兒已經或正開始經歷傳記生命，死亡剝奪他們的生命，也對他們造成傷害，因此對有知覺的胎兒而言，生命是一種利益，如同新生兒，有生存的權利（the right to live）<sup>71</sup>。

如果以「知覺」作為保護胚胎權益的標準，任何會使胎兒感到疼痛的實驗皆有足夠的理由禁止之，但是許多有清楚意識的動物被當作科學實驗的客體，使得牠們受到相當的痛苦，卻成為例行公事，即使具有理性的個體所擁有的重要利益永遠優於非理性但有知覺的個體，並不能證立吾人可以忽略動物的利益。學者認為，當我們有充足的理由相信個體不會經歷或受到傷害時

---

<sup>69</sup> See JOHN A. ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE- FREEDOM AND THE NEW REPRODUCTIVE TECHNOLOGY 102(1994).

<sup>70</sup> See BONNIE STEINBOCK, LIFE BEFORE BIRTH - THE MORAL AND LEGAL STATUS OF EMBRYOS AND FETUSES 70(1992).

<sup>71</sup> Ibid.

，對於這些個體投注許多關切，為何我們對於遭受痛苦且有知覺的動物的利益卻漠不關心<sup>72</sup>？

認為胎兒具有道德地位的學者，多反對以胎兒作為研究客體，例如Paul Ramsey反對所有對兒童及胎兒做非治療性研究（對受試者本身並不能獲得利益，研究目的是為了幫助其他病人）的實驗，理由在於兒童及胎兒對於實驗程序不能表示同意。不過，Richard McCormick則認為，在該非治療性實驗，只要該實驗沒有已知的風險或不合理的不舒服感覺，父母可以為子女行使代理同意權<sup>73</sup>。

再試著從法律對於權利主體的規範，觀察法律上對於胚胎法律地位的態度。法律所規範的對象為「人」，依據我國民法第六條，「人之權利能力，始於出生，終於死亡」，對於未出生的生命，如胚胎，法律為了保障其在出生後可得享有的權利，而在民法第七條規定，「胎兒以將來非死產為限，關於其個人利益之保護，視為既以出生」。胚胎亦為將來可能出生的生命，法律上對於權利主體的界定，是否將其生命存在的時間點往前推，即溯及到胚胎期？

既然胎兒在法律上，關於其利益，以將來非死產為限，視為其既以出生，可享受等同於人的權利保護，胚胎似亦可享有等同於人的權利保護。然而基於保護生命的觀點，法律上至少對於胚胎的生存權雖有所保障。惟胚胎尚未具備分化完成的器官，更別說是法律上主體所具備發育完成的大腦、神經系統，以及知覺能力，且還有可能形成雙胞胎或嵌合體（mosaicism）<sup>74</sup>，所以

---

<sup>72</sup> Ibid., at 189.

<sup>73</sup> Ibid., at 190.

<sup>74</sup> 所謂嵌合體（鑲工態）（mosaicism），係指在遺傳學上，一個生物細胞具有不同構造之染色體。參道氏醫學大辭典，頁1190，藝軒圖書出版社（1992）。

胚胎並不是獨立的個體，不能輕易地被當作法律上的主體<sup>75</sup>，以民法所規範的主體為「人」的概念來看，把主體擴張到胚胎似乎太過。

不過胚胎是否有能力依據法律而自行主張權利或負擔義務，與其在法律上是否受到保護係屬二事。或許我們可以保守的主張，胚胎不能如同未出生的胎兒，在法律上關於其個人在民法上利益之保護，視為既以出生，至少我們不能否認胚胎是一個孕育中的生命，對於生命的存在應賦予相當的保護，尤其在現代以人為方式操縱胚胎的情況，不只是墮胎而已，運用生物科技對胚胎進行基因改造已經是科學家研究的方向之一，因此我們可以基於保護胚胎的生命延續，討論保護胚胎的時點，其意義相當於討論吾人可以容許以外力介入胚胎發育的程度與時點。

人類的胚胎期，從受精之時起，大約至受精後八周，則關於對胚胎生存權保護的始點，涉及人類生命始於何時的定義性問題。關於此問題有下列數種說法<sup>76</sup>：

（一）受精卵形成時：精子與卵子一旦結合，人的生命即誕生，對於人的尊嚴以及對生命的尊重則從生命誕生之時開始。美國加州最高法院Davis v. Davis案中，法院為保護體外受精子女的最佳利益，認為生命起點為受精時。

（二）受精卵或胚胎著床時：受精卵的著床機率為30%至40%，此乃自然淘汰現象，未著床而自然流失的受精卵並非生命，在人工生殖技術上，於體外結合的受精卵，尚未著床前，僅處於受精卵的狀態，尚無生命象徵。

（三）早期胚胎（受精後十四天之胚胎）：胚胎在受精後十四天，具有神經系統出現之初期跡象，可視為人而受到等同於人的尊重。

<sup>75</sup> See JOHN A. ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE- FREEDOM AND THE NEW REPRODUCTIVE TECHNOLOGY 104 (1994).

<sup>76</sup> 王富仙，受精卵法律地位之探索，法學叢刊，第一八三期，頁9-10（2001）。

關於胚胎權利保護的時點，另可參考Roe v. Wade案處理允許婦女自主決定墮胎時點的討論，美國最高法院於本案的見解為：「基於國家對於潛在生命的重要且合法利益，重要的考量點(“compelling” point)為胎兒在母體外獨力存活之能力(viability)，因為此時推定胎兒具有在子宮外進行有意義生活的能力，國家對於胎兒生命的保護規範的保護時期界定具有生存能力之後，在邏輯上和生物學上皆能證立。」<sup>77</sup>依據該判決所引的資料，在胎兒七個月(二十八週)大時具有生存能力，時點可能會提前到24週，且生存能力的標準依據當代的醫療水準而有變化，隨著醫療技術的提升，生存能力的時點將會提前，為了保護具有生存能力的胎兒，國家禁止墮胎的時點亦將提前，造成嚴格限制墮胎權利的結果。不過醫學對於救助未成熟胎兒的能力有一定的極限，一般來說，懷孕未達二十三或二十四週的胎兒呼吸系統尚未成熟而不能發揮功能，即使依賴呼吸器的輔助也很難獨立存活<sup>78</sup>。因此禁止墮胎時點會受到人類胚胎發育極限的限制，可以找到科學上的根據，應該討論的是以具備存活能力作為保護胚胎生命的起點是否合理。

Roe v. Wade以胎兒具備獨立存活能力之時作為保護其生存權利的起點，係以胎兒擁有生命的利益相對於母親身體自主權的保障，權衡之下所定出的時點，如果借用此一時點討論保護胚胎生存權利的時點，對於胚胎權益的保障，是否不分情況，亦以具有獨立存活能力為準？由於對胚胎進行基因改造，原則上並不會影響母親的健康，未必會與母親身體自主權產生衝突，直接

---

<sup>77</sup> See Roe v. Wade, 410 U.S. 113(1973).

<sup>78</sup> See BONNIE STEINBOCK, LIFE BEFORE BIRTH - THE MORAL AND LEGAL STATUS OF EMBRYOS AND FETUSES 82-83(1992).

影響的是胚胎的健康，因此並不見得必須依 Roe v. Wade 所揭示，以獨立存活能力作為保護胚胎的唯一時點。

對於胚胎在法律上的定位，目前在學說實務上仍爭論不休。生命的存在是一種延續的過程，而法律上對於生命的定義卻要求以一個確定的時點作為判斷，此一時點應視法律的規範目的而定，規範目的不同，生命的概念在法律上的意義亦不同，例如民法第七條保障胎兒個人利益，但優生保健法第九條規定於一定條件下可實施人工流產，這種因不同法域間規範目的的不同，產生理念上的差異，並不會影響法律的公平性與合目的性，因此要統一認定生命開始的起點，似乎有困難<sup>79</sup>。因此吾人似乎不須對胚胎何時應視為生命而賦予等同於人或胎兒的看待之問題，執著於找出一個普世認同的標準，而將討論的重點放在對特定議題的處理，例如對胚胎進行基因改造，其適當時點為何？本文以為，胚胎係人類生命存在的前階段，只要不侵害胚胎生命的存續，除非在胚胎發育的某一時點進行基因改造會造成胚胎的嚴重傷害，甚至死亡，否則似可考慮對胚胎進行基因改造。

## 二、為胚胎或胎兒決定接受基因改造之正當化基礎

父母基於法定代理人的地位，為胚胎或胎兒做接受基因改造的決定，其合理化基礎為何？由前述討論，父母為未成年子女決定接受基因改造，其權利係來自法律所賦予之親權，胚胎或胎兒既為未成年子女出生前的生命存在狀態，當父母決定為其做基因改造，應亦屬於親權行使的範圍內。

除了以親權行使作為父母為胚胎或胎兒決定接受基因改造的行為做解釋外，是否可以用父母行使其生育自主權的概念來解釋此行為？有學者認為，如果將基因改造嬰兒及生育自主權的保護相提並論，這種見解忽略了保護生

---

<sup>79</sup> 同註 76，頁 10。

育自由權以及基因改造嬰兒的權利兩者的差異，雖然保護生育自由權具有不可逆的效果，但是對於人類基因庫不會造成太大的風險，因此生育自主權的行使並不會對人類社會的未來世代產生長遠的影響<sup>80</sup>，但是基因改造嬰兒不但有不可逆的效果，而且會改變人類的基因庫，對人類社會未來世代將產生長遠的影響，所以基因改造不在生育自主權的範圍內。

John A. Robertson 對於上述見解持批判的態度，在其有關基因增益的討論中，認為生下具有某種特徵的小孩之選擇權，如同選擇或控制子代特徵的出生前權利（pre-birth right），因此，如果婦女因為對嬰兒的基因增益行為受到禁止或限制，而決定墮胎，她可能會主張其生育自主權受到潛在的侵害。因為婦女以胎兒是否接受基因增益決定是否生育，所以基因增益可說是生育自主權的核心概念，只要對孩子沒有危險，她會主張基因增益行為在生育自主權的範圍之內而應受到保障<sup>81</sup>。對於胚胎或胎兒基於治療疾病的目的為醫療介入（therapeutic intervention），將影響未來出生子代的福利，尋求一個健康的孩子是生育自主權的中心思想，為了預防嚴重的疾病而在出生前對期待出生的子代所為行為，即在生育自主權的範圍之內<sup>82</sup>。

雖然John A. Robertson的見解非常具有說服力，有學者認為，從保障生育自由的角度來看，仍有值得討論之處<sup>83</sup>：

---

<sup>80</sup> See Thomas Stuart Paterson, *The Outer Limits of Human Genetic Engineering: A Constitutional Examination of Parents' Procreative Liberty to Genetically Enhance Their Offspring*, 26 HASTINGS CONST. L. Q. 913, 925-926(1999).

<sup>81</sup> *Ibid.*, at 927.

<sup>82</sup> See JOHN A. ROBERTSON, *supra* note 75, at 161.

<sup>83</sup> See Thomas Stuart Paterson, *supra* note 31, at 927-929.

(一) 在Robertson的論述中，忽略了Roe及Casey<sup>84</sup>案的立論基礎並非完全基於生育自由，同時也依據個人自主權及身體完整性的法則，在遺傳工程進行的場域中，身體完整性並非居於絕對的地位，法院可能傾向認為：沒有「基本」權利、也沒有任何權利「隱含」著增進孩子遺傳性狀的自由權利。

(二) 在Casey案中，建立了不論是在具有存活能力之前或之後，國家對於嬰兒的生命皆具有利益，而且有能力介入母親代表其利益所主張之生育自主權。所謂「存活」，係在母體外具有得以維持生命的能力。由於生殖技術的發展，醫師幫助嬰兒在胚胎發育早期於母體外維持生命的能力提高，依據Casey案的見解，基於保護胎兒生命的目的，國家將更有能力嚴格地規範父母對胎兒的行為。

(三) Casey案中揭示，國家對於保護可能成為小孩的胎兒的生命具有法律上的利益。Robertson主張，對具有存活能力前的胎兒，婦女可以根據某些法律規範，以任何理由決定墮胎，其原因包括孩子不具有某些特徵，但不能由此導出該婦女可以對孩子進行基因增益使其具有某些特質。接受基因增益的潛在小孩可能會因為生殖細胞的遺傳工程而健康受損，因此國家對於防止該潛在小孩的DNA受到改造具有合法利益。

以生育自主權的概念解讀對胎兒進行基因改造並不妥當，原因在於生育的決定與遺傳介入行為的目的及本質不同：對子女進行遺傳介入的目的在於改善未來子女的生活品質，而依據美國聯邦最高法院法官的見解，保護婦女

---

<sup>84</sup> 本案討論婦女終止懷孕的權利，及國家介入決定的基礎。雖有 *Roe v. Wade* 之判決先例，本案並不以 trimester framework 判斷婦女得以自己決定終止懷孕的時點，在胎兒具有存活能力 (viability) 之前，加上「undue burden test」作為評估是否作為墮胎限制的標準，法院必須實際審查在胎兒具有存活能力之前終止懷孕對孕婦與胎兒的影響，始能做是否允許墮胎的判斷。See *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833(1992).

的隱私利益，讓婦女自由決定對生育的規劃，在保護婦女身體自主權的同時，可能會因此傷害了未出生子女的利益，所以生育自主權並非保護遺傳介入權利的基礎。如果強將遺傳技術的使用納入生育自由的範圍內，會使得我們為了保護胎兒的利益，而對於生育自由的審查陷入不必要的深思熟慮，反而過度侵害婦女的生育自主權<sup>65</sup>。因此對子女進行基因改造的權利與生育自主權分別表彰不同的利益，在考慮對胎兒進行基因改造時，應該同時與婦女的生育自主權作利益衡量。

美國聯邦最高法院的判決中，以生存能力作為判斷可否墮胎的基準，然而生存能力的概念，與基因改造子女的權利及相關國家利益間的平衡並無關連，而且基因改造對胎兒的傷害在具有生存能力之前即已發生，所以藉由保護生育自主權之理念，以生存能力作為界定上述平衡的參考標準並不適當<sup>66</sup>。亦有學者認為，從某一個角度來看，對胚胎施以基因改造所牽涉的國家利益並不是保障胎兒的生命，而是對於未來子女心理上福利的關懷<sup>67</sup>，亦與文化及遺傳上多樣性的國家利益相關，上述利益並非基於生存能力的考量而存在；從另一個角度來看，父母決定以遺傳工程改變其子女，並非決定是否擁有子女，只和決定擁有什麼樣的孩子有關<sup>68</sup>。

---

<sup>65</sup> See Megan Anne Jellinek, Disease Prevention and the Genetic Revolution: Defining a Parental Right to Protect the Bodily Integrity of Future Children, 27 HASTINGS CONST. L. Q. 369, 380-381 (2000).

<sup>66</sup> See Skylar A. Sherwood, Don't Hate Me Because I'm Beautiful...And Intelligent...And Athletic: Constitutional Issues In Genetic Enhancement And The Appropriate Legal Analysis, 11 HEALTH MATRIX 633, 654-655(2001).

<sup>67</sup> Ibid., at 657.

<sup>68</sup> Ibid., at 655.

綜上所述，學說或實務上對父母為胚胎或胎兒決定接受基因改造行為定位的說法各有所據：從親權的觀點，認為父母為胚胎或胎兒為基因改造的決定係父母基於照顧子女的立場所為，因此該行為在親權的範圍內。基因改造的決定與父母決定對子女的教養方式類似，只是基因改造所可能達到的效果並非外在環境的潛移默化，而是內在特質的改變，不過這種教育方式對於子女的生命身體具有相當的風險性，對此「冒險行為」必須予以管制，如果對於子女的身心會造成相當的危害，即使是屬於親權行使的範圍，仍應予以禁止，至於何種基因改造行為應該管制，則必須依據研究者依據科技發展，對於基因改造技術作風險評估，始可擬出規範的方針。

從父母生育自主權的觀點，如果對子女基因改造與否的決定，會影響生育的決定，為了實現生育自主權本身的意義及其保護目的，應可將基因改造的決定納入生育自主權的範圍內。不過是否使未來子女接受基因改造，未必只牽涉到希望擁有怎樣的孩子，可能和是否擁有孩子的決定有關。假設夫妻之一方在遺傳檢測後發現有基因缺陷，有相當機率會藉由生殖遺傳給下一代，只有基因改造可以使後代免除遺傳疾病的陰影，此時如果可以使未來子女接受基因改造，該夫妻才會進一步考慮是否生育。而未來子女接受基因改造，除了牽涉子女的利益、生育自主權的行使，如果基因改造行為係於母親懷胎時進行，更與母親的身體自主權息息相關，此時形成三方權利勢力的拔河，當父母以子女接受基因改造作為生育子女的前提時，所欲使子女接受的基因改造，不論是修改基因的缺陷或是增強基因的功能，應係對子女有利，則子女的利益與父母的生育自主權站在同一陣線，而母親身體自主權可能與子女的利益產生衝突，因為對胚胎或胎兒進行基因改造，對母體而言是一種侵入性的行為，應該使母親得到充份告知，而同意此侵入行為，並且不致使母

體蒙受過大的風險，雙方利益才能平衡，而不至於過分偏重子女的利益而輕忽母親的利益。

關於對胚胎或胎兒進行基因改造，有學者在關於基因增益的討論中認為，此舉將使得未出生的孩子沒有能力選擇是否接受基因增益，係剝奪孩子決定自己希望的人生的決定權<sup>89</sup>。然而進一步思考，如果孩子在出生懂事之後，因為種種因素，覺得來到人世是件很痛苦的事，他是否能夠向父母主張，父母生下他侵害了他選擇是否出生的權利？我們並不能選擇是否出生，即使在出生之後沒有一個良好的成長環境，甚至帶有遺傳疾病，這只是外力無法支配的機率問題，我們不能把人力不能控制的結果歸咎給任何人。

胎兒無法選擇是否出生，也無從選擇是否接受基因改造，因為這是父母在胎兒出生前為胚胎所作的處置。以胎教來說，父母對未來的子女有所期待，所以孕婦在懷孕期間，會以聽音樂、閱讀書報等方式，來陶冶性情，也希望腹中的胎兒也會受到類似的影響，這樣的作法似乎也是一種決定子女未來發展方向的方式。出生前的基因改造有類似胎教的效果，不過對於胎兒有更直接的影響，在影響程度上遠高於胎教，雖然如此，就算讓胎兒或胚胎接受基因改造，站在基因相對決定論的立場，並不是體內所有的基因都必然會表現，還需要與其他基因及所處環境等因素相互配合，始有可能達到基因改造所預期的效果，因此我們並不能斷言，使胎兒或胚胎接受基因改造，就會造成對未來子女人生發展的限制，需要控制的是基因改造實施於胚胎所可能發生的風險。

---

<sup>89</sup> See Maxwell J. Mehlman and Kirsten M. Rabe, *supra* note 19, at 183.

## 伍、由國家強制人民接受基因改造

從前述可知，個人具備作決定的自主能力時，或父母居於法定代理人的地位，得由個人或父母對個人事務作決定，那麼國家可否基於政策目的，或是保護個人利益，為個人決定接受基因改造？

在美國司法實務上，Buck v. Bell案涉及對於弱智者以州政府的名義（國家公權力）剝奪其生殖能力的問題，法院認為政府此舉屬於美國憲法第十四修正案的授權範圍內<sup>90</sup>。本案的爭點在於：州政府是否可以基於考量上訴人與社會的利益，依據剝奪生殖能力法（sterilization statute），以手術的方式使得上訴人可以安全地在療養院以外的地方享受自由與快樂的生活？<sup>91</sup>本案上訴人因為有認知上的心理障礙，而無法獨立為與自己相關的事作決定，原審法院認為上訴人有可能會生下無法適應社會生活的後代，所以她應該在不影響身體健康的前提下接受絕育手術，同時也能保障她個人及社會的福利<sup>92</sup>。與其等著把她的孩子送進監獄，或是讓他們因為心智障礙而挨餓，社會應該防止類似社會不適應的情況發生，這對整個世界來說是好的，而且這個原則從強制接種疫苗到切斷輸精管皆可適用<sup>93</sup>。依據上述案例，國家強制個人接受絕育手術，直觀來看，係剝奪其生育自由，但是國家強制個人接受絕育手術的理由，在於保障個人享有在社會上生活的福利，以及社會免於為了照顧心智障礙

---

<sup>90</sup> See Buck v. Bell, 274 U.S. 200(1927).

<sup>91</sup> Ibid.

<sup>92</sup> Ibid.

<sup>93</sup> Ibid.

者而付出過多成本而得到利益，權衡所受損害與所獲得的利益，選擇強制心智障礙者接受絕育手術。

然而此實務見解自一九二七年作成之後，受到學界及實務界廣泛的討論，批評大多集中在此見解助長國家以強制的手段達到優生的目的<sup>94</sup>，以及不當地剝奪Carrie Buck的生育自由<sup>95</sup>。但是Buck v. Bell的見解並未被廢棄。依Skinner v. Oklahoma的見解，最高法院宣示生育權是基本權利，並適用嚴格審查標準（strict scrutiny），認定Oklahoma州法對涉及道德上邪惡行為的重罪犯強制絕育的規定違反憲法上的平等保護條款（the Equal Protection Clause）<sup>96</sup>，非如Buck v. Bell使用衡平檢驗（balancing test）。在Buck v. Bell判決之後的法院見解，例如Roe v. Wade，確立了生育自主權的保障，表明隱私權包含生育權及墮胎權，並在判決中引用Buck v. Bell，表示該案是合法限制生育權的實例<sup>97</sup>。不過在Roe v. Wade之後，法院不再引用Buck v. Bell討論生育自由。在一九六〇年代以後，法院對身心障礙者進行非自願絕育的討論，也不再以優生為目的，而以個人利益之考量作為合理化的論證基礎<sup>98</sup>。

不論國家對於身心障礙者強制絕育的目的是優生、或是其他利益，此種以強制手段侵害個人生育自由的行為違背憲法對生育自由的保障，對個人來說是相當具有攻擊性的，而且是不尊重個人自主權的表現。退一步言，如果

---

<sup>94</sup> See, e.g., Mary L. Dudziak, Oliver Wendel Holmes as a Eugenics Reformer: Rhetoric in the Writing of Constitutional Law, 71 IOWA L. REV. 833, 848-867(1986).

<sup>95</sup> See Roberta M. Berry, From Involuntary Sterilization to Genetic Enhancement: The Unsettled Legacy of Buck v. Bell, 12 NOTRE DAME J. L. ETHICS & PUB. POL'Y 401, 427(1998).

<sup>96</sup> See Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942).

<sup>97</sup> See Roe v. Wade, 410 U.S. 113(1973).

<sup>98</sup> See Roberta M. Berry, supra note 95, at 429.

不對心智障礙者強制實施，而該心智障礙有遺傳性，社會可能將付出相當的成本（如醫療照顧，甚至刑罰）去處理心智障礙者不適應社會生活所產生的問題，不過國家節省管制成本的所獲得的利益是否可以高過個人行使生育自主權的利益，是值得商榷的。

國家以強制手段限制人民自由之事例，除了上述對身心障礙者進行強制節育以外，對於社會適應不良或有礙公共衛生之個人，國家可能以某些強制手段預防或避免該個人對社會造成危害。以我國精神衛生法為例，依該法第二十一條第一項及第二項規定，嚴重病人如有明顯傷害他人或自己之虞，或有傷害行為時，經專科醫師診斷有全日住院治療之必要，而不接受全日住院治療者，應由二位以上專科醫師鑑定，經書面證明有全院住院治療之必要者，應強制其住院。並依同法第二十三條規定，依第二十一條第二項規定之強制住院，其期間以三十日為限，但經二位專科醫師鑑定，認有必要繼續住院治療者，應留院治療。其以強制住院之手段，使精神疾病之嚴重患者得以接受適當的治療，早日回復健康，重新適應社會生活，且強制住院之期間有一定限制，除有必要始得延長，一方面強制住院係以治療疾病為目的，暫時限制病人之自由權利，手段上並無不當；另一方面，國家對於社會秩序之維護有其利益，而該法之立法目的即係增進國民心理健康、維護社會和諧安寧，其手段與目之間並無失衡之處，因此，前開精神病患的強制住院措施在法理上是可容許的。

承前述討論，國家基於個人及社會的利益，而強制個人接受絕育，涉及國家利益與個人自由權利的衝突，如果有其他替代方案，國家應該採取侵害個人權益程度最小的方式，而應迴避對個人權益侵害較大的手段。假設Buck v. Bell中，Carrie Buck的身心障礙可以用基因改造的方式解決遺傳上的問題，那麼國家是否可以基於照顧國民的立場，強制個人接受基因改造技術？從國家

的強制行為來看，其手段侵害個人選擇是否接受基因改造的自由權；從利益的角度來看，個人接受基因改造會提高在社會中的適應能力，對於人口品質也有提升的效果，使社會更有發展的潛力，但是如果沒有強制個人接受基因改造，社會是否會因此蒙受損失？對於一般身心功能正常的人來說，如果未接受基因改造，社會狀況並不會因此有很重大的改變，即使認為接受基因改造者會幫助社會進步發展，也僅止於「預測」，如果沒有適當的條件配合，或許基因改造的接受者並不能發揮其增強的特質，因此國家並沒有強制個人接受基因改造的合理基礎，是否接受基因改造，應開放讓個人自由決定。

## 陸、代結語—我國法制對基因改造決定與接受之因應

關於胚胎的定位，目前尚有爭論，父母對於胚胎的保護照顧，是否會因為胚胎定位的問題而有影響？依據我國民法第七條，胎兒以將來非死產為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。觀此意旨，父母於子女在胎兒期，即可基於保護胎兒的利益而為身分上或財產上行為，並不因為胎兒發育的時期而有所不同，且在此所保護的主體「胎兒」，解釋上應可往前擴張到胚胎期，因為父母對子女的照顧應該從受孕之時起就已開始，不因處於胚胎期或胎兒期而有所不同。

既然吾人肯認應賦予胎兒或胚胎一定程度的保護，在民法上「未成年子女」的定義是否可以擴張到胎兒與胚胎？根據上述討論，對於胎兒或胚胎所得享有的權益，法律上應保護之，並由父母以法定代理人之地位代為行使，如同父母對未成年子女之權利或義務的行使或負擔，因此將未成年子女的定義擴張到胎兒及胚胎，似為合理，因此不妨在民法親屬編關於未成年子女權

利義務之行使與負擔之相關規定中明文表達此一意旨，以落實父母有照顧胎兒或胚胎之權利義務之主張。

依民法第一一六六條規定，「胎兒關於遺產之分割，以其母為法定代理人」，係由於胎兒因遺產分割而享受利益，惟由於尚未出生，無法行使其權利，因此在立法政策上由其母親以法定代理人的地位代為行使權利。由於胚胎可說是「潛在的孩子 (potential child)」，父母對於胚胎應亦有保護的義務，參照前述對於胎兒權利之保護與行使之規定，並賦予父母對於某些事務的代理權限，如果我國在有關胚胎的立法政策上，肯認應賦予胚胎某種程度的保護，例如在受精十四日後保障其生命權，則在民法總則編關於自然人的規定，對胚胎法律地位或其權利保護予以明文，似乎更能表彰我國對於胚胎保護的立場。

依據我國民法第一八四條第二項，父母對於未成年子女，有保護及教養義務，同法第一八九條，對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。同條第二項規定，父母對於未成年子女重大事項權利之意思表示不一致時，得請求法院依未成年子女最佳利益酌定之。由上述規範觀之，父母得對未成年子女行使親權，且當父母基於行使親權為未成年子女作決定時，亦應以未成年子女最佳利益作為決定之依據。雖然民法親屬編對於父母行使親權有所規定，然而對於親權所得行使的範圍並未明文規定，亦未在法規中設立一套準則，其原因或許在於父母如何保護教養子女屬於父母個人自主決定的範圍內，應由父母針對子女的需求自為決定，法律原則上不宜過度設限，惟若該父母基於親權對子女所為行為或決定，反而侵害子女的人格發展或自主權，甚至涉嫌虐待或保護過當等情，法律則應於適當情形予以必要的干涉。我國最高法院八十六年度台上字第一三九一號判決，認為「所謂濫用親權之行為，非僅指父母積極的對子女之身體為虐待或

對子女之財產施以危殆之行為而言，即消極的不盡其父母之義務，例如不予保護、教養而放任之，或有不當行為或態度，或不管理其財產等，均足使親子之共同生活發生破綻，皆得認係濫用親權之行為。」據此觀點，若父母基於某種目的，使未成年子女、胎兒或胚胎接受風險過高的基因改造，則該行為為將可能涉及對子女身體之虐待，而有濫用親權之虞。

至於未成年子女得否自為決定接受基因改造之問題，我國民法第七十七條規定，限制行為能力人為意思表示，應得法定代理人同意，但純獲法律上利益，或依其年齡及身分，日常生活所必需者，不在此限。則未成年人接受基因改造，是否符合民法第七十七條但書之情況，有待討論。所謂「純獲法律上利益」，係指單純取得權利，或免除義務，亦即自形式上、法律上觀之，限制行為能力人不會因其意思表示而在法律上負有不利利益，例如接受他人贈與。而未成年人如自為決定接受基因改造，除非當事人間約定該醫療契約為無償，否則尚須支付對價，並非純獲法律上利益。而所謂「依其年齡及身分，日常生活所必需」，購買文具等行為屬之，惟基因改造並不如購買日常生活用品一樣單純，需要評估其必要性及風險，似乎非一般限制行為能力人的心智能力所能勝任，前述Lacey v. Laird的見解，以個案判斷未成年人的判斷及思考能力作為得否允許未成年人自為決定接受醫療行為之依據，頗值參考，惟站在保護未成年人利益之立場，即使該未成年人有足夠的心智能力，仍應將其決定與其法定代理人之意見合併考量，亦須尊重未成年人之意願，以達符合未成年人最佳利益之目的。

歸結本文之討論，當成年人為接受基因改造的對象時，原則上由該成年人自為決定，但是其決定可能會受到其他非個人因素的影響，包括家庭成員的反對或支持、社會上對於具備某種能力的評價與需求、以及醫師對於有關基因改造功效或風險事項告知的程度，使其決定受到制約，為了達到尊重個

人自主決定權的目的，排除不必要的制約，醫師應善盡其告知義務。未成人為基因改造之對象時，原則上由父母或其法定代理人基於行使親權代為決定，但也有可能自為決定，其能否不經法定代理人同意，而獨立行使同意權，須視該未成人是否具備判斷得失、分析利害的思考能力而定。胚胎的倫理與法律地位尚有爭議，因此是否能夠允許以胚胎作為基因改造之標的，亦未有定論，有鑑於基因改造所可能產生的風險，目前國內外立法例多持保留的態度。如果國家允許以胚胎進行基因改造，父母得基於行使親權，代胚胎決定接受基因改造。

雖然個人有權為自己決定接受基因改造，或代替未成人、胎兒或胚胎作基因改造之決定，在利益與侵害權衡之下，如果國家與人民因為基因改造所得到的利益，並未大於國家侵害人民自主權所造成的損害時，國家在政策上不得以強制力要求個人接受基因改造。

## 參考文獻

### 書籍

道氏醫學大辭典，藝軒圖書出版社（1992）。

Anderson, Douglas M., Jeff Keith, Patricia D. Novak, and Michelle A. Elliot, Mosby's Medical, Nursing, & Allied Health Dictionary, Mosby, 2002.

Beauchamp, Tom and James F. Childress, Principles of Biomedical Ethics, New York: Oxford University Press, 2001.

Berg, Jessica W., Paul S. Appelbaum, Charles W. Lidz, and Lisa S. Parker, Inform Consent-Legal Theory and Clinical Practice, New York: Oxford University Press, 2001.

Buchanan, Allen, Dan W. Brock, Norman Daniels and Daniel Wikler, From Chance to Choice- Genetics and Justice, Cambridge University Press, 2000.

Kuhse, Helga & Peter Singer, (ed.) Bioethics: An Anthology, Blackwell Publisher, 1999.

Robertson, John A., Children of Choice- Freedom and the New Reproductive Technology, Princeton: Princeton University Press, 1994.

Ross, Lainie Friedman, Children, Families and Health Care Decision Making, Oxford University Press, 1998.

Steinbock, Bonnie, Life Before Birth- The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses, Oxford University Press, 1992.

Strachan, Tom & Andrew P. Read, Human Molecular Genetics, BIOS Scientific Publisher, Ltd., 2000.

### 期刊

王富仙，受精卵法律地位之探索，法學叢刊，第一八三期，頁 1-18（2001）。

林明定，基因治療方法複雜、問題多元，生技時代，第十五期，頁 29-33（2003）。

楊秀儀, 病人, 家屬, 社會: 論基因年代病患自主權可能之發展, 國立台灣大學法學論叢, 第三十一卷第五期, 頁 1-31 (2002)。

楊秀儀, 誰來同意? 誰作決定? - 從「告知後同意法則」談病人自主權的理論與實際: 美國經驗之考察, 台灣法學會學報, 第二十期, 頁 367-410 (1999)。

蔡甫昌, 基因治療的倫理省思, 應用倫理研究通訊, 第十八期, 頁 10-15 (2001)。

羅淑慧, 癌症基因治療之研發現況, 律師雜誌, 第二七期, 頁 58-65 (2002)。

Berry, Roberta M., "From Involuntary Sterilization to Genetic Enhancement: The Unsettled Legacy of Buck v. Bell," Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy, 12, 401-448, 1998.

Dudziak, Mary L., "Oliver Wendel Holmes as a Eugenics Reformer: Rhetoric in the Writing of Constitutional Law," Iowa Law Review, 71, 833-860, 1986.

Hanisco, Christine M., "Acknowledging the Hypocrisy: Granting Minors the Right to Choose Their Medical Treatment," N.Y.L. Sch. J. Hum. Rts., 16, 899-940, 2000.

Hawkins, Susan D., "Protecting The Rights and Interests of Competent Minors in Litigated Medical Treatment Disputes," Fordham Law Review, 64, 2075-2132, 1996.

Jellinek, Megan Anne, "Disease Prevention and the Genetic Revolution: Defining a Parental Right to Protect the Bodily Integrity of Future Children," Hastings Constitutional Law Quarterly, 27, 369-395, 2000.

Magill, Gerard, "The Ethics Weave In Human Genomics, Embryonic Stem Cell Research, and Therapeutic Cloning: Promoting and Protecting Society's Interests," Albany Law Review, 65, 701-728, 2002.

Mehlman Maxwell J., "How Will We Regulate Genetic Enhancement?" Wake Forest Law Review, 34, 671-714, 1999.

Mehlman Maxwell J. and Kirsten M. Rabe, "Any DNA to Declare? Regulating Offshore Access to Genetic Enhancement," American Journal of Law & Medicine, 28, 179-213, 2002.

Paterson, Thomas Stuart, "The Outer Limits of Human Genetic Engineering: A Constitutional Examination of Parents' Procreative Liberty to Genetically Enhance Their Offspring," *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 26, 913-933, 1999.

Pearce, Melanie, "Children As Subjects in Nontherapeutic Research- *Grimes v. Kennedy Krieger Institution, Inc.*," *Journal of Legal Medicine*, 23, 421-436, 2002.

Powers, Therese, "Race for Perfection: Children's Rights and Enhancement Drugs," *Journal of Law and Health*, 13, 141-169, 1999.

Schlam, Lawrence and Joseph P. Wood, "Informed Consent to the Medical Treatment of Minor: Law and Practice," *Health Matrix*, 10, 141-180 (2000).

Sher, Elizabeth J., "Choosing For Children: Adjudicating Medical Care Disputes Between Parents And The State," *New York University Law Review*, 58, 157-204, 1983.

Sherwood, Skylar A., "Don't Hate Me Because I'm Beautiful...And Intelligent...And Athletic: Constitutional Issues In Genetic Enhancement And The Appropriate Legal Analysis," *Health Matrix*, 11, 633-657, 2001.

### 判決

*Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927).

*Canterbury v. Spence*, 464 F. 2d 772 (D.C. Cir. 1972)

*Ex parte Crouse*, 4 Whart. 9 (Pa. 1893).

*Grimes v. Kennedy Krieger Inst., Inc.*, 782 A.2d 807 (Md. 2001)

*Hart v. Brown*, 289 A.2d 386 (1972)

*In re E.G.*, 549 N.E.2d 322 (Ill. 1989)

*Lacey v. Laird*, 139 N.E. 2d 25 (1956).

*Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390 (1923).

*Pierce v. Soc'y of Sister*, 268 U.S. 510 (1925).

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833(1992).

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Schloendorff v. Society of New York Hospital, 211 N.Y. 125 (1914).

Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942).

Wiscosin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972).

### 網站資料

FDA Places Temporary Halt on Gene Therapy Using Retroviral Vectors in Blood Stem Cells,

FDA Talk Paper, 2003/1/14 < <http://www.fda.gov/bbs/topics/ANSWERS/2003/ANS01190.html> > (2003/1/19 visited).

"Second Boy Receiving Gene Therapy Develops Cancer", Washington Post, January 15, 2003, at

A09. <<http://www.washingtonpost.com/ac2/wp-dyn/A56894-2003Jan14?language=printer>>  
(2003/1/19 visited)

Ronald Bailey, To Enhance or Not to Enhance - When Is It Moral to Genetically Engineer Your Offspring? Reason on Line (May 8, 2002) <<http://www.reason.com/rb/rb050802.shtml>>

(2002/11/3 visited)

Fetal development, Medical Encyclopedia, at <<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/ency/article/002398.htm>> (2001/11/3 visited).

## 摘 要

當成年人為接受基因改造的對象時，原則上由該成年人自為決定，但是其決定可能會受到其他非個人因素的影響，包括家庭成員的反對或支持、社會上對於具備某種能力的評價與需求、以及醫師對於有關基因改造功效或風險事項告知的程度，使其決定受到制約。未成年人為基因改造之對象時，原則上由父母或其法定代理人基於行使親權代為決定，但也有可能自為決定，其能否不經法定代理人同意，而獨立行使同意權，須視該未成年人是否具備判斷得失、分析利害的思考能力而定。胚胎的倫理與法律地位尚有爭議，因此是否能夠允許以胚胎作為基因改造之標的，亦未有定論，有鑑於基因改造所可能產生的風險，目前國內外立法例多持保留的態度。如果國家允許以胚胎進行基因改造，父母得基於行使親權，代胚胎決定接受基因改造。個人既然有權為自己決定接受基因改造，或代替未成年人、胎兒或胚胎作基因改造之決定，在利益與侵害權衡之下，如果國家與人民因為基因改造所得到的利益，並未大於國家侵害人民自主權所造成的損害時，國家在政策上不得以強制力要求個人接受基因改造。

## **A Study of Genetic Modification and Personal Autonomy**

**Hsin-ning Lo**

### **Abstract**

The adult would decide to accept genetic modification by him/herself in principle, but his/her decision may be influenced by other factors, including kinfolks' opposition or support, the ability demanded in our society, the efficiency and the risk of genetic modification that the doctor told, which make his/her decision restricted. As the minor is the subject of genetic modification, the parents or legal representative exercises their parental right to make decision for the minor, but the minor capable of judging the gain and loss may agree to accept genetic modification independently. The ethical and legal status of the embryo still have disputes now, so there are no final conclusions about whether to permit the embryo as the target that the genetic modification because of the risk. Most of the countries in the world take conservative attitude toward this topic. If the country allows to carry on the genetic modification with the embryo, parents could practice their parental right and take place of the embryo to decide to accept genetic modification. Since the individual has the right to decide to accept genetic modification, or make the decision for the minor, fetus, or embryo, the country shouldn't force individuals to accept genetic modification unless the interest of accepting genetic modification is more important than the harm of autonomy caused by genetic modification.

Key Words: genetic modification, personal autonomy, parental right, state's interest