

知识产权的制度风险与法律控制

吴汉东^{*}

内容提要：在风险社会的语境中，知识产权法是一种制度文明，也是一种可能存在的制度风险。诸如文化风险、生态风险、基因技术风险、网络风险等，主要是知识产权制度的“内生性”风险。如何克服现行知识产权法律制度和法律秩序的先天性缺陷和潜在危机，提高风险意识，增强风险识别能力，寻求风险治理机制，是国际知识产权界共同面临的时代问题。知识产权制度风险的法律治理必须秉持价值理性与工具理性统一、权利观念与责任观念统一、法律控制与技术规制统一等理念，并通过传统知识保护、公共领域保留、开放存取及知识共享协议、知识创新奖励等制度的替代和补充，形成一个应对风险社会的观念体系和制度系统。这是应对知识产权制度风险的法律举措，也是实现知识产权制度价值目标的法律变革路径。

关键词：风险社会 知识产权 制度化风险与技术性风险 法律控制

一、风险社会理论中的知识产权问题

风险社会研究是当代哲学社会科学的重要理论构成。1986年，德国学者乌尔里希·贝克在《风险社会》一书中首次在学理上提出了“风险社会”的概念。贝克认为，人类面临着威胁其生存的由社会所制造的风险。西方社会中主导性的经济制度、法律制度和政治制度不仅卷入风险制造，而且参与了对风险真相的掩盖。现代化正在成为它自身的主题和问题，因此变得具有反思性。^{〔1〕}该学说后来通过英国学者安东尼·吉登斯、斯科特·拉什等人的发展，^{〔2〕}形成了一个影响深远的学术理论。由此，风险社会引入了20世纪后期和21世纪社会科学界的新语义范畴，风险社会问题成为一个跨国、跨世纪、跨学科研究的重要领域。在风险社会理论中，风险社会这

* 中南财经政法大学知识产权研究中心教授。

本文系作者主持的国家社科基金重大项目“中国特色知识产权理论体系研究”（11&·ZD076）之阶段性成果。

〔1〕 [德] 乌尔里希·贝克：《风险社会》，何博闻译，译林出版社2004年版。

〔2〕 代表性著述有：[英] 安东尼·吉登斯：《失控的世界：全球化如何重塑我们的生活》，周红云译，江西人民出版社2000年版；[英] 斯科特·拉什：《经济全球化时代的风险文化与风险社会》，载薛晓源等主编：《全球化与风险社会》，社会科学文献出版社2005年版。

一概念并不是社会发展类型的某一历史分期,也不是某个具体社会和国家的现实发展阶段,而是对当今人类时代问题的理论概括与形象描述。具体说来,现代风险具有以下特征:(1)风险的内生性。人为风险越过自然风险成为风险的主导内容。伴随着人类的决策和行为,诸如工业制度、法律制度、技术和应用科学的运用,产生了新类型风险,即制度化风险和技术性风险。^{〔3〕}(2)风险的全球性。风险社会是一种“全球风险社会”,风险的空间影响超越了地理边界和社会文化的边界。风险的全球性伴生于全球化的浪潮。正如吉登斯所言,“在全球化的时代里,风险的影响被普遍化了。”^{〔4〕}贝克将风险的全球性归结为人类文明决策运用所导致的“全球性”后果。^{〔5〕}(3)风险的多样性。作为人为风险,其孕育与发生受到人文、社会、经济、政治等多种因素的影响。可以说,“风险是多元的”。^{〔6〕}基于社会理性与科学理性的“知识断裂”导致了现代性的诸多负面性,从这个角度出发,贝克提出知识经济就是“风险经济”,知识社会也就是“风险社会”,并将风险分为经济风险、政治风险、文化风险,在此基础上还提出了“信任风险”。^{〔7〕}

对风险社会问题的法学研究,其重点是法律制度与法律秩序。“法律制度的价值和意义就在于规范和追寻技术上的可以管理的哪怕是可能性很小或影响范围很小的风险和灾难的每一个细节。”^{〔8〕}而法律秩序则是法律制度实行和实现的效果,即社会生活基本方面的法律和制度化。现代社会是法治社会,制度风险及风险法律控制是风险社会法学研究理论的基本内涵。

知识产权是历经三百多年成长的制度文明典范。但在风险社会理论的语境中,这种制度文明可能成为一种制度风险。这种风险具有“人为的不确定性”,其原因来自人自身,即是由现代性的推进所引致、造就的人对自身的威胁。^{〔9〕}知识产权是激励和保护知识创新的法律,亦有现实或潜在的制度风险,它或是“技术—经济”或法律决策导致的风险,或是法律所保护的科技文明本身所带来的风险。^{〔10〕}质言之,知识问题是现代性风险的根本成因,制度选择的实质是基于风险的决策。如果说“风险就是知识中的风险”,^{〔11〕}那么我们也可以认为,风险社会中的知识产权即可能存在风险。风险社会的知识产权问题研究,主要涉及以下几个方面:

1. 知识产权决策的制度化风险。风险社会中的风险的涵义依赖于这样一个事实,即文明的决策可能触发全球化进程中的一系列问题和一连串的风险,^{〔12〕}直言之,“风险以决策为先决条件”。^{〔13〕}东西方国家对知识产权制度的选择有着不同的历史背景。发达国家的知识产权制度虽不乏法律移植的结果,但实质上却是“法律变革和广义立法的一种表达方式”,^{〔14〕}既是基于自身发展的需要,又有相当基础的文化传统。而对于发展中国家而言,知识产权立法则没有制度传承,

〔3〕 参见杨雪冬:《风险社会理论述评》,《国家行政学院学报》2005年第1期。

〔4〕 [英]安东尼·吉登斯、[英]克里斯多弗·皮尔森:《现代性——吉登斯语谈录》,尹宏毅译,新华出版社2001年版,第7页。

〔5〕 [德]乌尔里希·贝克:《“911”事件后全球风险社会》,王武龙编译,《马克思主义与现实》2004年第2期。

〔6〕 张秀兰:《认识风险——社会科学的视角》,载[英]尼克·皮金等编著:《风险的社会放大》,中国劳动社会保障出版社2010年版。

〔7〕 薛晓源等:《全球风险世界:现在与未来——德国著名社会学家的风险社会理论创始人乌尔里希·贝克教授访谈录》,《马克思主义与现实》2005年第1期。

〔8〕 [德]乌尔里希·贝克:《从工业社会到风险社会——关于人类生存、社会结构和生态启蒙等问题的思考(上篇)》,王武龙编译,《马克思主义与现实》2003年第3期。

〔9〕 参见[德]乌尔里希·贝克:《世界风险社会》,吴英姿译,南京大学出版社2004年版,第137页。

〔10〕 参见成伯清:《“风险社会”视角下的社会问题》,《南京大学学报》(哲学社会科学版)2007年第2期。

〔11〕 前引〔1〕,贝克书,第64页。

〔12〕 前引〔5〕,贝克文。

〔13〕 参见前引〔9〕,贝克书,第4页。

〔14〕 参见刘星:《重新理解法律移植》,《中国社会科学》2004年第5期。

也缺乏文化土壤，外力强加的法律移植往往带来法律实施效益不足的“风险”。在当今国际贸易体制中，知识产权保护的国际环境发生很大变化，所有国家包括发展中国家都必须按照国际公约的规定高水平地保护知识产权。发展中国家缺乏发达国家所经历的知识产权保护逐步提升和缓慢过渡的成长期，因而政府对制度构建准备不及，其政策运用经验不足，同时社会缺乏规则意识，形成“对制度性的规则的制度化违背”。〔15〕这即是规则“运转失灵的风险”，其结果使得保护创新的风险“制度化”转变成“制度化”风险。〔16〕

2. 知识产权客体的技术性风险。风险社会是一个高度技术化的社会，科学技术的高度发展既是风险社会的特征，也是风险社会的成因。现代社会中的风险是“被制造出来的风险”，是由我们不断发展的知识对这个世界的影响所产生的风险。〔17〕马克斯·韦伯形象地指出，人类在不久的将来注定会生活在“技术知识的囚室”。〔18〕知识产权制度具有鲜明的现代化特征，立法者总是意图通过法律制度的现代化去推动科学技术的现代化。现代知识产权法保护的网络技术和基因技术，是知识革命中最具有代表性和影响力的时代技术。对以私权形式存在的网络版权和基因专利给予尊重和保护是必要的。这种对知识体系和技术性知识的信任是人们在风险社会中获得和持有本体性安全的基础和保证。〔19〕但是，风险与信任是交织在一起的，且两者都与现代性有关。从“反思的现代性”出发，对知识产权所保护的先进技术仅为信任是不够的。知识技术本身的有限性即是一种风险：一是权利边界冲突带来的风险。例如在网络版权领域，专有权利与公共领域的界定、数字内容与传播技术的关系、智力成果与传统文化资源的联系等，都是网络技术带来的法律问题或者说社会风险。二是技术独占使用带来的风险。例如在基因专利领域，对基因食物、基因药品以及动植物基因乃至人类技术基因的开发、利用，都会导致人类本身以及人类生存环境的变化。这种变化主要是改善和进步，但也寓含着负面效应。

3. 知识产权运作的全球性风险。经济全球化、科技全球化、信息全球化乃至治理机制的全球化，不可避免地带来风险的全球性。反全球化主义者认为，全球化正在催生另一种形态的帝国体制：互联网是“信息帝国主义”，世界贸易组织是“市场帝国主义”，国际货币基金组织是“金融帝国主义”，而联合国是“政治外交的帝国主义”。〔20〕贝克对此作出了自己的判断：全世界面临着社会认同解体、价值利益冲突、主体组织对立、国家立场对峙、生态环境破坏等不确定因素，这些危机与发展遍布全球，形成对人类生存的新威胁。〔21〕知识产权制度的国际化亦是全球化的伴生物，它实现了知识产权保护规则的普适性，也导致了制度风险的全球性：一是东西方国家知识产权利益的失衡。这是一种明显向发达国家倾斜的国际知识产权体制，其结果是发展中国家的智力产品搁在了公共领域，而发达世界的智力产品被紧紧掌握在私人公司手中。〔22〕二是知识产权与国际人权的冲突。联合国人权促进小组委员会发表文件，宣称“由于协定的颁行没有充分反映所有人权的基本性质和整体性”，“所以知识产权制度与国际人权法存在着明显的冲突”。〔23〕TRIPS协定在其制定及推行过程中显见种种不足，国际社会不乏质疑、争议的声音，其焦点即是协

〔15〕 [美] 罗伯特·默顿：《社会研究和社会政策》，林蒙仁译，三联书店2011年版，第86页。

〔16〕 前引〔3〕，杨雪冬文。

〔17〕 前引〔2〕，吉登斯书，第24页。

〔18〕 转引自〔英〕安东尼·吉登斯、斯科特·拉什：《自反性现代化》，赵文书译，商务印书馆2001年版，第74页。

〔19〕 许斗斗：《技术知识与风险社会》，《中共福建省委党校学报》2005年第9期。

〔20〕 前引〔7〕，薛晓源等文。

〔21〕 同上。

〔22〕 Anupam Chander and Madhavi Sunder, *The Romance of the Public Domain*, 92 Calif. L. Rev. 1348-1353.

〔23〕 UN Commission in Human Rights, *Intellectual Property and Human Rights*, 2000, E/CN.4/Sub.2/2000/7.

定的合理性、妥当性问题。诚然,当代知识产权国际保护制度具有正向性的作用,但是也有现实或潜在负效应因素。在风险社会中,“运用我们的文明的决策,我们可以导致全球性后果”。〔24〕

二、知识产权的制度化风险和技术性风险

知识经济的发展和网络、基因技术的应用,深刻地改变了知识产权的生存环境。这一判断依赖于以下两点事实:第一,知识产权所保护的最新技术,在造福人类的同时也加大了人类危害自身的可能性,“从技术—经济‘进步’的力量中增加的财富,日益为风险生产的阴影所笼罩”。〔25〕这即是技术的负面性与风险的不确定性的联系。第二,传统社会治理体系(包括知识产权制度)无力解决工业社会过度发展而产生的社会问题。“我们所体验到的那种无能为力并不是个人失败的标志,而是反映出我们的制度无能为力。我们需要重构我们曾经有过的这些制度,或者建立新的制度。”〔26〕这即是法律的确定性 with 风险的不确定性的背离。可以说,现行知识产权的法律制度和法律秩序存在着先天缺陷和潜在危机。

1. 文化风险与文化多样性

文化全球化是经济全球化的伴生物。“文化全球化不仅意味着文化的全球整合,也孕育着文化的冲突。”〔27〕国家文化安全与世界文化多样性问题是社会风险在文化领域的表现形式。在文化全球化和文化产业全球化的今天,我们面临着一个“风险文化的时代”。斯科特·拉什为此警告说:“始料不及的风险和危险将不再是由工业社会的物质化生产过程中所产生的风险和危险,而是从信息领域、从生物技术领域、从通讯和软件领域产生出的新的风险和危险。”〔28〕当今时代的“文化风险”表现为民族国家文化主权的弱化和传统文化边缘化。在全球范围内,许多民族、部落的传统文化与所谓的主流文化、强势文化一直存在着某种紧张状态。这一情况不仅存在于东西方文化之间,而且也表现在欧美文化内部之中。〔29〕

与经济全球化相伴而生的文化全球化,并不能消解文化的民族性和多样性。当今世界的情况是,一万多个不同的社会群体生活在大约二百多个国家之中。对一国内部而言,许多国家都是多文化、多民族的,维护文化的多样性主要在于对少数人权利群体的尊重;但对国际社会而言,文化的多样性意味着语言、宗教以及生活方式的差异性。承认这种文化多样性就是承认不同国家文化主权的独立性和自主性。“尊重不同文化的平等地位,尊重不同文化的多样性和它们丰富的活力,尊重完成发展的不同路径”,〔30〕是实现文化多样性的伦理基础,〔31〕也是国家文化主权原则的法律要求。

以 TRIPS 协定为核心理的国际保护体系的制度缺陷在于,它极力保护的是文化表现形式的独创性、新颖性,而忽视了文化表现形式的多样性。我们看到,现代欧美文化类型以其“现代性”

〔24〕 前引〔5〕,贝克文。

〔25〕 前引〔1〕,贝克书,第6页。

〔26〕 前引〔2〕,吉登斯书,第15页。

〔27〕 肖庆:《“风险社会”理论视角下的国家文化安全问题》,《文化艺术研究》2011年第4期。

〔28〕 [英]斯科特·拉什:《风险社会与风险文化》,王武龙编译,《马克思主义与现实》2002年第4期。

〔29〕 薛晓源:《全球化与文化产业研究》,载林拓主编:《世界文化产业发展前沿报告》(2003—2004),社会科学文献出版社2004年版,第9页。

〔30〕 前联合国秘书长、世界文化与发展委员会主席佩雷斯·德奎利亚尔语。转引自联合国教科文组织、世界文化与发展委员会:《文化多样性与人类全面发展》,广东人民出版社2006年版,第3页。

〔31〕 世界文化与发展委员会认为,多元化是全球伦理的基本原则,其意思是指“文化多元化是人类社会的基本特征,而且无处不在,无时不在。民族认同是对抗全球化压力的一个正常的健康有益的反映”。同前注。

为特征称雄于世界。从文化的角度看,欧美文化对各地原住民文化、传统文化的同化,日益蚕食着世界文化的多样性;从法律的角度看,西方国家主张的法律精神及其制度准则,已经成为国际社会生活的指南。^[32]在知识产权领域,欧美文化类型在知识产品的现代化生产中,以各种“智力创新”的形式得到欧美国家主导的国际知识产权制度的周延保护。与此相反,知识产权制度对不同的文化类型即“智力源泉”却缺乏必要的法律涵养,这一制度“只能保护知识财产上的财产利益而难以保护其同时存在的文化利益”。^[33]

在现行知识产权制度框架下,以危及文化多样性为表现形式的文化风险主要表现在以下两个方面:一是凭借科技、资本等优势,少数国家以知识产权名义进行的文化创作、生产、传播行为,对其他类型的文化表达和知识形式等进行不当占有和利用,损害文化的多样性特别是非主流文化、传统部落文化、少数人群体文化的存在和发展。例如,对他种类型的文化赋予不同的意义而并入另一种类型中,损害特定文化生存的独立性;以文学、艺术作品形式失真地编排他种类型的文化生活,损害传统部落文化表现形式的真实性;对他种类型的文化表现形式如歌曲、舞蹈、戏剧、医药等进行占有和利用,既不标示来源,又不支付报酬,损害传统文化资源的合法权益;利用电视、电影、网络、音像、广播、出版等技术控制文化传播手段,扩展单一文化的传播空间和时间,损害弱势文化得以平等表达的机会等。二是通过国际文化市场,少数国家以知识产权名义不断扩大本国文化影响力和文化出口贸易额,形成了合法形式的文化垄断,使得许多国家的多样性文化在生存和发展方面遭遇着前所未有的困境。以电视节目和卫星电视为例,西方国家完全垄断了电视节目市场。在许多第三世界国家,60—80%的电视节目来自美国,几乎成为美国电视的转播站,而非洲国家的外来电视节目更占节目总播出的90%。目前亚太地区上空拥有两百多个卫星电视频道,其中大部分是西方三大电视集团对亚洲开办的专门频道。^[34]可以说,以知识产权为后盾的文化全球化和全球化的文化产业正挤压着多样性文化的生存空间,从而构成风险社会中的文化风险。

2. 生态风险与生物多样性

生物多样性蕴含着生态、遗传、社会、经济、文化等价值,保护生物多样性是全人类共同关切的问题。生物多样性的危机或说是物种资源的破坏,其根源主要不是自然灾害,而是人为的不确定性,即“制度化风险”。

在现行知识产权体系中,授予专利的条件仅规定为创造性、新颖性和实用性,材料来源不是可专利性的要件,即生物技术专利的获取可以不考虑生物技术的基因来源。当代生物技术产生的特点之一,即是对资源的依赖性与资源的信息化。在生物技术时代,谁掌握了地球上有限的遗传资源,谁就能在生物经济的发展中取得主动,从而成为新的财富拥有者。^[35]

现实状况表明,发达国家与发展中国家分别处于生物技术与资源的两端,全世界80%的生物资源都在发展中国家,而95%的生物技术专利为发达国家控制。^[36]长期以来,在生物资源“国家主权”缺失的情况下,在现行知识产权的制度框架里,东西方国家生态权益出现重大失衡:发

[32] 参见严永和:《论传统知识的知识产权保护》,法律出版社2006年版,第61页。

[33] 有学者认为,知识产权不能充分保护文化多样性。在文化类型之间占有和利用中引起的财产损害,知识产权法作出了回应;而所造成的文化损害,知识产权法则没有相应补偿机制。See Rebecca Tsosie, *Reclaiming Native Story: An Essay on Cultural Appropriation and Cultural Rights*, 34 Ariz. St. L. J. 299 (2002).

[34] 参见张正焉等编著:《WTO与中国文化产业政策》,中共中央党校出版社2001年版,第19页。

[35] 参见朱雪忠等:《基于遗传资源所产生的知识产权利益分享机制与中国的选择》,《科技与法律》2003年第3期。

[36] 冯飞:《我国与发达国家生物产业化差距超15年》, <http://news.163.com/10/0623/08/69RNIN7F000146BC.html>, 2012年2月14日访问。

展中国家的生物资源优势不能在专利申请中得到体现,也不能获得使用专利的优势。相反,高水平的专利权保护提高了发展中国家输入的成本。^{〔37〕}

国际生态环境的愿景目标是:“保护生物多样性、可持续地利用生物多样性,公平合理地分享使用多样性资源的利益”。^{〔38〕}1992年《生物多样性公约》确定的以生态和环境保护、遗传资源保存和开发为一体的发展主旨,并没有在世界贸易组织及TRIPS协定的框架内得到协调与回应。少数国家甚至推行双边主义,专门就生物技术的高水平保护签订协议,以达到其预定的“TRIPs—Plus”目的。^{〔39〕}人们有理由担心,上述制度或政策的缺陷使得“全世界面临着生态破坏危机的巨大风险与高度的不稳定性”。^{〔40〕}

3. 基因技术风险与人类社会安全

科学技术的高度发展既是风险社会的特征,也是风险社会的成果。所谓技术风险,是指人类在利用技术时违背技术自身规律而产生的社会风险。^{〔41〕}违背技术自身规律的行为,有时是出于人类认识能力的局限,有时则出于某种利益的考量。例如,基于政治需要或经济效益的目的,明知利用某一技术会带来不良后果,但仍然作出技术行为选择。

风险社会中的基因技术风险,是由于基因技术利用而造成社会损失、危及社会安全的一种潜在的可能性状态,主要表现在以下几个方面:一是人类生态环境风险。在现实社会中,人为环境风险超过自然环境风险而成为风险的主要内容。环保主义者认为,在基因产生的巨大商业利益面前,人类对基因技术有可能失控或滥用,其结果是物种的灭绝或性状改变、生态平衡遭到破坏,从而引发生物安全问题。二是人类社会秩序风险。随着人类基因图谱的破译,人类遗传资源密码得以揭示。当技术发展到能够阅读个人基因组时,可被用于对人的健康、智力及潜在素质的测试。倘若人类基因信息被不适当地利用,就会产生“基因歧视”,有可能危及人类自身安全。三是转基因食品风险。转基因技术已经孕育出优质、高产、抗病虫害的农作物,转基因食品正在影响着人们的饮食消费。于此同时,世界舆论也在关注转基因作物过量地制造某种外源的蛋白质,有可能危及人类健康。

知识产权制度理直气壮地对基因技术授予专利,却对基因技术风险束手无策。通过法律规范阻止基因技术滥用行为是必要的,但其作用是有限的。我们必须正视现行知识产权的制度缺失,建立一整套社会治理体系,才可能走出基因时代的技术风险。

4. 网络风险与信息社会安全

信息全球化是建立在网络社会化的基础之上的。网络构成了我们这个时代新的社会结构、形态与模式。“作为一种历史趋势,信息时代的支配性功能与过程日益以网络组织起来。网络建构了我们社会的新社会形态。”^{〔42〕}网络社会在本质上是一个风险社会。网络技术的发展对社会、文化、政治、经济、法律等有着潜在的影响,其结果所产生的不确定性已变得难以控制。可以认为,“网络社会所蕴含的数字化不仅引起一场产业革命,同时也引发社会革命”。^{〔43〕}

网络风险是来自网络技术与网络著作权本身的“内生性”风险。主要有三大问题:一是制度

〔37〕 孙法泊:《论生物技术国际知识产权保护》,《政法论丛》2007年第6期。

〔38〕 参见《生物多样性公约》序言。

〔39〕 Grain, *TRIPs—Plus Through the Back Door: How Bilateral Treaties Impose Much Stronger Rules for IPRS on Life Than the WTO*, Grain Publications, July 2001.

〔40〕 前引〔7〕,薛晓源等文。

〔41〕 王学忠:《技术社会风险的法律控制》,《科技与法律》2008年第4期。

〔42〕 [美]曼纽尔·卡斯特:《网络社会的崛起》,夏铸九等译,社会科学文献出版社2003年版,第569页。

〔43〕 刘挺:《网络社会的法律控制》,《宁夏大学学报》(人文社会科学版)2008年第5期。

信任的风险。“风险社会不仅仅是一种事实概念，更是一种文化概念。”^{〔44〕}网络环境秩序的治理，有赖于权力机构以正式方式建立并保证实施的正式制度，这主要是法律制度，同时也借助于诸如习俗、惯例、道德伦理等具有社会规范形式的非正式制度。我们看到，对于日益泛滥的网络侵权和人数众多的侵权群体，正式建立的法律制度显得无能为力。在网络环境中，每一个网民的每一次鼠标点击都可能构成侵权，但法律却很难加以制裁。其结果是对著作权的“制度化违背”成为常态，代之而起的是“非正式制度（潜规则）”的生成，“正式的规则或制度名存实亡”。^{〔45〕}在这种情况下，法律与其他社会规范不但背离，而且产生了冲突。可以认为，著作权文化认同缺乏是一个法治信仰问题，在风险社会理论中则是一种制度信任危机。二是技术保护措施的风险。在网络环境下，信息的传播便捷且广泛，数字技术的出现弱化了著作权人对其作品的控制力。为应对数字作品的非法传播而强化权利人控制其作品网络传播的能力，技术保护措施被纳入著作权制度。有学者认为，如果技术保护措施被普遍应用，可能会限制网络信息传播的巨大能量，也可能潜在地摧毁公众与私人之间存在的利益平衡。在数字版权管理或者技术保护措施取代销售许可合同的情况下，还可能妨碍公众对信息的接触或获取。^{〔46〕}三是“数字鸿沟”的风险。在全球范围内，数字技术的运用及其程度有很大差异，这种网络发展的不均衡性即是“数字鸿沟”问题。网络时代数字鸿沟的存在及其扩展必将招致众多的风险和危机，涉及到各个社会领域。在版权产业界，诸如影视、音乐、广播、游戏、动漫、出版等数字内容产业占据主流和支配地位，而生产数字内容产品的许多核心乃至技术标准，多为发达国家和他们的跨国公司所掌握。根据《中欧数字鸿沟比较研究》提供的数据，2007年中欧数字鸿沟的综合指数为0.69，这意味着中国的信息化总体发展水平和应用水平比欧盟落后69%。“网络时代的数字鸿沟扩大了社会的不平等现象”，^{〔47〕}不仅表明了东西方国家拥有著作权的利益失衡，而且意味着这些国家的民众接触和获取信息的能力差距。

三、知识产权法制建设中的风险意识

知识产权制度的风险研究，从其识别、评价到治理，每一过程的理论思维都应是客观事实分析与主观价值判断的综合。知识产权制度发展路径的选择，其实是基于风险的政策抉择。在知识产权法律制度与法律秩序的建构中，提高风险意识，增强风险认识能力是非常重要的。

中国知识产权制度是在特殊历史条件下建立的，在很大程度上是“逼我所用”，即外力强加的结果。但是根据自身发展的需要，这一制度现已变成“为我所用”的政策工具，即作为建设创新型国家的制度选择。对外国法制或者国际法制的引进是一个理性选择的过程，更是一个法律本土化的过程。即外来制度如何在本国“扎根”与“内化”的过程。^{〔48〕}问题在于，知识产权制度在发展中国家未能完全实现其预期的政策目标。影响制度效益目标实现的，既有法律因素，如制度选择所涉及的法律理念、法律内容以及法律形式等是否具有先进性、合理性和科学性；也有非法律因素，即制度实施所涉及的经济技术发展状态、政府公共政策体系以及社会环境、文化条件等是否具备一致性、协调性和相适应性。上述不确定因素，即是风险社会的知识产权风险。“通

〔44〕 前引〔7〕，薛晓源等文。

〔45〕 王锡铤：《中国行政执法困境的个案解读》，《法学研究》2005年第3期。

〔46〕 参见高富平：《寻求数字时代的版权法生存法则》，《知识产权》2011年第2期。

〔47〕 庄及刚：《网络时代与风险社会》，《淮阳师范学院学报》2004年第4期。

〔48〕 参见张洪峰：《法的世界化与本土化之争及其超越》，《福建法学》2005年第1期。

过法律化解风险,通过法律吸纳风险”,“将风险社会置于法治社会的背景之中”,〔49〕我们有必要对风险社会中的知识产权制度进行合理的建构和更新。对于中国而言,在接受知识产权这一制度文明的同时,必须克服知识产权可能带来的制度风险,在知识产权国际化潮流中强调本土性,在知识产权现代化过程中注重阶段性。具体而言,我们应当持有如下风险法律理念:

1. 价值理性与工具理性的统一

价值理性与工具理性是哲学中两个相对的概念,其最直接、最重要的渊源是德国社会学家马克斯·韦伯所提出的“合理性”理论。韦伯将合理性分为两种,即价值(合)理性和工具(合)理性。前者是指“主观相信行动具有无条件排他的价值,而不顾后果如何、条件怎样都要完成的行动”,〔50〕关注的是属于目的和结果的价值;后者是指“以能够计算和预测后果为条件来实现目的的行动”,〔51〕其核心是追求功利的动机所驱使的效率。在韦伯的理论中,工具理性是启蒙精神、科学技术和理性自身演变和发展的结果。然而随着工具理性的极大膨胀,在追求效率和实施技术的控制中,理性由解放的工具退化为统治自然和人的工具。〔52〕这是一种技术理性和价值理性的冲突。在资本主义社会,技术的提高是技术理性高扬的结果,而人的异化则是把人作为目的的价值理性走向衰落的表现。风险社会理论对此有着相似的看法。贝克认为,传统现代性的重要知识原则就是“科学理性”,正是这种表面“全知全能”实则“片面垄断”的工具理性,造就了现代社会的全面问题。社会成为经济社会,国家成为“技术国家”,“工业理性和技术的蚕食耗尽了日益现代化的本质”,“使人类的充满生机的关系成为工具理性”。〔53〕可以说,科学理性在宣称自身价值中立的同时,也将其与体现更广泛社会价值的“社会理性”对立起来。〔54〕

在法学研究中,价值理性与工具理性的关系表现为实质正义与形式正义、法律目标与法律手段之间的关系。一些法律制度的设计和安排,将作为手段的工具理性当作目的,将作为目的的价值理性当作手段,带来诸多的社会问题。现代知识产权的制度风险,在一定程度上就源自“工具理性的越位”和“价值理性的缺位”。〔55〕国际知识产权保护的制度安排,较多反映了强势主体高水平保护知识产权的利益诉求,使得形式公平的知识产权规则掩盖着东西方国家利益失衡的实质不公平。知识产权既是私人产权,又是公共政策。基于知识产权两种属性的关系,英国知识产权委员会作了很好的诠释:无论怎样称呼知识产权,我们最好将它视为公共政策的一种手段,授予个人或者机构一些经济特权,以实现更大的公共利益,而这些特权只是一种目标实现的手段,其本身并非目标。〔56〕可以认为,寻求全球知识产权风险治理机制,改革现行知识产权保护制度,其基本思路应是工具理性与价值理性的统一。这里的价值理性,包括知识产权创造和利用中的各方利益平衡、知识贸易中的东西方国家利益调整以及知识传播中的公共利益的实现。

2. 权利(力)观念与责任观念的统一

知识产权是知识类财产的权利形态,包括义务功能要求在内的权利观,是当代法理念的核心范畴,知识产权制度的构建和运行是以这一核心范畴为基础的。风险社会的法律应对有两个重要

〔49〕 杨春福:《风险社会的法理解读》,《法制与社会发展》2011年第6期。

〔50〕 陈志刚:《马克思的工具理性批判思想》,《科学技术与辩证法》2001年第6期。

〔51〕 同上。

〔52〕 参见〔德〕马克斯·韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,于晓、陈维纲等译,三联书店1987年版,第141页。

〔53〕 参见前引〔9〕,贝克书,第103页以下。

〔54〕 参见许志晋等:《论风险社会的科学技术发展》,《中国科技论坛》2007年第2期。

〔55〕 高明亮:《论比较法学中的价值理性》,《比较法研究》2006年第5期。

〔56〕 英国知识产权委员会:《知识产权与发展政策相结合委员会关于知识产权的报告》,第6页, http://www.iprcommission.org/graphic/chinese_intro.htm, 2007年7月20日最后访问。

概念，一是“法律的确定性”，二是“风险的不确定性”。在风险社会中，法律所授予的权利（力）旨在最大限度地抵消由于风险带来的冲击和侵害，或者说偏重于对确定性价值的追求和确认。^{〔57〕} 知识产权立法的本来目的，在于合理界定权利与义务的范围，明确本权或他权的构成，通过权利行使而实现其确定性的利益。但在当代新技术的影响下，传统法律体系下的权利确定性边界变得模糊不清，从而带来种种不确定性的风险。对知识产权正当性及其边界的质疑，成为知识产权制度遭遇时代挑战的突出问题。^{〔58〕} 这里的权利边界，涉及智力成果“专有领域”与“公共领域”的划分、创造者权利与传播者权利的划分、创造者、传播者权利与使用者权利的划分。其不确定性的风险可能来自权利的扩张或滥用，也可能来自权利的侵害或冲突。在风险社会理论视野中，知识产权法的权利观应该包括如下内容：权利应该有确定性范围，权利应该受到尊重和保护，权利应该被谨慎和正当地行使。

在知识产权领域，举凡权利的滥用与义务的违反，都会涉及责任的承担。在法学理论中，由于侵犯法定权利或违反法定义务而引起的、由专门国家机关认定并归结于有责主体的带有直接强制性的义务，是为法律责任，又称为“第二性义务”。^{〔59〕} 与上述学说不同，风险社会理论中的责任有两个特点：第一，有责主体是广义的，它包括技术产品创造者（对禁止研发的技术产品承担产品责任）、技术产品评估者（对技术产品负面效应或副作用的评价承担专家责任）、技术政策的制定者（对技术产品的社会风险承担决策责任）。多重责任主体制度旨在防止贝克所批判的“有组织不負責任”的情形出现。第二，权利个体的责任是宽泛的。诸如技术滥用、技术误用以及利益博弈下的技术选择使用等，都是引起技术社会风险的行为，其中有的构成权利滥用和义务违反的法律责任，有的则可能是一种“公众批判”的道义责任。

在风险社会中，知识产权制度主张的法律理念应是权利（力）观与责任观的统一。诚然，这是对权利者即知识产权所有人的要求，即主体在享有权利、承担义务的同时，应履行其责任，并将责任理念贯穿于知识的创造、传播与利用过程中。进而言之，这更是对权力者即知识产权管理人的要求。政府在风险社会的角色定位表明，决策即风险，决策者即责任者。因此，在知识产权风险治理机制中，政府应当秉持权力与责任相统一的理念，并将责任理念贯穿于权力运作的始终。

3. 法律控制与技术规制的统一

现代社会的风险防范与治理，需要人类构造新的价值理念与新的知识体系。对知识产权的制度化风险与技术性风险，可采取法律控制与技术规制的综合治理机制。

法律控制是风险治理机制的重要手段。知识产权法律具有激励知识创新的制度功能，其私权的扩充与保护即是激励机制的法律表现。但是从风险理论出发，立法者必须重视控制风险功能的法制化。具言之，知识产权法律要强化权利客体排除、禁止权利滥用、限制权利行使等制度；相关法律对技术的研究、使用和传播应建立限制机制、禁止机制以及惩戒机制，以作为上述知识产权法律的补充。

技术规制是风险治理机制的重要措施。技术规制表现为法律规范、政策规定和伦理规则等。风险社会理论指引下的技术规则有以下特点：风险规避的主要路径，是事先预防而不是事后补救（即从技术研究开始规制，以预防技术产生的负面效应或副作用）；风险规避的基础范式，是从技

〔57〕 前引〔49〕，杨春福文。

〔58〕 参见熊文聪：《后现代主义视角下版权正当性及其边界——从个体权利到基于商谈的共识》，《政治与法律》2010年第6期。

〔59〕 张文显主编：《马克思主义法理学》，高等教育出版社2004年版，第377页。

术研发到应用过程的责任制度（包括社会道义责任、科学伦理责任和法律责任）；风险规避的重要措施，是奉行技术民主原则（包括技术信息适度公开和公众参与、公众决策）。〔60〕

法律控制与技术规制的风险观告诉我们，防范知识产权的制度化风险和技术性风险，不仅涉及传统知识产权的制度改造，而且要求构建以规避风险为指引，以知识产权为导向的公共政策体系，同时形成以全面理性（包括社会理性与科学理性）为基本内涵的科技伦理规范。

四、面对风险社会的知识产权制度

面对风险社会，现行知识产权制度的“先天缺陷”日益凸显，陷入了一场前所未有的危机与挑战。人们对知识产权制度产生了“信任风险”，质疑其正当性与合理性，甚至出现了“专利废除论”、“著作权死亡论”等极端观点。〔61〕笔者认为，知识产权制度不会走向消亡，但是必须进行法律变革；知识产权制度可以继续存在，但是需要相关制度补充。

知识产权制度应对知识革命作出回应，重点解决网络技术、基因技术带来的诸多问题，避免规则缺失所带来的“不确定性”。问题一：新的知识形式对传统知识产权客体的挑战。这主要表现为知识产品形式的变化和知识产权客体范围的扩大。著作权客体经历了传统的印刷作品到现代模拟作品、电子作品再到当代的数字作品与网络作品的不断演进；专利权客体从以往的微生物、动植物品种发展到今天的基因技术；域名作为数字化经营标记，则成为商业标记领域的最新保护对象。问题二：新的知识财产对传统知识产权范围的突破。这既表现在原来权项内容的拓展，如著作权领域出现的信息网络传播权、数据库作者权；也表现在新的财产权利的增加，如介乎著作权与工业产权之间的集成电路布图设计权，具有准专利性质的植物新品种权。问题三：新的知识利用方式对传统知识产权规则的改变。新技术不仅带来知识产品利用的新途径，同时也要求法律制定相应的新规则。在网络版权领域，对保密技术措施的正当性、合理性考量，对网络作品传播者、消费者的责任界定，无一不是法律难题。而在网络商标领域，法律则面临商标权地域性与因特网国际性的冲突、商标分类保护与网上商标权排他效力的矛盾。问题四：新的知识权利观念对传统知识产权制度的动摇。生物技术的出现，使发现与发明的界限变得模糊，“专利只能授予发明而不能授予发现”的传统理论遭到了质疑。〔62〕“传统资源权”概念的出现，使得人们在关注现有智力成果权利的同时，也要考虑传统智力资源的保护。应该指出的是，上述问题并不是知识产权制度变革的全部内容，但也许可以视为法律再造的重点和难点。

知识产权制度变革的重心，在于相关制度的补充和替代。这些制度或是弥补知识产权的制度缺陷，或是植入知识产权制度体系，或是替代知识产权发挥制度功能，以此形成一个应对风险社会的制度系统。相关补充和替代制度主要有：

传统知识保护制度。按照世界知识产权组织的说法，传统知识是指基于传统所产生的文学、艺术或科学作品，表演，发明，科学发现，外观设计，标记、名称及符号，未公开的信息，以及一切来自于产业、科学、文学艺术领域内的智力活动所产生的基于传统的创新和创造。〔63〕传统

〔60〕 关于以技术批判理论为基础的技术规制，参见刘铁光：《风险社会中技术规制基础的范式转换》，《现代法学》2011年第4期。

〔61〕 参见王太平在《知识产权制度的未来》一文中的评述，《法学研究》2011年第3期。

〔62〕 Joseph M. Reisman, *Physicians and Surgeons as Inventors: Reconciling Medical Process Patent and Medical Ethics*, Berkeley Technology Law, California University.

〔63〕 WIPO, *Intellectual Property Needs Expectations of Traditional Knowledge and Holders*, WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999), Geneva, April 2001, p. 25.

知识是现代语境下的概念，以此说明与现代知识相区别的知识类型。“现代知识是一种世界性的知识，建立在西方的科学、哲学和社会经济制度之上，是当今世界占据主流地位的知识类型；而传统知识则是一种地方性知识，是特定的人群为应对特定社会生态环境而发展起来的知识类型，相对于现代知识的普遍性，传统知识则表现出强烈的多样性。”〔64〕传统知识的保有和传承使得地球的生物多样性和文化多样性得以延续，是人类社会可持续发展的重要基础。现行知识产权制度的保护对象限于最新知识即智力创造成果本身，而不能涵盖传统知识即智力创造源泉，这种保护机制忽视了对文化与知识多样性保护的原则，导致一些国家或地区、一些民族或种族应有权利的丧失。近年来，国际社会十分重视传统知识的保护问题，并对这种制度安排进行了有益的探讨：一是采用现行制度保护。知识产权现有形式下的保护方式包括：著作权及邻接权（以民间文学艺术表达为主的传统知识为保护对象）、专利权（以遗传资源的利用、开发有关的产品和方法为保护对象）、植物品种权（以改进原生状态物种的新植物品种为保护对象）、外观设计权（以传统的手工艺品为保护对象）、商标权（以含有传统知识的商品或服务所采用的个体或团体标记为保护对象）、地理标志权（以各类天然、传统和工艺品所采用的社区标记为保护对象）、反不正当竞争（以未公开的传统知识为保护对象）。〔65〕二是采用专门制度保护。一些学者和非政府组织强烈建议的方法是建立一种专门制度，即为适应传统知识的本质和特点而创设独立法律制度。关于专门制度的法律属性，即是否属于知识产权保护机制的范畴，国际上有不同的认识。有的认为这是一种“专门的知识产权制度”，尽管它的学理基础、规范方法与典型的知识产权制度有较大的差异。也有的认为，这种制度“处于现行知识产权体系的保护之外，它实际上归属于国际社会正在讨论的一个更为宽泛的权利系统——传统资源权”；“如果说现行知识产权制度是对智力创新的激励，那么传统资源权就是对智力源泉的涵养”。〔66〕对传统知识的保护事关国际协调机制的运作，目前尚存有许多争议，是风险世界的不确定性因素之一。其结果不仅反映一种新的利益格局的形成，同时也昭示未来知识产权国际保护制度的发展方向。

公共领域保留制度。公共领域是典型的“知识共有物”，即知识产品的非专有领域。公共领域制度在知识产权法中的适用，最早可追溯到英国1623年的垄断法规和1709年的安娜法令。根据规定，专利权和著作权的保护期限届满后，原来受保护的知识产品即进入公共领域。后来的美国宪法在著名的知识产权三项政策中专门规定了“公共领域保留”（the preservation of the public domain），将知识产权限制在一定期间和范围之内。〔67〕公共领域保留的制度设计，无疑是一道界分公共利益与私人利益各自范围的“分水线”。知识产权本质上为私权，但法律对知识产权的保护并不是最终目的，它还承担着实现公共利益的价值目标。可以说，知识产权立法的二元宗旨构成公共领域保留制度的现实基础。学者大抵认为，国内法框架下的公共领域主要包括三个部分：一是保护期届满的知识产品；二是不具备实质要件的知识产品；三是人类共有的知识，包括不受保护的“思想”以及有关科学、数学等理论知识。在国际公约体系中的公共领域，主要包括可以自由复制的表达形式、可以自由使用的科学技术、暗含在市场中可以自由使用的标记和符号、可以自由应用于产品的具有功能性和审美性的设计以及思想和即时性新闻等。〔68〕但是，我们看到，

〔64〕 李发耀：《多维视野下的传统知识保护机制实证研究》，知识产权出版社2008年版，自序部分，第ⅩⅨ页。

〔65〕 参见 Carlos Correa：《传统知识与知识产权》，国家知识产权局译，www.Biodiv-ip.gov.cn。

〔66〕 龙文：《论传统知识产权权利的实现形式》，载国家知识产权局条法司编：《专利法研究》（2004），知识产权出版社2004年版。

〔67〕 L. Ray Patterson, Stanley W. Lindbery, *The Nature of Copyright: A Law of Users' Right*, the University of Georgia Press, 1991, pp. 49-55.

〔68〕 参见张艳梅：《国际知识产权条约体系下的国际公共领域研究》，《当代法学》2011年第4期。

在现代知识产权制度发展过程中,私人知识财产得以扩张,知识财富的公共领域却不断缩小,从而造成了权利拥有者的个人利益与知识利用者的公众利益之间的冲突。有学者指出,知识产权成为一种将循环使用的公共信息变成私有垄断信息的工具。^[69]这种制度化风险,“可能是源于近些年来立法者和政府偏向于对著作权的保护以牺牲公共领域为代价,对受保护领域的强调导致对公共领域的忽视”。^[70]面对风险社会的知识产权法必须重塑这一制度。公共领域保留不仅体现了法律对涉及知识产权的各种利益重新认识并加以协调,其实也是法律对专有权扩张的风险进行识别并加以控制。

开放存取运动与知识共享许可协议。解决权利扩张与利益失衡,是风险社会知识产权制度完善的一个难题。美国学者认为,知识的过分产权化如同对自然资源的过多掠夺,会使已有生态系统遭到破坏。因此要遏制知识不断私有的趋势,通过知识共有以维持知识生态系统的良性运转。^[71]为维系知识共有空间,国际社会的一些团体或个人采取了“亚政治”运动,^[72]其中最具有代表性的即是开放存取与知识共享。开放存取(open access)是国际学术界、出版界、图书情报界为了推动科研成果利用互联网自由传播而采取的运动。按照2001年“布达佩斯开放存取协议”的说法,“对某文献的‘开放存取’,即意味着它在Internet公共领域里可以免费获取,并允许任何用户阅读、下载、复制、传递、打印、搜索超链接该文献,也允许用户将其通览并为之建立索引,用作软件载入数据或其他任何合法用途”。^[73]在开放存取运动中,文献作者或著作权人授权用户免费使用的是学术文献,且以教学、研究、学习为目的。该运动在互联网空间搭建了一个“知识共有”的平台,促进了学术文献的交流和传播,是有别于传统著作权制度的知识利用模式。“知识共享许可”(Creative Commons License)也是针对现行著作权制度而创制的,是以“反版权”为思想基础的开源软件许可证由软件产业向其他文化产业的延伸。由“知识共享组织”于2001年成立的这种著作权许可方式,其对象包括所有著作权法所保护的作品,著作权人可选择某一许可方式授权他人使用其作品,被许可人必须接受该许可方式所设定的限制条件。可以认为,开放存取运动与知识共享协议“是对传统的著作权授权许可方式的革新,它为作品的自由、广泛传播以及作品的再创作提供了一个崭新的机制”。^[74]

知识创新奖励制度。专利制度的弊端是风险社会知识产权“制度化风险”的典型表现。针对“专利质量降低、专利诉讼爆炸、专利灌木丛、专利竞赛”等制度缺陷,人们也在寻求制度补充的风险治理机制。对知识创新的激励与保护,专利法是主要但并非唯一的法律形式,其辅助机制即创新奖励机制有两种类型可作选择:一是与专利制度相衔接的“专利奖赏制度”。在专利奖赏制度下,由国家向专利人支付相当于社会价值的金钱补偿后,其发明专利归国家所有,进入公有领域。^[75]这一制度主要适用于独占权保护有可能产生重大社会影响的技术领域,如事关公共健康的制药领域、专利过于密集以致影响技术创新的特殊领域等。二是与专利制度相并行的“发明奖励制度”。发明奖励制度即是通过对其科技成果的社会效益或经济效益进行评价,由国家给予精

[69] [澳]彼得·达沃豪斯、约翰·布雷斯特:《信息封建主义》,刘雪涛译,知识产权出版社2005年版,第192页。

[70] 冯晓青:《著作权法中的公共领域理论》,《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)2006年第1期。

[71] Henry C. Mitchell, *The Intellectual Commons: Toward an Ecology of Intellectual Property*, Maryland Lexington Books 2005, pp. 67-173.

[72] 在贝克风险社会理论中,以“社会理性拥护者”为基础的“亚政治”,是指“外在于并超越国家—政府政治体制的代表性制度的政治”,是应对风险社会的“知识行动”。参见前引[9],贝克书,第50页。

[73] 参见刘海霞等:《开放存取研究进度述评》,《图书与情报》2006年第1期。

[74] 参见杨红军:《版权许可制度论》,中南财经政法大学2007年博士学位论文。

[75] 刘友华:《专利制度的未来模式:替代、革新抑或全球化》,《华南师范大学学报》(社会科学版)2011年第4期。

神和物质上的奖励，其发明成果所有权名义上属于国家，但实际上任何人可以无偿使用。这种非市场机制的奖励制度也是对专利制度的补充。

知识产权的法律之光，当为保护私人知识财产的智慧之光，更是维护社会知识进步的理性之光。探讨知识产权制度的修订与完善、补充与替代，是国际知识产权界共同面临的时代问题。这不仅是应对知识产权制度危机的风险控制举措，也是实现知识产权制度价值目标的法律变革路径。

Abstract: The study on risk society constitutes one of the most crucial theories of modern philosophy and social science. In the context of risk society, the intellectual property law can be regarded as an institutional civilization, or a possible institutional risk. Some risks, such as the cultural risk, the environmental risk, the genetic technology risk, the network risk and so on, are mainly the “endogenous risk” of the intellectual property institution. In the process of constructing the legal system and legal order of intellectual property, how to overcome the congenital defects and potential risks in the existing system, increase the risk awareness, enhance the capacity of identifying risks, and find a reasonable risk control mechanism are the contemporary problems confronted by the intellectual property academics all over the world.

The legal governance of the risks of the intellectual property system should adhere to the ideas of harmonization in different aspects, such as value rationality and instrumental rationality, individual rights and individual liabilities, legal control and technical control, and so on. Except these above, in order to establish an ideological and institutional system to cope with risk society, mechanisms such as the protection of traditional knowledge, the reservation of public domain, open access and creative commons license, and the innovative award to new knowledge can be served as substitutive or supplementary approaches. This is an important legal method to respond to the risks of the intellectual property system and also an essential reforming path to achieve the value of the intellectual property law.

Key Words: risk society, intellectual property, institutional risk and technological risk, legal control
