

生物技术专利法律原则的伦理分析进路

——以罗尔斯的正义论为视角

杜珍媛

(南京中医药大学 经贸管理学院, 江苏 南京 210094)

摘要:随着生物科技的发展,尤其是基因技术、生物材料和胚胎干细胞技术作为专利主体引发的道德论争提示我们,专利法律规范不应是纯技术性规范,应含有伦理性的考量。以罗尔斯正义论为视角作为对生物技术专利法律原则的伦理分析进路,可以得出三个原则,一是无伤害原则,即专利法施行的实际效果不得损害任何人的基本人权,不得贬损作为人类整体的生命尊严和任何个体的人格尊严;二是自由原则,即为保障每一个人从事科学研究活动的自由,并避免被机会主义行为所利用成为阻碍后续研究的工具,发明创造的机会应平等地向所有人开放;三是“惠顾最少受惠者”原则,即专利法应该尽可能促进所有人的实质平等;如果不得不做不平等的安排,则必须有利于最少受惠者。

关键词:生物技术专利法;伦理分析;罗尔斯正义论;无伤害原则;自由原则;“惠顾最少受惠者”原则

中图分类号: B029

文献标识码: A

文章编号: 1008-7699(2016)01-0007-06

随着生物科技的发展,尤其是基因技术、生物材料和胚胎干细胞技术作为专利主体引发的道德论争提示我们,专利法律规范不应是纯技术性规范,应含有伦理性的考量,有着深刻的伦理蕴含。我们应当对专利法与伦理的关系加以全面审视,重新关注专利法的伦理意义和原则。

一、生物技术专利法律的伦理困境

20世纪50年代以来,生物技术的迅猛发展带来了相关生物产业的兴起,生物技术中的核心技术,如基因技术、人类胚胎干细胞技术乃至以生命体本身为研究对象的专利申请也层出不穷。由于生物技术专利的核心涉及调控生命的方法,无法否认其伦理内涵,因此引起学界持续而广泛的论争。

西方国家为了促进技术的发展,在专利法理论与实务界出现了所谓“去伦理化”的主张,认为专利法不应涉及伦理价值判断,即生物技术是否可以授予专利,除非立法明确排除某一类专利主题的可专利性,执法和司法中应避免以主观的道德判断驳回专利申请或认定专利申请不是合格专利主题。“专利去伦理化者”认为,专利法是技术性规范,不宜对发明创造进行有关公共利益和社会公德的审查与评价,其理由概括而言有三点,一是社会公德和公共利益的道德判定缺乏具体的标准,具有复杂性、动态性及地域性而难以统一;二是专利权授予与否并不必然影响专利技术的实施,违反道德的技术并没有因不被授予专利权而阻止实施;三是对专利申请进行道德审查将延误国家科技、产业发展的重要机遇。^[1]

专利法是否应该保持其单纯技术色彩?在专利法规范中,包含道德伦理意味的当属所谓“公序良俗条款”,通过该规定,可专利性判定中进行道德审查的法律机理是否能得以实现?这是现代生物技术发

收稿日期: 2015-11-20

作者简介: 杜珍媛(1979—),女,江苏南京市人,南京中医药大学经贸管理学院副教授,法学博士。

基金项目: 国家自然科学基金项目(51103071);江苏省法学会法学研究课题(SFH2014C15);江苏省政府留学奖学金项目资助

展及其产业化带来的不可避免需要面对的伦理困境。

生物技术涉及的伦理困境要求在授予其专利权时强化申请中的伦理审查,必须提高涉及公共利益的专利技术的道德伦理性,欧洲、日本等国在现行的专利法中制订了伦理条款以达到对生物技术的伦理约束,这些伦理条款构成了授予发明创造专利权的伦理基础,但在实践中经常被专利审查人忽视,使其形同虚设,并没有起到伦理道德的指引作用。如《欧洲专利公约》第五十三条 a 款规定:发表与开发将违反公共秩序原则或道德原则的发明不应授予欧洲专利。这种基于公共秩序、道德等原因所做的例外规定一般被称为“可专利性的道德例外”。许多国家和组织都有类似相同含义的条款,例如《TRIPS 协议》第二十七条第二款规定,成员国认为有必要保护其“公共秩序或道德”时可以排除发明的可专利性,并进一步把保护“公共秩序或道德”解释为保护人类、动物或植物的生命或健康,或避免对环境的严重危害。日本《专利法》第三十二条第二款规定:“有害于公共秩序、良好的习俗或公共卫生的发明,不能授以专利。”英国 1977 年的《专利法》第一条第三款规定“一项发明,其发表和开发通常将会鼓励错误的、不道德的或反社会的行为”,则不应授予其专利权。美国专利法无明确的法律规定,但在法律实践中将公序良俗作为实用性要求的一部分。

《欧洲专利公约》、英国的《专利法》等未能规定“可专利性的道德例外”的判定标准和条件。仅《欧洲专利公约》第五十三条 b 款做了“植物或动物种类”不得申请并授予专利的列举。类似的,英国《专利法》第一条第三款第 b 项规定“基本的生物过程”不得申请并授予专利。a 款的模糊、b 款的有限列举造成专利制度上的不确定性,并由此导致实践中欧洲专利局等行政部门受理与生物技术有关的专利申请案件时,是否有权做出道德判定的争论。如 Harvard/Onco-Mouse 案、PGS/Glutamine Synthetase Inhibitors 案等。^[2]

我国对于生物技术专利问题,则缺乏相应的伦理方面的规定,属于伦理缺位。虽然初步建立了专利伦理审查制度,但仅在《专利法》第 5 条中做了“可专利性的道德例外”规定,该条明确了公共利益和社会公德评价的伦理原则,但较为抽象,缺乏具体的伦理审查依据和标准,不易于操作。在实践中专利法中的新颖性、创造性、实用性三性原则实际上取代了伦理原则。

技术的中立并不等同于选择和使用技术不依赖于人的主观偏好,因此专利权的授予在道德上并不是呈中性色彩,尤其生物医学技术,涉及到人类生存的环境及子孙后代,其中的基因技术、胚胎干细胞克隆技术、辅助生殖技术等与人类尊严密切相关,是否促进该项生物技术发明创造的产生和推广应用,专利法需要体现立法者的道德倾向。

因此,对于专利法“去伦理化”并不可行,对一项生物科学技术是否授予专利,符合伦理是其前提和必然要求。专利法律实践中应该充分发挥公序良俗条款的功能,对包括生物技术在内的一切专利主体进行严格的道德审视,排除有违伦理标准申请的可专利性。

二、专利技术法律的伦理正当性

专利权作为知识产权,是手段而不是目的,从这个角度理解,似乎不存在知识产权法的正当性问题,因为作为手段,它是中性的,无所谓善恶。但国家授予一项技术以专利权是国家运用公权力对其进行保护,包含着对这种权利的赞许与保护,如不包含社会伦理道德方面的判断标准,则有悖于我们的立法目的。它的正当与否全在于其欲实现的目的和已发生的效果,在于其蕴含的价值观和对该价值观实现的程度。

由于近来生物科技的发展,诸如基因技术的应用带来基因序列和生命体的可专利性难题,引发了西方国家全社会范围的伦理争论,在生物技术产业利益的驱动下,一些国家对此给予专利保护,但未能解决其中蕴含的道德疑问,由此又进一步加剧了对生物技术专利的正当性质疑。尽管如此,专利法实践中表

现的弊端确实与人们的公平、正义、诚实信用以及生命尊严等道德观念相抵牾,但据此根本否定专利法存在价值的,否定其正当性还是少数。作为技术法的专利法的实施目的是为了鼓励并促使技术创新和发展,其本质和终极目标是为了促进社会发展进步、维护公共利益,具有道德合理性。

法律必须奠基于正当的伦理和道德之上,讨论法的正当性,就是以制度伦理标准对法进行道德评价,正当性应是合乎伦理的理想形态。专利法的正当性应同时体现实质伦理性、形式伦理性 and 程序伦理性。所谓实质伦理性,即讨论法律规范对当事人之间实体权利义务的划分是否合乎道德原则;所谓形式伦理性,即富勒所说的法律的内在道德性,包括法律的一般性、公开颁布、不得溯及既往、清晰性、连续性和官方行动与公布的规则之间的一致性原则;所谓程序伦理性,是对法律程序正当与否的道德评价,其正当性要求集中体现于程序正义的概念之中。专利法的实质伦理、形式伦理和程序伦理三方面存在相互作用,如程序伦理性常常有助于实现专利法的实质伦理性;实质伦理性 and 形式伦理性的论证也可为专利法立法、司法等程序中的商谈提供了论辩的材料、证据和逻辑。因此,专利法应具有伦理正当性。

三、生物技术专利法律原则的伦理分析进路

专利制度由于其以权力的形式保护发明创造,促进技术进步和经济增长,在生物技术高度创新的今天,成为了科技工作者保护自身科研成果的首选法律制度,而伦理原则对于规范生物技术专利并保障该技术健康发展有着重要的指导意义。

与生物科技专利有关的伦理原则主要有:(1)正义原则,又称公平原则或公正原则。正义被伦理学家约翰·罗尔斯(John Rawls)认为是社会制度的首要价值,正义原则在很大程度上体现为社会资源的“分配正义”,即制度的设置应体现为“给每个人以其应得”。在生物技术的应用中,即要求技术的开发者用他所拥有的资源注册专利并因此享受丰厚的经济收益时,或者在生物药品对医治人类疑难杂症极其有效而其又因被某些组织所垄断而无法更好地服务于那些贫困但却更需要救助的穷人时,做到技术研究的利益公平分享。(2)不伤害原则。指生物技术被授予专利,不应该施与患者或受试者某种罪恶或伤害,而应该阻止罪恶和伤害,驱除罪恶与伤害,并一贯实施或推进善行。^3有利原则,一种相对较为功利的生命伦理原则。它要求生物技术被授予专利总体上来说应当是有利的,也就是说,在其可能带来的医学、生物学乃至社会学等方面的收益与其可能带来的对于社会的风险之间有一个差别,而此差别大得足以使人们认为该行为是值得做的。这是一种典型的成本/收益判断。(4)尊重原则。意味着生物科技研究不得损害人类整体或任何个体的尊严。

在大部分国家相关的生物技术专利法律和实践中,功利主义的伦理原则发挥着实质性影响,成为专利法律领域的主导,认为对于保护生物技术研究及成果的专利制度应仅以促进技术进步和经济增长为其唯一或根本原则,符合这一原则的专利制度就是正当的制度。笔者认为,以此为指导原则有失偏颇。功利主义伦理观内在的理论缺陷无法实现分配正义,同时忽视人性尊严等基本价值,无法为生物技术专利立法提供合理的伦理指导。正义原则对于在生物技术应用和开发日益增多、并能带来巨大利润引起利益分享冲突有着特殊的指导价值,但正义原则在现代条件下是否完全适用、能否有效实现基因资源利益分享的分配公平或正义?笔者认为需要反思并革新。有必要对现有生物技术专利法的伦理原则进行梳理,在对功利主义的伦理观进行批判和比较分析罗尔斯《正义论》中蕴含的专利原则基础上,以合乎正义原则的方式重构生物科技专利法的伦理原则。

(一)专利法功利主义伦理原则批判

功利主义伦理学在英美思想界具有深远影响,是西方近代主要的伦理学理论之一,强调以实际效用或利益作为道德标准,核心观点认为,最大多数人的最大幸福是正确与错误的衡量标准。^[4]因此,以此种

伦理观为考量标准,法律的正当性取决于法律制度对于社会总福利的作用,能够增进社会福利的法律制度就是正当的。功利主义的伦理观念反映到专利法实践之中,立法或司法的取向就是总体利弊权衡的结果。由此专利法的目标被定位为促进经济发展和技术进步,实现社会整体利益的最大化是主要甚至唯一的价值追求,而不论其是否正义。摩尔、罗尔斯、诺齐克以及我国林火旺等学者都对功利主义的内在缺陷作了分析和批判,主要有以下几个方面。

首先,功利主义所关注的是“最大多数人的最大幸福”,是社会福利总量的增长,制度设计的正义与否取决于是否促进社会福利总量的增长,^[5]而不考虑总量如何分配与分配是否公正。这样可能导致以社会整体利益的名义侵害、牺牲个体的基本权利与自由。功利主义无法为基因研究所带来的各方面利益公正分配提供正义的指导。

其次,功利主义把善恶的总量进行加权,以最后的净余额作为标准。作恶不能通过行善加以补偿,善的总量增加,并不能使一种恶取得合法根据。对善的促进并不能使作恶变得合理。^[6]既然善恶不可相抵,功利主义所谓“最大多数人的最大幸福”,作为法律的道德标准就存有疑问。^[7]

再次,功利主义片面追求社会福利最大化,在专利法领域表现为专利是否授予完全视产业利益而定,这样导致了知识产权不断强力地单向度扩张。而人权和人类尊严在效益优先的前提下被弃置其次。如是否授予基因序列专利的问题,由于基因序列含有生命密码,如果一味考虑该技术的产业利益,容易忽视基因序列研究过程中的隐私泄露等问题,造成基本人权、人性尊严的侵害。

(二)罗尔斯正义观对专利法原则的伦理解读

仅以促进技术进步和经济增长为其唯一或根本原则,片面追求社会福利最大化,忽视人权、人类尊严等基本法律价值,属于功利主义观念作用于专利法领域,使法律制度实际被产业利益所左右。社会道义应当高于对社会福利总量增加的追求,因此专利法不应局限于功利因素,而应把公平的正义作为终极目标,在对社会福利最大化的追求中,应受到一些基本的正义原则的限制。罗尔斯的名著《正义论》是其集伦理思想之大成,罗尔斯在此书中以严整的逻辑体系提出了“一种继承西方契约论传统,试图代替现行功利主义的”有关社会基本结构的正义理论。^[8]译者前言1-2 罗尔斯的正义观中蕴含的伦理思想可以为生物技术专利法律制度的原则提供指导。

1. 罗尔斯正义观伦理思想透析

罗尔斯在《正义论》中批判了功利主义思想,认为正义原则优先于功利原则。《正义论》的主要贡献在于,一是在实质规范理论上对功利主义加以批判,指出功利主义的许多结论背离了道德和情感的信仰,必须发展出“有说服力和系统化的道德概念反对功利主义”。他继承由洛克、卢梭和康德所代表的社会契约论传统,并将之普遍化至更高的抽象层次,形成公平的正义(justice as fairness)概念,以提供某种超越和替代功利主义的体系化的正义理论。二是在方法论上指出元伦理学概念分析的方法只能居于从属地位,不能代替实质意义上的道德哲学。罗尔斯抛除形式伦理,将空泛的个人道德关注转到社会伦理层面,从而使伦理学能够对社会制度这一个人活动的背景条件的正当性问题做出回应。其三,建构起关于社会基本结构的正义理论。主要体现为罗尔斯提出的两个正义原则及原则间的词典式序列,两个原则要解决的是社会基本善的分配正义问题。^[8]

罗尔斯强调正义论并不是旨在以最大量地增加善为合理的制度,而是以平等的自由原则为依归,或者说罗尔斯强调公平原则的优先性和至上性,在这个原则的约束下考虑社会善的增长问题,不以牺牲社会公正来换取最大的社会善。^[9]这是对功利主义伦理观将善的范畴在专利法制度中简化为经济效益和社会福利的修正。罗尔斯认为,“那些违反正义才能获得的利益本身毫无价值”。“由于这些利益一开始就无价值,它们不可能逾越正义的要求。”^{[8]31}他从原初状态的设定出发做了有力的论证,“如果假定在原初状态中的人们要选择一种平等的自由原则和有利于每一个人的有限的经济和社会不平等,那就没有理由

认为正义的制度会最大量地增加善(在此我与功利主义一起假定善被定义为合理欲望的满足)”当然,在这种情况下产生最大的善并不是没有可能,但这只是一个巧合,“达到满足的最大净余额的问题决不会在作为公平的正义理论中产生,这个最大值原则在这里完全是多余的”。^{[8]29}

2. 罗尔斯正义观伦理思想对专利法原则的指导

罗尔斯正义论所关注的主题是社会基本结构,讨论主要的社会机构之间,如何相互调适以组成一个系统之方式并通过社会合作分配基本权利、责任与利益。其社会伦理思想试图提供一种作为背景的制度正义,认为正义是社会制度的首要价值。罗尔斯提出的两个正义原则和词典式序列这一总体性的实质性原则,也需要在具体制度规则或制度规范中落实。专利法调整因技术信息的控制、使用、转让等发生的关系,它以拟制所有权的方式,在特定期限内赋予特定人对技术信息的垄断实施权利,其实质是因技术信息所衍生的利益的归属和分配。专利法律制度仍然为正义论的论题所涵盖。

专利等无形财产的分配正义问题,属于技术信息利益的分配问题。罗尔斯正义论讨论的社会分配正义问题不仅涵盖所分配者有形财产,也包括财产以外的“善”等抽象价值,因此专利制度与罗尔斯正义论的价值追求是相契合的。从这个意义上讲,正义论应用于专利法领域具有当然的合理性,罗尔斯正义论对专利法原则具有伦理上的指导意义。

在罗尔斯有关两个正义原则的表述中,第一个原则强调公民应平等地享有基本的政治自由。专利法针对的是发明创造技术信息,公民个人的信息平等分配权利就成为正义原则对包括专利法在内的所有知识产权法律的统一要求。可以理解为第一个原则包含了对获取信息的权利的自由和公正的承认。因此专利法的制定应首先确保信息获取、使用的公平和正义。

第二个正义原则对专利法的指导更为直接。按照差别原则,社会与经济上的不平等应以对最不利者是有利的方式安排,即惠顾最少受惠者。专利法赋予发明创造者以控制技术信息的权利,这是一种经济上的不平等安排。但如果专利法能够激励更多有用发明的产生,而这些新的发明创造对于最少受惠者带来益处,那么这种不平等的安排就符合了差别原则。

对于原则间的优先性排列,罗尔斯认为,基本政治自由应该具有优先的地位。放之知识产权背景下,即使为了鼓励发明创造此类社会政策目标,也不能成为限制基本自由的理由。即在知识产权领域,立法如果涉及言论、表达自由与版权权利保护两种价值目标冲突,自由原则或对于自由、善的追寻的正当性原则应优先于利益、效率或福利。

3. 罗尔斯正义观视角下的生物技术专利法律原则建构

罗尔斯根据“无知之幕”所假设的立约者是处于无知之幕之后,他们无法知道不同的可能选择对自己的影响,所以他们不得不在一般考量的基础上评估不同的正义原则,以使得正义原则是公平的原初状态中协议或谈判的结果。按照这一逻辑或方法,罗尔斯比较了利己主义、功利主义、古典目的论等伦理观念,将公平的正义原则作为最优的原则。罗尔斯的正义理论和两个正义原则,在专利法中可将其化解为如下的伦理原则。

第一,无伤害原则。这也是一般性伦理原则,即专利法施行的实际效果不得损害任何人的基本人权,不得贬损作为人类整体的生命尊严和任何个体的人格尊严。在生物技术专利法律中,如是否授予基因序列专利、人类胚胎干细胞的研究等问题,尊严原则是考量的伦理底线,根据此原则的指导,对人类基因序列授予专利权,虽不触及具体的人格尊严,但对一般性的人类整体所应享有的尊严造成了侵犯。立法者和司法者在制定法或判例形成专利法规范时,要审慎考虑该规范是否会与人类尊严相冲突,而且专利法实施中涉及对法律的解释和适用,也需要顾及无伤害原则,使专利法的法律实效不损害人类尊严。

第二,自由原则,包括科学研究自由、参与科学研究的机会均等。在罗尔斯看来,天赋和能力等资质一定程度上源自先天遗传,而非后天努力的结果,并非道德上的应得。运用这样一种财产道德观来理解

专利法,即任何人想从事任何领域的技术创新活动,都不会受到压制和阻碍。现实中由于多数人的发明能力并非后天的努力可以完全弥补,所以难以获得真正平等的机会,那么作为社会制度的整体考虑,仅仅保障公民的研究自由是不够的,法律制度应该通过给脆弱群体提供更好的教育和培训条件等,使更多的人能够真正具备参与创造性科学技术工作的能力。

观之专利法实际运行效果,在信息技术和生物技术的背景条件下也存在研究不自由的情况,这是由于专利权的不合理扩张,也由于专利法本身存在的制度缺陷所引起的。由于在某一技术领域已经授予了大量专利权,后续研究者如果贸然研究面临侵权的可能,加之由于基因技术的使用,导致人类基因的隐私被窥探,由此导致从事此类研究工作可能构成侵权,从而剥夺了从事研究的机会。

自由原则在专利法中主要表现为,为保障每一个人从事科学研究活动的自由,并避免被机会主义行为所利用成为阻碍后续研究的工具,发明创造的机会应平等地向所有人开放。这和既有专利法的宗旨并不矛盾,只需在具体制度的实施中采取一些限制即可。例如在对技术的使用目的上采取一些限定,凡是非营利性质的为科学研究和教学目的使用专利技术都不构成侵权,可以不经许可使用,不必支付许可使用费等。

第三,“惠顾最少受惠者”原则。罗尔斯有关两个正义原则的表述中,第二个原则即差别原则,也被简称为“惠顾最少受惠者”原则。社会与经济制度应该尽可能促进所有人的实质平等;如果不得不做不平等的安排,则必须有利于最少受惠者。

由于专利权有一定的期限,是一种暂时的不平等。将此原则置于专利制度下,即要求专利法律制度应能够改善处于最劣势地位的群体——最少受惠者的处境,这种不平等才是符合差别原则要求的可接受的不平等。这种观点摆脱了传统的知识产权法以保护知识产权为基点,关注知识产权法的利益平衡,意味着视角从权利人向社会整体移动。

根据以上的分析,可见罗尔斯的正义论中的思想指导生物科技专利法的伦理原则的制定有其合理性和适合性,他以社会结构为背景的正义观给我们提供了一个如何认识与评价制度优劣的架构。但随着社会关系的复杂化,我们应当承认某一社会关系中的正义标准,在其他社会关系中可能被视为不正义,我们应当承认社会中存在着多元正义标准。由于人类知识的有限性,以及社会制度发展的历史性,我们不应使用单一标准分配所有的资源,因为每一种资源都有其内在的社会意义,唯有根据资源的社会意义从事分配才符合正义。因此,现今探讨生物技术专利法律原则,应跳出现有的学者的理论视野,在此之上,以多元正义理论作为比较合适的方法论是一种值得参考的理论架构,一方面既重视了社会制度与实践所发展的分配原则,另一方面能够以诠释性的方法兼顾社会发展与资源分配的利益均衡。

参考文献:

- [1]陈桂荣.公共健康视域下专利伦理审查机制的问题与对策[J].昆明理工大学学报(社会科学版),2014(5):3.
- [2]SHERMAN man Brad and Lionel BENDY. The Question of patenting Life[J]. Published in: Perspectives on Intellectual Property Vol. 4: Intellectual property and Ethics, P. 112, sweet&-Maxwell, 1998.
- [3]BEAUCHAMP Tom L. & James F. CHILDRESS. Principles of Biomedical Ethics[M]. New York: Oxford University Press, 1989: 121.
- [4]边沁.政府片论[M],沈淑华,译.北京:商务印书馆,1995:211.
- [5]马倩.契约正义与功利主义[J].太原城市职业技术学院学报,2006(3):171.
- [6]库尔特·拜尔茨.基因伦理学[M],马怀琪,译.北京:华夏出版社,2000:281.
- [7]胡波.专利法的伦理基础——以生物技术专利问题为例证[J].法制与社会发展,2008(2):114.
- [8]罗尔斯.正义论[M],何怀宏,等译,北京:中国社会科学出版社,1988.
- [9]龚群.当代西方道义论与功利主义研究[M].北京:中国人民大学出版社,2002:117-120.