



中国知识产权文库 | 刘春田 主编

# 专利法的伦理基础

胡 波 著

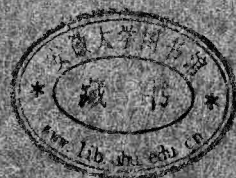


华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

# 专利法的伦理基础

胡 道 静



教育部人文社会科学重点研究基地项目“专利法的伦理分析”（10YJC620045）资助成果

广东高校优秀青年学术之星项目（项目编号：20130052）资助成果

## 图书在版编目 (CIP) 数据

专利法的伦理基础/胡波著. —武汉: 华中科技大学出版社, 2011.1  
(中国知识产权文库)  
ISBN 978-7-5609-6757-8

I. ①专… II. ①胡… III. ①专利权法-伦理学-研究-中国 IV. ①D923.424

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 236804 号

## 专利法的伦理基础

胡波 著

策划编辑: 王京图

责任编辑: 张影

封面设计: 傅瑞学

责任校对: 北京书林瀚海文化发展有限公司

责任监印: 周治超

出版发行: 华中科技大学出版社 (中国·武汉)

武汉喻家山 邮编: 430074 电话: (027) 87557437

录 排: 北京星河博文文化发展有限公司

印 刷: 湖北新华印务有限公司

开 本: 710mm×1000mm 1/16

印 张: 16.75 插页: 2

字 数: 273 千字

版 次: 2011 年 1 月第 1 版第 1 次印刷

定 价: 32.00 元



华中科技大学出版社

本书若有印装质量问题, 请向出版社营销中心调换

全国免费服务热线: 400-6679-118, 竭诚为您服务

版权所有 侵权必究

# 从经验到理论

## 《中国知识产权文库》总序

经过几年的努力,《中国知识产权文库》终于问世。《文库》力图反映中国人在知识产权问题上所达到的精神境界,汇集中国知识产权的经验总结、理论与研究与学科建设的重要文献,为逐步构建中国的知识产权法律理论与科学体系打下坚实的基础。《文库》也为中国,乃至世界法律文化的积淀,注入丰富的内涵。

知识产权制度起源于西方创立的工业文明。几百年来,作为一种制度创新,对它功能利弊的褒贬,从其出现伊始,就争议不断。今天,人类已进入新经济时代。无论发达国家,还是发展中国家,都普遍采用了数字技术。当前,技术创新、文化创新、制度创新和知识产权保护,已成为人类进步的基本手段。历史证明,知识产权制度有效地推动了生产力的进步和经济的发展。作为一种复杂的社会现象,它借助于机构、制度的力量,已成为将生产力、经济基础和上层建筑融为一体的系统机制,对它的技术、文化、经济和法律理论分析、历史探究,乃至哲学思考,一再吸引着科学、技术、经济和法律学人的目光。在中国,自晚清起,百余年来,也引起矢志复兴民族,力图融入现代文明的志士仁人对其本质的追问与思考 and 对其社会功能的得失权衡。中国的知识产权制度是世界知识产权体系的一部分。中国知识产权的理论,是以国门开启和不断改革开放、渐进融入世界为背景,在传统与现代接续,西学与国情结合的条件下,以中国乃至世界知识产权的表达与实践为研究对象的产物。遗憾的是,由于历史的原因,尤其受论者心胸狭隘和眼界偏执的局限,对从清末到国民政府时期的情况我们知之甚少,遑论研究,基本没有概念。更无脉络可循,没有资格作任何评断。这是我们必须补上的一课。否则,数典忘宗,没有资格谈论今天。本文暂且略去既往的历史,以新中国改革开放为起点,我以为,中国的知识产权研究,30年间,大体经历了从主要是制度诠释和转入理论建设的两个阶段,其中,前15年大体为第一阶段,第二阶段还处于初期。

第一阶段:理论空白与经验贫瘠背景下的制度诠释。1979年《中美科技合

作协定》和《中美贸易协定》的签订，为中国重建知识产权制度奠定了法律基础。随后，知识产权法制建设和研究同步开展。在漫长的知识产权诸法律的初创阶段，中国的法学家集中其学识与智慧，一边学习和引进西方的制度，包括法律文本的研究和实地考察，一边比照变动不居的国情，从知识产权法的指导思想、价值取向、体系设计、制度安排、对外关系等基础问题，乃至具体规范的推敲、条文的表述，作出尽可能合理的表述，为我国知识产权法律建设，奠定了重要的基础。这种贡献难能可贵。但是，由于知识产权理论的空白，又缺乏民法精神、理论与制度的涵养，既没有系统的法律体系可以依循，也没有自己的实践经验可供总结。国门初开，计划经济时代的学者，面对西方工业社会的法律制度，囿于学识与眼界，既陌生，又新奇。既无足够的条件深刻理解西方已历时数百年的成熟制度，也难以把握举棋不定、变革中的中国社会走向。早期的知识产权研究，在无理论基础，无历史传统，无实践经验的条件下，既不能对知识产权一般问题进行思考，也难以对具体制度深入研究。所有资讯，咸自西方舶来。所谓研究，不啻学步。主要是按照西方的思维，对国际条约和外国法律制度进行文本介绍，以及对墨迹未干的中国法律文件的粗浅说明。知识产权法的出版物，基本上以各种各样的“解说”、“概论”为主，照猫画虎，生吞活剥、囫圇吞枣。严格的讲，只知其然，不知其所以然，甚至不清楚什么是理论。在学理上，知识产权法既无逻辑起点，又找不到理论归宿，就像离群索居的孤雁，几成法学理论的孤儿。

第二阶段，从制度诠释到理论建设。首先要正视一个事实：中国人不是超人。在知识产权法制建设上，西方二百年的路，中国人并非二十年走过，而是断断续续的走了一百年。遗憾的是，正是这中断的几十年，造成了理论上的真空。因此，无论制度构造，还是理论建设，咸自基本概念开始，从头做起，扎扎实实，一步一跬，才是唯一的出路。上世纪90年代后期，随着我国知识产权法律构架的完成，尤其是向市场经济的过渡，经济与社会生活的逐渐转变，对外交流的繁荣，利益冲突与法律纠纷的频仍，导致实践的召唤和理论供给短缺这一矛盾日趋尖锐。恰是这一矛盾，成了一个突破口，把知识产权研究推进了新的阶段。这阶段的研究逐渐突破了旧有模式的藩篱，摆脱亦步亦趋、鹦鹉学舌的窘境；开始探讨如何运用科学的方法，对知识产权法的问题进行理论思考。在这方面，较为突出的是知识产权的高等教育。以中国人民大学为例：已毕业的40多位攻读知识产权法学的博士和博士后研究人员中，半数以上的论文选题或出站报告属于

基础理论研究。他们分别对知识产权的基本概念、法律属性、对象与客体、法律体系建构、价值评估、侵权赔偿、归责原则、专门制度、历史梳理、文化价值乃至哲学基础等知识产权和与知识产权最密切联系的基本范畴问题，进行了探讨。在北京大学、中国政法大学、西南政法大学、中南财经政法大学、华东政法大学、中国社会科学院法学所等诸多的学术机构，有越来越多的博士论文选择基础问题研究。其他学者，也有更多的人把目光投向知识产权的纵深，产生了一批有价值的成果。这一时期，和相对粗陋的制度诠释相比，青出于蓝胜于蓝，是一个质的飞跃。知识产权的研究进入了理论建设的阶段。今天，经过 15 年左右的积累，知识产权的研究，百花齐放，蔚然成风。这种局面，为《中国知识产权文库》的萌发，提供了肥沃的土壤。

中国的知识产权研究，应当不断进步，从经验走向理论，从感性走向理性，走向科学。目前的研究，大体呈现两条路径：一条主要表现为对理论和制度表达的研究与参悟。面对外部世界，中国人有如婴儿吮吸母乳，贪婪的学习西方的理论和经验。这类主要是文本研究，多出于博士论文。另一条则偏重司法实践中对概念的诠释和具体制度的运用。面对司法实践，深入生活，尽其可能，找到事物的本质，力求为社会纠纷提供合理的解决方案。这类研究基本属于经验总结，主要表现为法官的办案体验。这两类成果，都有相当的建树。所缺者，是从经验到理论，能将两条路径连接起来，形成从实践到经验，再从经验升华为理论，又服务于实践的逻辑链条的成果。这是更接近事物发展的客观规律的知识。知识产权理论，源自社会实践，源自对实践的经验总结。经验是可贵的，在强调经验时，论者常以霍姆斯的观点为据：法律的生命是经验而不是逻辑。又：“历史研究之一页当抵逻辑分析之一卷”（转引自：黄海峰：中国人民大学博士学位论文《知识产权的表达与实践：版权、专利与商标的历史考察》第 1 页）。但是，简单比较经验与知识的优劣是片面的。“体验和知识是根本不同的概念”。（【德】M. 石里克：《普通认识论》，商务印书馆 2005 年版，第 110 页）“谁要是接近事物，参与事物活动的方法和运作，他就是在从事生命活动而不是从事认知活动；对他来说，事物展示的是其价值方面，而不是其本质”（同前书，第 106-107 页）。经验还只是感性认识，只是走向理性认识的一个阶段。“经验使我们得以融入事物或事物得以融进我们之中的直观，但它仍然不构成知识。我们不能通过直观来理解或解释任何东西。通过直观的方式我们能获得的只是对事物的体验而不是对事物的理解。而只有对事物的理解才是我们在科学和哲学中追求知识所要达到的目

标”(同前书,第110页)。经验唯有纳入科学思维的体系,才能上升为理性。中西传统,各有所长。与霍姆斯同时代的晚清大儒沈家本持论更显全面、公允,他认为:“大抵中说多出于经验,西学多本于学理。不明学理,则经验者无以会其通;不习经验,则学理亦无从证其是。经验与学理,正两相需也”(沈家本:《历代刑法考》,第四集,2217页)。可见,经验和理论,二者更像“术”和“道”,是辩证的关系,是一个硬币的两个方面,不分伯仲,两厢不宜做价值比较和优劣评断。

在源归民法理论本土的基础上,对知识产权而言,更为重要的研究,或称核心问题,是“寻找自己”。所谓“自己”:

一、在保持私法基因的前提下,划清与物权法、债权法、人格权法的界限,进入知识产权的自我世界、独有空间,寻找一个特殊的自身。知识产权作为绝对权利,和人格权、物权有相通之处;作为财产权利,则与物权“似曾相识”,均属于“对世权”等,但毕竟“知识”不是“物”,对知识产权的研究应当围绕着“知识”进行。参照物权理论对知识产权研究无疑是有益的,但是,知识产权并非“准物权”。以物权类比知识产权,用“准物权”的思维,去套用“知识产权”,是否可取,值得商榷。人类既可基于对“知识”的支配带来的利益,也可基于对“物”的支配带来利益。但是产生利益的途径,无论范围、方式、手段,都不可同日而语。作为另类的财产形态,论者应当考虑再辟蹊径,寻找知识产权自身的本质与规律。

二、回到原点,全方位认识知识产权。知识创造是资本主义生产方式的先导。“知识产权是资本主义核心规范的一部分”(【美】苏珊·k. 塞尔著:《私权、公法——知识产权的全球化》,中国人民大学出版社2008年版,第24页)私权是知识产权法律性质的基石,但它只是问题的一个剖面。“知识”在其创造、保存、扩散、管理、经营过程中,会发生比其他传统财产权复杂得多的社会关系,这些关系是如何发生、变动和消灭的,由此产生的一系列的知识产权制度是如何构建,又是如何实践的,都值得深入研究。“资本家的企业需要国家为其聚集提供政治和社会条件”(同前书,第41页)。发达国家几百年的经验告诉我们,围绕知识产权问题所建立的体系、机构、制度,远比中国人有限的体验和由此激发的想象要复杂得多。对其中任何一个问题的研究,都不可能一蹴而就,都需要以积极的精神,从容、淡定的态度,全身心的投入。要全方位的认识知识产权,必须回到原点,从头做起。这是知识产权学者的长期任务;

三、在坚实的基础上，运用科学的方法，构建知识产权法的理论体系。用逐渐丰富的理论的营养，反哺与时俱进的制度。与此相对应，还需建立一套理性、科学的知识产权法的知识体系。因此，当代知识产权学人将面临无法穷尽的挑战和永不完结的任务。这正是知识产权理论的魅力所在，也是《中国知识产权文库》不竭的资源所在。

四、厘清普遍真理和具体实践的关系，从中国的社会实践中找到自我。一方面，我们应当承认，人类世界存在着普世价值。这是大家可以相互理解、相互交通，共同生活在一个星球上的理由。当今我们生存的这个星球上，任何一种独特生活方式，都不是单一的，都是多种元素的组合。每种元素，都可能来自不同的地区、国家、种族。所谓独特，不过是特定的组合。另一方面，“世界上没有放之四海和古今皆准的绝对、普适真理。任何理论都有它一定的历史和社会背景，都得通过当时的环境来理解”（黄宗智：《经验与理论》，中国人民大学出版社2007年版，第527页）。我们还有各自的历史、文化和传统，还有基于传统、现实、交流和全球化背景而形成的各自生活方式。中国人必须在自己的社会生活中找到特殊之处，找到它特殊的质、特殊的生成及其运动规律。

文章千古事，社稷一戎衣。中国的知识产权研究，总体上讲，恰似少年。正因为年轻，才蛰伏着无穷的潜力，蕴藏着无限的生机与希望。希望《文库》，以及一切有益的成果，成为中国知识产权理论建设的历史写照。

《文库》欢迎优秀的知识产权学术成果加盟，同时也吁请学界同仁，尽其所能，整理优秀的历史成果，再现给学界与社会。相信，从历史中走过的中国的知识产权研究，必有辉煌的未来。

最后，我特别要感谢华中科技大学出版社，感谢他们的眼界、识见、大度和包容。众所周知，科学研究不图回报，是学者推崇的风范。但是，对出版者而言，营利是它名正言顺、天经地义的企业道德。当代，不计回报，倾力扶助学术的出版社，已不多见。在华科社身上，我看到了张元济辈中国传统出版家的影子。法律分社王京图社长对待《文库》，彰显了出版家的情怀。他心态平和，目光悠远，看到的不是眼前的数字码洋、营利业绩，而是学术的未来。与他合作，十分愉快。

刘春田

2010年9月28日于人大明德楼



## 序

知识产权并非孤立的制度建构。它深植于社会有机体中，与政治、经济、文化、道德等血脉相连、彼此律动。对知识产权制度做多维度的研究，可以从不同侧面描述影响知识产权制度的上述因素，尽可能还原其在社会“原生态”中的复杂样态。多种视角的考察，有助于把握知识产权法律生成的历史轨迹，也有助于理解知识产权法律运行的现实状态。由此才能不局限于法律文本，体味和感知“活的法律”。

近年来，知识产权法研究的视阈日趋开阔，方法日趋丰富。诚如本书所言，“围绕知识产权法展开的交叉学科研究日渐增多，采用其他学科的视角，如经济、历史、文化等，‘透视’知识产权法渐成风气”。欧美学者的此类工作令人印象深刻，已译介至国内者如兰德斯和波斯纳所著《知识产权法在经济结构》、谢尔曼和本特利所著《现代知识产权法的演进：1760—1911 英国的历程》。我国学者也有类似尝试，如郑万青所著《全球化条件下的知识产权与人权》、李雨峰所著《枪口下的版权》。

从经济、历史、政治维度切入知识产权法研究渐成学者的理论自觉，但“以知识产权与伦理相互关系为主题者则凤毛麟角，以伦理分析为进路展开知识产权法研究者颇为罕见”。伦理可谓知识产权法研究的盲点。就直觉而言，许多人认为知识产权法与伦理相距甚远。特别是本书所讨论的专利领域，论及伦理立刻引起“专利法与伦理有什么关系”的质疑。本书作者以“专利法的伦理基础”为论题，自成一格，令人耳目一新。既为专利法研究打开了一扇新的门窗，也纠正了我们或许并不可靠的直觉。

本书的创新还不在于伦理和专利法的简单嫁接。以伦理词义之宽泛，自可泛泛而谈，敷衍为文。但本书的主题却明确而集中。作者要回答的是“专利法的正当性”这一本源性和基础性命题。专利法的历史虽不久远，但通过判例和学说在此问题上累积了激励论、劳动论和契约论等智识传统。本书则以制度伦

理的视角切入，对此问题给出了自己的回答，提出了新的“专利法伦理正当性理论”。

此种制度伦理的研究进路表现出其优越性：一方面，制度伦理的研究对象与法律制度的正当性问题本身就有高度的契合性；本书借力于制度伦理，使其能够对专利法所蕴涵的诸种法价值，以及不同法价值之间的位阶关系，给出实质性的阐释。另一方面，此种研究方法很自然地引导其承接罗尔斯和哈贝马斯等大家关于制度正义的经典学说；使其对专利法律制度各个面向的考察均体现出一定的理论深度和独特的研究路径。例如，以哈贝马斯的话语伦理检讨专利立法程序，从富勒的“法律的内在道德性”概念出发研究专利法的形式伦理性问题。

值得注意的是，本书提出了一种新的分析框架。在论证专利法的正当性归结为伦理正当性的预设命题后，作者从实质伦理性、形式伦理性和程序伦理性三个不同的面向分别考察专利法的伦理正当性。这就使得对专利法正当性的讨论从实体规范扩展开来，涵盖以前被忽略的形式理性和程序正义问题。即便在历来被关注的实体权利义务问题上，本书也呈现了不同于既有理论的分析理路。仿照罗尔斯“正义论”的方法，作者提出专利法领域的三项正义原则和两项优先规则。正义原则和优先规则组成词典式序列，完整地揭示了专利法的目的。

由于采用了新的研究方法和新的分析结构，本书能够提出一些新的理论观点。我择其要者，归纳如下：（1）反对“去伦理化”或“伦理最小化”的观点，认为专利法与伦理哲学和道德观念存在密切联系；（2）专利法的正当性归结为伦理正当性；（3）专利法的伦理正当性体现为实质正当性、形式正当性和程序正当性的有机统一；（4）批评功利主义，认为专利法的伦理基础应从功利主义回归道义论，在专利法中体现正当对善的优先、道义对功利的优先、正义对效率的优先；（5）专利法的实质正当性标准包括无害原则、分配正义和效率原则三项原则，在三原则间存在无害原则的优位性以及分配正义优先于效率原则两项优先规则；（6）专利法的分配正义包括惠顾最少受患者和机会的公正平等两项要求；（7）形式伦理性要求专利法的制定、修改和适用遵循既有法律体系的基本原则，保持其逻辑的内在一致性，不屈从于某些功利目的而破坏专利法的形式合理性；（8）专利立法程序实现从合法性到正当性、从策略行为到交往行为、从工具理性到交往理性、从功利主义到话语伦理的范式转换；（9）专利立法程序实现话语伦

理的途径在于构建广泛、充分的民主商谈机制，形成能够有效制约国家系统和经济系统的公共领域，发挥非政府组织的作用。

值得称道的是，该书在讨论上述抽象的学理命题时，能够与专利法实践中的具体问题相结合，避免沦为“玄学”。文中以专章讨论专利法伦理正当性理论在生物技术专利问题上的运用，在论述专利法的形式伦理性时以发明/发现二分法和实用性标准为例证。这种“理论联系实际”的做法，既检验了其理论的解释力，也使其得以在法规范层面具体展开，使得读者体味到作者理论建构中所包含的现实关切。

总言之，该书立意高远，蕴涵深厚。它所提供的伦理视角，深化了我们对专利法律制度的认识和理解。它对专利法领域功利主义观念的批评，从法哲学层面找到了激励论等学说的“软肋”。它所描述的专利法伦理正当性“图景”，既有“乌托邦”式的理想寄寓，也有内在的逻辑合理性。它对专利法基础理论提出的许多新解，富于启发，引人深思。相信读者诸君会从中挖掘到许多新方法、新观点和新思路！

本书虽以专利法为论题，但其研究方法也可为版权法和商标法研究者所借鉴。我认为，本书的主要贡献即在于开创了以制度伦理分析知识产权法这样一种新的研究方法。如果说1998年Lionel Bently和Spyros M. Maniatis编辑的论文集《知识产权与伦理》意味着学界开始关注知识产权法与伦理之关系，那么胡波所著《专利法的伦理基础》则真正奠定了知识产权法伦理分析的结构和进路。

至于伦理分析的价值，我很欣赏本书所使用的比喻：“学术对于任何一种社会存在的认识犹如盲人摸象。从经济、历史、伦理、文化等不同的角度，可以触摸和感知其不同侧面。由此形成的不同影像分别反映‘大象’的局部样态。它们都具有相对的真实性，同时又具有片面性。而‘大象’的完整形态，只有在不同视角形成的众多影像的汇总和叠加中，才有可能得到较为客观的体现。这一比喻大体可以描述学术研究‘逼近’事实真相的路径”。“伦理正当性”问题或许摸到了专利法这头大象的象鼻子呢！

作者胡波硕士和博士阶段都在我的指导下学习。本书则系其博士毕业论文修改而成。他在研究生物技术专利问题时，为生命体专利引起的道德特枯问题所困惑，感到有必要诉诸伦理哲学，以期对专利法实践中面临的“正当性危机”获致更澄明的认识；由此提出博士毕业论文以专利法与伦理的关系为题。我欣然同意。经过三年的学习，他能完成这一富有挑战性的课题，我深感

欣慰。

“文章千古事，得失寸心知”。本书作者苦心孤诣探寻专利法的伦理根基，其中的得失自有读者诸君评说。是为序！

张玉敏

2010 年 10 月

## 前 言

专利法往往被认为是“技术性规范”，与伦理道德相距甚远，但生命体、生物材料和克隆人技术作为专利主题所引发的道德论争却提示我们，专利法律规范同样有着深刻的伦理蕴涵。本文提出“专利法的伦理基础”这一课题，行文目的不仅在于从个案层面回应生物技术带给专利法的道德特枯<sup>①</sup>问题，更在于从整体层面讨论专利法伦理正当性的标准。以制度伦理为智识背景切入专利法领域，可以更全面地揭示专利法的价值基础，深化对专利法的认识和理解。同时，基于伦理分析进路形成的理论对于专利法实践面临的许多现实问题也更有解释力。

本文的基本思路是在论证专利法与伦理道德存在广泛联系的前提下，从实体伦理性、形式伦理性 and 程序伦理性三个面向展开讨论专利法的伦理正当性。文章结构包括引论和第一至第六章，共七个部分。因为人们往往在不尽相同的意义上使用伦理、道德等词汇，所以引论对伦理及相关概念在本文中的含义加以界定。引论介绍了伦理学说发展的大体脉络，特别对道义论与功利主义的对立演变、当代制度伦理学说的兴起加以说明，为后文提供了必要的知识背景。引论总结了专利法伦理分析的研究现状，分析了造成此类研究薄弱状况的原因。引论指出，专利法的伦理分析具有一定的理论和实践价值，尤其表现在可以为专利法研究提供新的理论视角，为专利法的正当性标准提供系统的论证，为反思既有的专利法哲学学说提供有价值的镜鉴，为专利法实践中面临的具体道德特枯问题提供“诊治方案”。

第一章讨论专利法与伦理的关系，回答专利法与伦理道德有无关联的问题。这一讨论从专利法的具体规范和整体制度两个层面展开。对具体规范的考察，本文由专利法的公序良俗条款入手，批驳了“去伦理化”观点，认为不违背社会道德是授予专利权的基本前提和必然要求；主张在专利审查中充分发挥公序良俗条

---

<sup>①</sup> “特枯”(TEYKU)来源于犹太经典文献，伦理学著作中以其指面临两难抉择的道德难题。如[美]恩格尔·哈特：《生命伦理学基础》，范瑞平译，北京大学出版社2006年版，第131页。

款的道德评价功能，将违背伦理原则的专利申请排除于合格专利主题之外。在专利法律规范中，不仅公序良俗条款直接包含道德述词，而且还存在大量的伦理性规范。它们对主体间权利义务的界分体现了丰富的伦理蕴涵。通过对整体制度层面的考察，本文从立法、司法、执法和守法诸环节揭示专利法与伦理的关联性。专利法原则承载了立法者的伦理观念，提供了伦理哲学进入专利法的法律技术，体现了专利法融人民法伦理文化的内在要求。专利法的适用给道德哲学和伦理观念留下了作用空间：一般性条款和不确定概念的含义需要诉诸社会道德观，专利法规范的解释受到司法者伦理观念的牵引，漏洞的填补和法的续造更是法伦理原则在个案中的推演。专利法的有效实施亦仰赖民众对于专利制度的道德认同，普遍的伦理正当性评价是专利法发生实效的前提条件。概言之，从第一章的分析可以得出结论：专利法与伦理哲学和社会道德观念存在密切联系。

第二章聚焦于本文的中心课题——专利法的伦理正当性。先从“法的正当性”这一概念的语义与语用分析入手，厘清其含义，析出法的正当性归结为伦理正当性的预设命题。以此为基础考察专利法正当性的含义：所谓专利法的正当性，是以伦理哲学提供的可普遍化的原则体系为标准，对专利法律制度整体或某一具体专利法律规范所作的道德评价，并基于此种道德评价在公共领域完成其价值证成，获得公众的道德认同。要言之，专利法的正当性系以伦理原则和道德观念为标准对专利法作出的正面评价。研究专利法的伦理正当性，其现实关切在于回应专利法实践中出现的一系列非正义现象，如引起公共健康危机、妨碍后续研究、鼓励机会主义行为、引发道德特枯问题和造成不公平的利益分配格局。以激励论和劳动理论为主的现有专利法正当性学说，逻辑上有不能自洽之处，实践中面对生物技术专利问题也显得捉襟见肘。另外，它们都只涉及专利法的实体规范，不能涵盖其形式和程序面向。本文尝试从实体、形式、程序三方面完整地揭示专利法伦理正当化的条件，提出专利法的伦理正当性包括了实体伦理性、形式伦理性 and 程序伦理性，是实体正当性、形式正当性和程序正当性的有机统一。

第三章讨论专利法的实体伦理性。所谓实体伦理性，是从制度伦理的视角考虑赋予特定主体专利权所形成的权利义务配置是否合乎公平正义观念，或者说以一定的道德原则为标准思考专利法如何处理诸如专利权的归属、专利授权条件、专利权利限制等实体问题。主导专利法领域的功利主义哲学有着不可克服的理论缺陷，在专利法实践中已经造成现实危害。本文主张专利法理论从功利主义回归道义论，坚持正当对善的优先性，以合乎正义原则的方式重构专利法的伦理基

础。由此，本章以罗尔斯的《正义论》为蓝本，提出作为实体正当性标准的专利法正义理论。这一标准包括了三个正义原则和两个优先规则：三个正义原则系无害原则、分配正义和效率原则。无害原则是指专利法不得损害基本人权，并不得贬损人类尊严。分配正义包括机会的公正平等原则和惠顾最少受惠者原则两项内容。机会的公正平等原则在专利法中体现为保障所有人从事科学技术研究的自由，以实现发明机会向所有人平等开放，避免专利制度被机会主义行为利用，成为阻碍后续研究的工具。惠顾最少受惠者原则使得关注基点从专利权人或一般公众下移到最不发达国家的流行病患者、遗传资源的提供者、保有者和处于不利竞争地位的小企业等“最少受惠者”；它要求专利法的任何变革都有利于改善“最少受惠者”的生存发展状态，要求任何非平等分配都要趋向于矫正专利法造成的不平等的利益格局和竞争态势。而效率原则具体体现为下述目标：专利法所产生的社会效益大于社会成本，并能够实现社会福利最大化。两个优先规则确立了不同正义原则间的优位次序。第一个优先规则是无害原则的优先性，即无害原则优先于分配正义和效率原则。这一优先规则确立了专利法立法、司法、执法必须首先满足的限制条件——不得损害基本人权和人类尊严。第二个优先规则是分配正义对于效率原则的优先性。其含义在于，只有在保障科学研究自由和惠顾最少受惠者的前提下，才能考虑如何发挥专利法激励创新的功能和实现效率最大化。由上述三个正义原则和两个优先规则形成的词典式序列，完整地揭示了专利法实体权利义务中所包含的人权、尊严、分配正义、效率等善目，并回答了不同善目间发生冲突时何者应予优先考虑的问题。

第四章讨论专利法的形式伦理性。所谓形式伦理性，是对专利法形式方面的道德要求，表现了专利法的形式合理性品格。其形式正当性包括逻辑一致性、清晰性、严密性、体系化和稳定性五项要求，核心在于“忠实于法律”——即所谓的“合法性”。它强调专利法的规范性和实证性面向，意味着立法、司法和执法活动都应该受到法律体系化的约束。“忠实于法律”乃是一种所谓“愿望道德”图景：立法者使其立法符合一般性、逻辑一致性、清晰性的形式要求，在响应时代变迁和技术革新要求的同时尽力保持法律的稳定性；立法活动须受制于既有专利法理论体系，不得破坏其中蕴涵的基本原则和逻辑结构。司法者严格地把一般法律规定运用于具体案件事实，在实在法的框架内遵循专利法自身的形式逻辑。专利法形式要素的伦理意蕴可归结为富勒所谓的“内在道德性”：合法性诸原则构成附着于立法者和司法者职务之上的一种特殊角色道德，安定性则为其主要伦

理价值。本章以 DNA 序列可专利性问题中的发明/发现和实用性标准两个争点为例,揭示了专利法形式伦理性的意义,说明实证性、规范性是专利法的基本面向,形式合理性则为专利法正当化的必要条件。生物技术革命使各国专利法实践都面临着不断扩大专利保护对象和提升专利保护强度的压力,专利法的形式伦理则从相反方向要求法律的制定、修改和适用遵循法律体系的基本原则,保持逻辑的内在一致性,不屈从于功利目的而破坏专利法的形式合理性。由此,形式正当性要求可以成为专利法非理性扩张的限制因素。

第五章讨论专利法的程序伦理性,即立法、司法、执法程序如何实现正当化。专利法司法和执法程序的正当性集中体现于程序正义概念之中,包含了公正原则、效率原则和参与原则三项要求。立法程序的合乎伦理性则是专利法正当性的必要条件,也是本章论述重点之所在。本文以哈贝马斯的话语伦理理论为分析工具,探讨支撑正当专利立法程序的伦理基础。话语伦理提示专利立法程序实现从合法性到正当性、从策略行为到交往行为、从工具理性到交往理性、从功利主义到话语伦理的转换。实践话语伦理面临以下现实障碍:大企业对专利立法的主导、多数人的缺位、参与的非平等性。专利立法程序实现话语伦理的途径在于构建广泛参与和充分协商的民主商谈机制,形成能有效制衡国家系统和经济系统的公共领域,以及更好地发挥非政府组织的作用。

第六章将专利法伦理正当性理论运用于生物技术专利问题,既检验其对现实问题的解释力,使其在实践层面得以展开,也是对专利法面临的具体道德争议问题的回应。本章主要考察人类 DNA 序列、克隆人技术的可专利性和遗传资源相关专利问题。授予克隆人技术和人类 DNA 序列专利均构成对人类尊严的侵害,人类 DNA 序列专利也会妨害健康权等基本人权的实现。按照无害原则的要求,专利法应该排除克隆人技术和人类 DNA 序列的可专利性。上述专利主题与人类尊严和基本人权相冲突,基于无害原则的优先性,无论其对技术进步和产业发展能够发挥多大的激励作用,都不能使授予其专利的法律制度获得正当性辩护。遗传资源问题亦缘起于专利权在生物技术领域的扩张。生物技术企业或研究机构利用遗传资源或生物材料获得专利权,专利法赋予其垄断使用的权利。但对于遗传资源提供者或保有者的利益,包括专利法在内的现有制度还未能形成充分有效的法律保护机制。这种权利配置的不平等,必然导致专利权人和遗传资源提供者或保有者之间不公平的利益分配格局,背离分配正义原则。在遗传资源和生物材料上存在的大量专利也限制了研究样本和试验工具的获取,对后续科学研究产生阻



碍作用，在一定程度上剥夺或减损其他人从事相关研究和获得专利权的机会，违反机会的公正平等原则。遗传资源问题从个体角度涉及土著部落等遗传资源提供者、保有者和谋求专利保护的生物技术企业之间的利益冲突；在国家层面则形成生物技术发达的西方国家与拥有丰富遗传资源的发展中国家之间的利益冲突。处于利益冲突夹缝之中的专利法，首要目标是使制度建构符合伦理正当性要求，而不是局限于促进生物技术产业发展的狭隘目标。这里适用笔者论述的第二个优先规则，即分配正义优先于效率原则。首先要满足机会的平等（公平），即专利法的施行效果应该是促进，而不是妨害科学研究自由。然后要按照“惠顾最少受惠者”的方向来做制度安排。遗传资源的提供者或保有者在既有分配结构中处于最不利者的地位。专利法在该领域的任何变革都必须有利于增进他们的社会福利，而实现“惠顾最少受惠者”的关键是在专利法中尽可能落实知情同意和惠益分享。

胡 波

2010年9月