

中国民法问题研究丛书

国家社会科学基金项目

高科技发展 与民法制度创新

吴汉东/主编

Civil Law

中国民法问题研究丛书

国家社会科学基金项目

高科技发展 与民法制度创新

撰稿人(以撰写章节先后为序)

吴汉东

刘大洪

曹新明

杨明

宁红丽

唐义虎

周佳念

孟令志

胡开忠

董炳和

肖志远

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

高科技发展与民法制度创新/吴汉东主编.
北京:中国人民大学出版社, 2003
(中国民法问题研究丛书)

ISBN 7-300-04363-1/D·854

I. 高…

II. 吴…

III. 民法-司法制度-研究-中国

IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 062367 号

中国民法问题研究丛书

国家社会科学基金项目

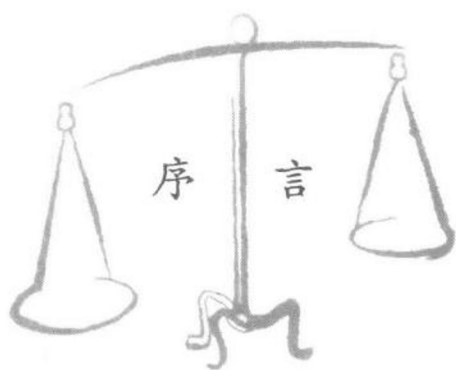
高科技发展与民法制度创新

吴汉东 主编

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)	010-62511239 (出版部)	
	010-62515351 (邮购部)	010-62514148 (门市部)	
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	涿州市星河印刷厂		
开 本	787×1092 毫米 1/16	版 次	2003 年 9 月第 1 版
印 张	25.75 插页 2	印 次	2003 年 9 月第 1 次印刷
字 数	429 000	定 价	38.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换



在 21 世纪，我们都感受到了高科技广泛而深刻的影响。这一影响的深度和广度，在整个人类历史上，恐怕只有蒸汽机和电力的发明及应用才能够与之相比。高科技向人类社会各个领域的渗透，正改变着世界经济形态和发展过程，使人类从土地、劳动力和资本等传统生产要素为主的时代，走向知识、技术和信息等新兴生产要素为主的时代，即由物资经济形态转入知识经济时代。高科技区别于一般技术的主要特征有：时代性——人类历史进入到生产力高度发展的特定阶段才产生的一种社会、经济现象；创新性——以广泛利用现有科技成果为基础，不断开拓新的知识领域，并使其不断得到创新；智力性——知识、技术和资金高度密集的新型技术，其中最关键的因素是人才及智力；战略性——以科技型成果表现出来的战略资源，直接关系到一个国家的经济、政治和军事地位；风险性——在其发展中会遇到什么问题，一般都是难以预料的；竞争性——从一开始拥有进入市场的强烈愿望，就总是伴随着异常激烈的市场竞争。

当前,高科技发展的热点主要集中在网络技术、基因技术、纳米技术等领域。它们在21世纪全新的社会经济环境下将得到更充分的发展和更广阔的应用,并反过来推动人类科学技术的进一步发展,成为改善人类生存条件、生存质量、生存空间,推动社会发展的强大动力和知识基础。高科技的发展为人类未来展示了广阔而美好的前景。无庸赘述,在这史无前例的高科技时代,探讨高科技对我们的生活以及与生活休戚相关的民法的互动关系,无疑是民法学界责无旁贷的任务。从某种意义上讲,高科技与民法的互动关系,实际上是科技创新与制度创新的关系。科技创新包括科学创新与技术创新。科学创新要求基础理论的研究和应用理论的研究的突破和创新。技术创新是指新知识、新技术和新工艺等的开发和创新。科技创新作为一种崭新理论的提出,首先是美籍奥地利经济学家熊彼特的《经济发展理论》把科技视做经济发展的促进因素,认为经济的创新就是建立一种新的生产函数,是实行生产要素和生产条件的新组合,包括引进新产品,引进新的生产方法,开辟新的战场,控制新的原材料的新的供应来源,实现企业新的组织等的组合。第二次世界大战后发生的高科技革命,经过了20世纪80年代的信息高速公路,90年代的知识经济,使得信息技术、生物技术、纳米技术等成为改变生产、社会生活和社会面貌的决定力量。但是以高科技为内容的新经济的崛起,使国家发展不平衡更加明显。美国90年代在高新技术上捷足先登,经济出现了飞速的发展,把日本的产业经济远远抛在后面。发展中国的印度和本不显眼的爱尔兰异军突起,一跃成为世界和欧洲的软件大国。高科技推动经济发展的结果,不但扩大发达国家和发展中国家间的差距,同时也给发展中国家提供了一个能够利用世界高科技发展成果、缩短差距、迎头赶上的机遇。

科技创新需要制度基础。创新基础可分为有形基础和无形基础。有形基础是指“看得见、摸得着”的,往往使用巨额预算建设的物质设施,包括物质、能源和信息三大类基础设施。无形基础设施是指“看不见、摸不着”的,往往主要依靠政策法规、激励与精神因素建设的基础设施,包括制度、文化、组织等等。在创新的无形基础设施中,制度因素是最基本的最核心的。

“制度”是一个很古老的经济社会现象,它是约束人们行为的一种规范,是一种最基本的“游戏规则”。作为国家或区域提供的最基本的公共物品,制度的表现形式是通过特定程序提供的法律、法规和政策等来界定人们的选择空间,规范和约束人们之间的相互关系。关于技术和

制度变迁历史的研究，关于技术进步与制度安排之间关系的理论，早就证明：推动技术发展的主要力量并非技术自身演进，而是有利于创新的制度安排。D. 诺斯和 R. 托马斯的名著《西方世界的兴起》指出，18 世纪以后西欧之所以首先出现经济迅速发展、人均收入迅速增长的局面，是由于这些国家具有更有效率的经济组织和保障个人财产安全的法律体系，而这种比较完善的经济组织，又是中世纪以来将近一千年长期演变的结果。同样，以研究技术发展史闻名的美国经济学家 N. 罗森宝和 L. 小伯泽尔的名著《西方致富之路——工业化国家的经济演变》中指出，就科学技术而论，直到 15 世纪，中国和阿拉伯国家显然高于西欧，但西方国家后来居上，在经济上大大超过东方国家，原因是西欧在中世纪后期建立了一种有利于不断创新的社会机制。18 世纪末、19 世纪初产业革命的发生，有一个增长体制作为基础，这个增长体制是在中世纪后期商业革命中逐渐成长起来的，例如，复式簿记是 13 世纪发明的，公司制度是 17 世纪初出现的。这些学者的研究告诉我们，制度创新是科技创新的基础。从实际情况来看，技术创新的成果往往引起人们的格外瞩目，可是从人类社会经济发展影响深刻的程度上看，制度创新更具有决定性意义。

制度创新的主题是法律的变革与重构。与人类社会业已存在的其他行为规则不同，法律作为一种必须强制一体遵循的规则体系，总是希望尽可能地在较长的时期内保持自己的相对稳定性。只有维持法律制度的相对稳定性，法律关系建立后才能达到预期的目的，因为人们可以预测对义务的违反或权利的侵犯都将遭致法律的制裁。然而随着科技创新、制度创新，社会的发展和进步，法律的稳定性必然会面临新问题，在新挑战的过程中不断被突破，旧的规则甚至完全被抛弃。两千多年来的法治发展史表明，即使排除社会革命时期在外，法律的稳定性仍然是相对的，而进步和发展是法律变革的必然规律。近代民法的奠基者通过罗马法复兴运动将其合理内核根据新兴资产阶级的利益需要进行改造而吸收到自己的民法体系中，并建立了以平等性和互换性为对社会生活的基础判断，以形式正义为理念、以法的安定性为价值取向、以主体的抽象人格及财产权的绝对保护和私法自治为模式、以概念法学为其指导思想的近代民法。这与当时资本主义经济发展所提出的稳定和秩序的要求是相契合的。而与此形成鲜明对照的是在动荡不安的 20 世纪，无论是 30 年代席卷西方国家的经济危机、两次世界大战，抑或是美苏两大阵营的“冷战”以及苏联、东欧的巨变，其中任何一件都对以调整社会生活为

己任的民法构成严峻的挑战。与此同时,随着生产力的进步,工业、交通业的发展,两极分化,贫富悬殊,劳动者与企业主对立,生产者与消费者对立,以及交通事故、环境污染、缺陷产品致损等严重的社会问题所引发出来的新型案件层出不穷,一时成为法院无法圆满解决的大难题。在学者、法官和立法者们的共同探讨和推动下,民法逐渐改变其机械性,并在一种全新思想的指导下开始制度上的变革:实质正义取代形式正义,社会妥当性取代社会安定性,劳动者、消费者等特殊主体的人格受到重视,财产权的绝对性有所削弱,私法自治和契约自由受到限制,侵权损害赔偿制度发生嬗变,等等。正是这些变化,最终使得近代民法发展演变成现代民法。^①

民法的变革与人类的进化发展步伐惊人地保持一致。当代高科技的发展,又将使得人类社会发生一次质的飞跃,这势必推出传统民法所无法解决的诸多新兴领域。如果民法不适应高科技社会的要求,并随时以开放的心态和实事求是的精神面对纷繁复杂的新问题,它将面临捉襟见肘的尴尬境地。在信息技术、生物技术和新材料技术为人类带来富庶和文明的同时,民法学者决不会对因此产生的诸多难题畏葸不前,经济和技术发展的经验必将为他们打破思维禁锢、突破既定规则提供灵感和动力。高科技时代的民法必须勇于以开放的姿态随时准备迎接新问题的挑战。可以说,实行民法的变革与创新,回应高科技发展的现实挑战,是新世纪民法学界面临的新课题。传统民法建立的基础是近代工业经济的社会生活条件,而现代高新技术的发展使得这一基础发生了革命性的变化,这个过程是工具理性的变迁过程,更是人的认识理性不断深化演进的过程。随着技术创新的不断推进和深化,制度创新将是民法制度发展过程中永恒的时代话题,一个永远跳跃着的音符。

^① 参见梁慧星:《从近代民法到现代民法——二十世纪回顾》,载《从近代民法到现代民法——梁慧星主编之中国大陆法学思潮集》,169~182页,北京,中国法制出版社,2000。



第一章	知识革命中的民法基础理论	1
	一、高科技条件下私法价值取向——民法权利本位 的选择.....	1
	二、高科技条件下私法秩序规制——民法基本原则 功能的发挥	14
	三、传承与创新：高科技冲击下的民法基本制度	29
第二章	继受与创新：高科技时代物权法的发展	47
	引论	47
	一、物的扩展	48
	二、新型物权的出现和传统物权在现代社会中的 新内容	73
	三、不动产的证券化	80
	四、物权法定主义——重申自由与强制	83

	五、网络环境下的物权登记制度	87
	六、高科技时代物权法的发展趋势	88
第三章	挑战与回应：高新技术条件下的合同法创新	90
	一、合同自由的兴起与衰落——合同法价值理念 变革	90
	二、信息化与经济全球化——合同法具体制度创新	99
	三、数据电文——合同形式的嬗变	104
	四、传承与创新——网络合同成立的有关问题	110
	五、效率与公平——网络合同效力的有关问题	120
	六、效率、公平与安全——网络环境下合同履行的 有关问题	126
	七、思考与建议——论我国合同法的进一步完善	135
第四章	高科技的发展与人格权制度的创新	137
	一、近现代人格权的理论背景	137
	二、生物工程技术的发展对人类价值的冲击	142
	三、信息技术的发展与人格权的保护	152
第五章	冲击与嬗变：新生物技术背景下的婚姻家庭制度	166
	一、DNA 亲子鉴定技术与子女身份确认	167
	二、人工生殖技术与父母子女关系	171
	三、克隆技术与克隆人的法律地位	185
第六章	变革与创新：高科技冲击下的著作权法	195
	一、著作权法基础理论的发展：以利益争夺为表征	196
	二、著作权重大制度的革新：面向高新技术的回应	205
	三、高新技术条件下的著作权法制度创新	235
第七章	高科技发展与专利制度的创新	248
	一、高科技发展与专利权客体的拓展	248
	二、高科技发展与专利权当事人之间的利益平衡	259
	三、高科技发展对专利权取得条件的影响	261
	四、高科技背景下我国专利制度的革新	271

第八章	因特网技术与商标法制度创新	279
	一、因特网技术对传统商标法的挑战.....	279
	二、世界知识产权组织为解决冲突进行的努力.....	296
	三、域名纠纷强制性行政程序.....	306
	四、域名纠纷的司法解决与商标法的变革.....	314
第九章	新技术革命下的知识产权新制度	329
	一、微电子技术下的集成电路布图设计权制度.....	330
	二、网络技术下的域名权制度.....	346
	三、生物工程技术下的植物新品种权制度.....	363
	四、商业秘密法律制度.....	377
参 考		
书 目		393
后 记		400



第一章

知识革命中的民法基础理论

人类社会从工业经济时代步入一个崭新的时代——知识经济时代，以计算机、网络、信息为基本元素的知识革命，将大大改变传统社会形态的经济基础结构和法律制度体系。民法制度与知识的生产、传播与利用等过程有着密切的联系，因而在这场影响深远的知识革命中必须对传统民法制度予以创新，为资产者提供取得、利用与流转财产的新方式。在我们着手构建知识经济时代的民法制度体系的时候，有必要对此种背景之下的民法基础理论进行认真的清理与反思。

一、高科技条件下私法价值取向 ——民法权利本位的选择

近代私法，是以资本主义经济及其相适应的个人主义和自由主义的

意识形态作为基础而得以确立的。私法作为维护个人主义、自由主义的法律形态，其核心就是维护一种以权利为本位的私法秩序。但是，随着高科技发展对经济活动和人类社会生活的影响日深，私法社会化成为一种新兴的法学思潮与立法实践，“它以其新颖性和活力形成了一种手段，这种手段可以用来突破法律部门之间旧有的疆界，并且把从不同的传统规范、尤其是从近代的私法规范中引申出来的各种原理重新组合为一个有机体，以此适应社会发展与变迁的要求”^①。

笔者认为，所谓社会化，只是对传统私法的个人本位或者说权利本位的限制，并未改变私法以权利为本位的基本价值取向。

（一）权利本位价值取向的解析

自由主义是近代私法的意识形态基础，它是产生于17世纪的一种社会思潮，主张在个人与国家（社会）的关系中以个人为主，国家或社会须以维护个人自由为根本任务。在自由主义的思维模式中，个人和自由是第一位的事情；而国家或社会则处于依附的地位，是第二位的東西。在这样一种关系中，社会和国家的一切活动都要围绕着如何维护和发展个人自由来展开。对个人自由的强调是近代西欧才出现的现象，随着文艺复兴、宗教改革和启蒙运动的成功，人的主体地位逐步确立起来，个人也就成为社会经济生活的中心；个人自由成为反对封建专制、对抗国王的进步旗帜和口号。哈耶克曾指出，“近代意义上的个人自由产生于17世纪，其特定的含义是，个人不受他人或集体或国家的干预，人们首先争取的就是个人不受他人支配的自由，其核心是不受外界干预，突出一种个人的自主性与独立性，正因为自由主义理论如此重视个人，所以人们往往将自由主义的第一特征称为个人主义，甚至径直将自由主义与个人主义互换”^②。

自由主义的外部效应就是个人不受外部的干预，这种不受外界干预的自由，不仅是指在政治上个人不受来自外界的任意干预，而且还表明，在经济上个人对自己所有的财产的处理（即我们所理解的权利）不受来自外界的非非法干预。之所以这样强调不受干预的意义，原因在于近

① 覃有土、樊启荣：《私法社会化思潮的源流》，载《私法研究》，创刊号，116页，北京，中国政法大学出版社，2002。

② [英] 弗里德利希·冯·哈耶克：《个人主义与经济秩序》，3页，北京，北京经济学院出版社，1991。

代的自由观念是在反封建专制制度的历史背景下产生和形成的，它所反对的就是对个人自由任意干预的封建专制的理论与制度。在自由主义者看来，封建专制制度的罪行之一就是封建君主可以任意干预社会中人们的生活，特别是他们的私人生活，这严重侵犯了人们的自主性和独立性，必须加以反对。因此自由主义的基本主张之一就是坚决反对对私人生活的干预；换言之，自由主义者坚持人们在私人领域内可以任意行为，任何个人和政府都不能干预。诚如托克维尔所言，“对平等和自由的热爱共同占据着他们的心灵；他们不仅想建立民主的制度，而且要建立自由的制度；不仅要摧毁各种特权，而且要确认各种权利，使之神圣化”^①。

于是，在近代西方的私法体系中，个人主义观点居支配地位，个人主义是私法真实本质的组成部分。因为，私法是一种商品占有者之间关系的特殊形式，私有财产占有者是法律的基本主体；私法的基本行为（体现在法律主体的权利义务关系之中）可以被看成是市场上个体商品占有者之间关系的概括。从这一立场出发，私法只不过是一种以自身权益为重的独立的个人之间的关系；“法律是借以联结这些资本主义社会中的独立原子的手段——不是为了形成基于团结的社团或社会统一体，而是为了借助法律（契约）达到有限的具体目的或维护追求个人自身利益的基本秩序结构”^②。

因此，我们可以得出结论，以自由主义和个人主义为理论基础所确立的私法秩序，是以个人权利为其根本价值取向的，其外化表现为政治国家与市民社会、权力与权利的界分亦或对立。在这种价值取向的指导下，公法与私法的功能得以厘清：公法规范国家与个人之纵向关系，它以权力为基础，以公共利益为最终衡量标准；私法则是规范个人与个人之间的横向关系，它以权利为本位，以个人之间的利益衡平为终极目标。以个人主义观念为基础的私法规范，使市民社会日益表现为一幅社会契约的图画：只有这种契约才能使国家合理化，这个国家仅仅通过意愿自由，以及完全可以理解的“自私自利”的成员而实现其共同聚合。对于规范个人与个人之间关系的市民法而言，以继受罗马法为起点，通过人文主义、文艺复兴和宗教改革而使个人开始摆脱中世纪的束缚；由国家法和市民法共同建构市民社会的法律秩序及其框架：市民法从其内部保护个人权利，而国家法从其外部保护私法的实现。权利既是它们的

① [法]托克维尔：《旧制度与大革命》，32页，北京，商务印书馆，1992。

② 覃有土、樊启荣：《私法社会化思潮的源流》，载《私法研究》，创刊号，120页。

工具，也是它们的目标。

以权利本位为其价值取向的近代私法给人类文明究竟带来了什么？我们可以从历史中得到认识。近代私法的建立和发展，使得市民社会的地位得到彰显，通过将一切市民社会的成员作为不可侵犯之人权的所有者，且在法律上具有平等的价值，否定了特权和等级制度；另外，通过保障作为人权的财产权和引进“国民主权”原理^①，否定了封建所有和君主特权。由此，权利与权力的新兴关系出现了，即权力的目的已转化，只有保障国民的权利，才是权力、政治以及统治者的目的，惟此承认权力的存在及其合法性。进而，在私法逐渐发达、权利本位予以确立的前提下，促进和保障资本主义经济发展的重要条件——经济自由、财产权、劳动自由、经营自由、居住和迁徙自由、契约自由等都才得以确认。亚当·斯密在其名著《国富论》中对这一情形作了激扬的阐释，“一旦优惠或限制的体制被一扫而光，自然的自由明确的单纯体制自然就会建立起来。每个人只需不犯正义之法，就会完全得到自由放任，其结果可以用自己本身随意的方式追求自身的利益，可以使自己的工业和资本与他人的工业和资本或其他团体进行竞争”^②。

与个人主义的平等观相一致的，“权利”这个概念构成了市民法概念体系的核心。权利是利益的制度化，而利益都是附载于特定主体之上的；因此，权利本位的价值观可以看成是权利主体地位至上的表现。私法以保护权利为核心，体现了人本位的哲学思想，是对人性的尊重和人格的张扬。在市民法上，所有的人都有资格成为权利主体，只可作为权利客体的人——奴隶，至近代社会已不复存在。私法是首先从权利义务主体的层面来把握“人”的，所有的人皆是平等的，其权利（利益）平等地获得保护。对于这一点，在如今看来是理所当然的，其重大意义不甚突现，但在当时，这种权利及权利主体的思想具有划时代的意义。

由此，近代私法构建了这样的法律秩序，以法权的形式平等与自由为前提，维护权利主体对自身利益最大化的追求；无论市民社会的成员是何“角色”，私法所关心的，他不过是完全的法律主体，只是“人”，

① “国民主权”原理的经典表述，可借用西衷士在其《何谓三等级》一书中的论断：“代表并非作为自己的固有权利而行使它，那是他人的权利”。转引自〔日〕杉原泰雄：《宪法的历史》，84页，北京，社会科学文献出版社，2000。

② 〔英〕亚当·斯密：《国民财富的性质和研究》，327页，北京，商务印书馆，1994。

是自身权利的享有者。市民社会中的这种人是绝对自由的人，每个人不仅就其自由决定负担的义务而负有义务，而且整个法律世界将呈现为一个自愿相互承担义务的有机组织。笔者认为，近代市民法上的人是作为被抽象掉了各种能力和财务等的抽象的个人而存在的，其平等乃形式意义上的平等，即每个人的人权平等（从私法的角度来说就是权利平等），法律保障每个人的利益和价值一律受到平等对待。这种法权形式上平等之法律目的，从当时来说，在于“试图通过在指定标准的法律内容上保障一般性和抽象性，以此来禁止权力在给国民利益或不利场合下，发生特权性的待遇和歧视性待遇”^①。

从而，近代私法使“人”完成了“从身份到契约”的转变，并摆脱了君权的束缚。

（二）私法社会化思潮的兴起

从某种意义上来说，人类进步的同时制造了限制进步的障碍；权利的形式平等，使得社会成员在追求自身利益最大化的过程中造成了分配的恶化。以《法国民法典》和《德国民法典》为代表，近代私法孕育了商品经济最需要的市民的权利平等、家庭法的世俗化、土地所有权的自由、经济活动自由和家庭结合体的保护；但是，随着科学技术对社会经济发展的作用日益显著，市民社会的固有利益分配模式和分配平衡被打破，革命的自由平等精神已逐渐趋向徒有其表。高新技术的渗入，一方面给技术投资者带来更大的“利益蛋糕”；但另一方面，在权利本位模式下，由于知识的社会性本质与权利保护所形成的垄断之间固有的矛盾，传统私法所建立起来的利益平衡机制无以为继。于是各国纷纷修订民法典，使之不断地适应变化着的社会现实。而在当今，这种修订越来越频繁了，私法社会化的思潮逐渐兴起。“契约自由与社会公正一定范围内不可避免地发生了冲突，其目的和价值取向是追求社会公正，其实现途径为契约自由的限制或强制”^②。这表明，由于高新技术已成为经济发展的基本元素和根本动力，社会价值观已发生变化，私法社会化的思潮使得当事人自治的任意运用所导致的各种结果似乎已不再能容忍。正因如此，在租赁契约、运输契约、雇佣契约、保险契约、所有权制度及知识产权制度诸私法领域，“强制的法律规定才变得如此重要，

① [瑞士] 托马斯·弗莱纳：《人权是什么》，42页，北京，中国社会科学出版社，1999。

② [德] 茨威格特和克茨：《比较法总论》，174页，贵阳，贵州人民出版社，1992。

以至当初民法典的制订者们颇以为重要的，每一种无限制的订立和设立契约的自由、所有权绝对的自由及过错责任，而今几乎都不能再被人们谈起”^①。即使从以法国和德国私法的发展来看，民法典已在内部和外部呈现出社会化的趋势了，正如德国学者普郎克所说的，“《德国民法典》并非阶级法，亦没有类似的意图，它把法律面前人人平等作为其最高原则；不过，应该承认，对于在特殊境遇下的人具有特殊内容的契约，似乎以制订特别的法律规定为宜”^②。在高新技术条件下，立法者开始观察到社会化的气息，通过对社会政策的关注以及体现对社会经济上的弱者的保护，奠定了私法社会化的思想基础，建立起新技术背景下的利益平衡。

利益平衡是私法的终极目标，以权利本位为价值取向的传统私法是如此，而高新技术条件下的私法社会化并没有改变这一目标，应该说，利益平衡始终是私法发展的理论脉络；只不过在高新技术的冲击下，旧有的平衡模式被打破，立法者开始重新思考个人利益与个人利益、个人利益与社会利益这整个利益体系。高新技术所带来的整个社会之利益状况的变化，是传统私法所无可比拟的，社会公共利益对整个私法秩序所起到的作用越来越重要，这正是私法社会化思潮所关注的焦点。利益争夺（或者说利益分配）是市民社会永恒的主题，高新技术与传统技术相比，其所有者（技术投资者）所能获得的利益十分巨大，若坚守权利本位的私法传统，则权利的天然垄断性会造就一个经济强者的阶层，从而形成社会弱者受制于社会强者的私法秩序。私法社会化的思想，就是要打破高新技术垄断，使权利受到限制，偏重于对社会公共利益的保护，强制性地恢复利益平衡。当然，权利保护是平衡高新技术所有者与社会公众之间利益平衡的前提，只不过私法社会化是以弱者为借口形成一种私法秩序。

高新技术的发展使得市民社会剧烈变化、不断动荡，如果仍然机械地适用法律难以得出妥当的结论和恰当的判决。私法社会化思潮的兴起，反映到方法论上就是利益衡量的方法得以运用。利益衡量，就是对传统之概念法学的思考方法所进行的批判，认为应当更自由、更弹性地考虑实际的利益进行解释，即进行实质的判断。利益衡量所进行的实质判断，是指在进行判断时考虑结果是否妥当，或者进行判断时考虑所作

① [德] 茨威格特和克茨：《比较法总论》，175页。

② [日] 大木雅夫：《比较法》，204～205页，北京，法律出版社，1999。

的判决对于现实将起什么作用？应当说，“私法乃是以控制人的行为、预先规范人的生活的法为根据的，裁判中加入实质的判断，是无论如何也难以避免的自然之理，问题只是在于采取什么样的形式而已”^①。利益衡量是一种价值判断，是指更着重什么样的利益，在进行作为全体的利益考量时考虑哪一方应当获胜。日本学者加藤一郎认为，判决的作出，多数情形照旧取决于实质判断。他曾形象地比喻道：“假如将法律条文用一个图形来表示，这是一个中心部分非常浓厚，愈接近周边也愈益稀薄的圆形。在其中心部分，应严格按照条文的原意予以适用，不应变动。如果说中心部分通常可以直接依条文决定的话，则周边部分可能出现甲乙两种结论，难有定论的情形。因此，适用法律时当然要考虑各种各样实质的妥当性，即进行利益衡量”^②。私法对行为的调整，是基于一定的价值判断为解决纷争定立妥当的基准，这并不因科技的发展而有何不同，只不过是依据的价值判断标准发生了修正。我们应该认识到，高科技的发展对技术投资者和社会公众的利益的影响都是巨大的，利益衡量应该是修正市民社会在此技术条件下进行价值判断的最佳工具，因此我们可以说，私法社会化的思潮是这种法学工具得以运用的产物。

既然私法是为解决利益对立和冲突而设置的基准，那么主体的行为经私法调整所形成的法律关系，就是一种以这些基准作为“支点”的利益平衡关系。私法上的利益平衡是一种动态的平衡，许多因素都能使之失衡，高新技术便是其中之一；当现行私法没有相应的制度规范用以在市民社会的主体中分配高新技术所带来的巨大利益时，利益争夺处于一种无序的状态，主体之间的利益关系不可避免地会失衡。通过运用利益衡量的方法，对主体行为所导致的利益转移或争夺进行判断，从而解决权利冲突的问题，并对权利背后所蕴含的主体之间的利益关系进行实质判断。私法应对高新技术的投资者（所有者）的合法权益进行保护，其立法理由在于：“赋予技术创新者一种独占性权利，以保证实现其所追求的经济价值，防止他人随意使用权利人的技术成果，并以此来鼓励人们从事高新技术的创造活动，从而推动科学技术进步、促进社会财富的增长”^③。由此可知，权利人由于法律的授权而形成了垄断地位。私法

① [日] 加藤一郎著，梁慧星译：《民法的解释与利益衡量》，载《民商法论丛》，第2卷，77页，北京，法律出版社，1994。

② [日] 加藤一郎：《民法的解释与利益衡量》，载梁慧星主编：《民商法论丛》，第2卷，78页。

③ John Holyoak & Paul Torremans, "Intellectual Property Law", Butterworths, 1995, pp. 13~14.