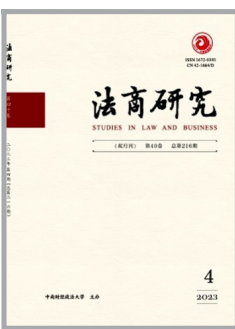




观点新解

伍德志谈规制道德的普泛化——可通过基本权利限制道德的“去分化”



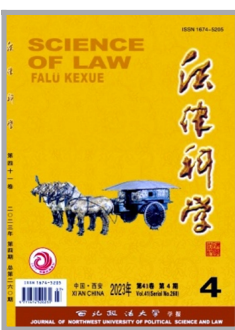
武汉大学法学院伍德志在《法商研究》2023年第4期上发表题为《网络社会道德的普泛化及其法律规制》的文章中指出：

道德在人类社会沟通中一直发挥着维护人格上相互尊重的功能，道德的这种功能在人际沟通依赖于面对面互动，并以人格信任为基础的传统熟人社会中更为显著。在智能互联网时代，陌生人在智能算法工具与大数据分析技术的支持下被“熟人化”，需要道德来维护网络社会人际沟通的相互尊重与和谐稳定。这导致道德的普泛化：道德在功能分化社会作为特殊的沟通模式，借助智能互联网的普及扩展到其他功能领域，从而以道德经验与道德标准评判一切现象。

由于道德在网络社会功能重要性的提升以及人们生活的高度数字化，因此道德也变得普泛化：道德将其功能逻辑不断地贯彻到其他社会领域，对其他功能系统形成全面的压制：政治行为、经济行为、法律行为甚至艺术行为，都必须服从道德正当性。道德的普泛化在网络社会超过了合理的限度，要求人们进行无底线的尊重与藐视，严重限制与威胁了个人自由与人格尊严。网络暴力现象正源于道德的普泛化。

为应付道德普泛化所产生的侵权难题，必须结合智能互联网时代的侵权环境重新思考相关法律制度的设计。要规制道德的普泛化：第一，通过基本权利限制道德的“去分化”。由于智能互联网对于社会生活的高度数字化，道德开始在一定程度上具备相对于网络社会进而对于全社会的整合功能。因此，需要通过基本权利制度来限制道德的“去分化”。第二，通过设计合理的选择架构“助推”多元化的道德选择。通过相关法律引导网络行业的自律与运作，充分利用网络行业在算法、人工智能与大数据技术方面的优势，从而为网络社会多元化的道德选择设定包容性的制度框架。第三，设立基本的隐私信息屏障来保留最低限度的物理生活空间。保留最低限度的物理生活空间有助于限制道德的盲目扩张所导致的危害。第四，通过合理设置被遗忘权为改过自新提供机会。在法律中设置被遗忘权对于限制道德的普泛化是必要的。在网络社会，通过被遗忘权可以防止过分的“旧事重提”。在网络档案记录几乎永久的时代，个人可能会被永久“污名化”，哪怕只是偶然的过失，也可能导致留下永久的数据污点，从而妨碍个人的改过自新，并对个人生存带来极大的限制。因此，可通过设置被遗忘权赋予个人人格重新洗牌的机会，使个人即使犯有道德过错仍享有基本的生存与生活机会。

周慕涵谈大数据证据的审查——须设置有限采纳规则与证据排除规则



中国人民大学法学院周慕涵在《法律科学》2023年第4期上发表题为《论大数据证据的法律地位》的文章中指出：

大数据证据的法律地位是大数据证据相关理论研究的一项重要议题，也是助力于实务界解决大数据证据的证据资格问题的理论前提与法理依据。关于大数据证据法律地位的研究应当围绕大数据证据的本体与结构，大数据证据的法律性质以及大数据证据的种类归属这三个问题逐一展开。

在本体与结构方面，大数据证据的本体为大数据报告，而大数据集仅是大数据证据的生成基础和分析对象，大数据算法则是生成大数据证据的方法依据。大数据证据的结构体现为大数据报告与大数据集、大数据算法之间的外部性证据结构。在法律性质方面，大数据证据是一种意见证据，该种意见并不涉及专门性知识，但又与普通证人的一般意见有着较大的区别。在种类归属方面，不论是基于学理上的理由还是实践中的后果，大数据证据都不能被归入任何一项现有的证据种类，而理应承担于其独立证据种类的法律地位。

大数据证据的法律地位对于司法实践的启示意义在于：第一，大数据证据的审查应以“裁判者独立审查”为原则。在证据法的学理上，涉及专门性知识的证据与涉及一般性知识的证据，遵循着不同的审查原则。对于涉及专门性知识的证据，由于裁判者不具备相应的专业知识，故审查时应遵循“专门性问题由有专门知识的人解决”的审查原则。但对于仅涉及一般性知识的证据，裁判者完全有能力在诉讼双方举证、质证的基础上，作出独立且理性的判断，无须其他人的干预或协助。因此，在仅涉及一般性知识的证据审查上，应遵循“裁判者独立审查”的原则。第二，大数据证据的审查须设置有限采纳规则。所谓“有限采纳规则”，即某种事物可以为某个限定的目的而被采纳为证据。大数据证据的有限采纳规则可考虑设置两种不同的规制方式，一是将大数据证据限定在某些特定的证明用途；二是将大数据证据限定在某些特定的证明事项。第三，大数据证据的审查须设置证据排除规则。在大数据证据的审查中设置有限采纳规则，可以在充分利用和有效制约之间起到一定的平衡作用，但不得不承认的是，这种制约所能解决的证据资格问题仍然是有限的。因为，有限采纳只是从正面的角度划定一个可以采纳的范围，而并没有在划定的可采纳范围之内，进一步从反面的角度排除那些不应当采纳的情形。因此，在大数据证据的审查中还应当设置相应的证据排除规则，以对其证据资格进行全面的规制。

(赵珊珊 整理)



□ 宋方青（厦门大学法学院院长）

法学是厦门大学最早设立的学科之一，有着深厚的历史底蕴和优良的办学传统。近百年来，在一代又一代厦大法律人的接续奋斗中，厦门大学法学院已发展成为中国法学教育的重镇，一批批优秀的法学学子从这里出发，奔向祖国的四面八方，服务社会、报效国家，成为法治中国建设的中坚力量。从现在开始，奋斗的接力棒又传递到你们的手中，你们的人生将掀开新的篇章。你们生逢其时，重任在肩，人生轨迹与民族复兴紧密相连，是被寄予厚望的“强国一代”。我期待，你们在青春的赛道上奋力奔跑，我坚信，你们一定能够在祖国最美的大学成就更好的自己。借此机会

向你们表达三点期许。

第一，希望你们怀揣法治信仰，坚定理想信念。

法治兴则国兴，法治强则国强。今天的中国已经进入全面依法治国的新时代。在去年评选的全国年度十大法治人物中，有从检14年，办理各类案件3000余件，零差错，敢打硬仗、能打胜仗的检察官；有长期奋战在安保、维稳一线，把青春热血倾注到“防风险、保安全、护稳定、破难题、解矛盾、促发展”中，把矛盾纠纷化解在基层的政法干部；还有秉承“不让群众等太久，不让案件转多手，不让百姓跑远路，不让纠纷留后患”原则，心里装着人民的好法官。他们以及和他们一样的一大批怀揣法治信仰的人以自己的实际行动践行法治理念，建设法治中国，带动着全社会崇德向善、尊法守法。

理想信念是指引人生航向的灯塔，是照耀奋斗之路的明灯。你们是带着问题、带着困惑、带着期待来的，在未来的学习中，你们要始终将法治的理念和精神作为终生奋斗的一个目标、人生追求的一项准则，提升“慎思明辨”的能力，培养“法济天下”的情怀，淬炼“自强不息、止于至善”的精神气质，成为信念坚定、德法兼修、明法笃行的高素质法治人才。

第二，希望你们心系“国之大者”，涵养家国情怀。

古人云：“事关盛衰，责重于人。”我们每一个

成就最好的自己

人都担负着对国家富强、民族振兴、人民幸福的责任。在百年光辉历程中，闪耀着一个个赤诚为国的精神坐标。陈嘉庚先生秉持“教育为立国之本，兴学乃国民天职”的崇高信念，克服重重艰难险阻，倾资倾力创办厦门大学，奠定了爱国报国的精神基石。罗扬才学长等革命先烈在血雨腥风中创建福建省第一个党组织——中共厦大支部，囊萤之光照亮了八闽大地。新时代的厦大学子，要胸怀两个大局，把爱国情、强国志转化为心系“国之大者”的报国行。

法之大者，为国为民。法律既是维护社会公平正义的工具，也是推动国家进步的重要力量。从现在起，大家应该思考一个问题，毕业后自己的走向？作为你们的老师，希望你们不论是继续深造还是工作，都应当成为具有家国情怀的法治人才，既要熟悉中国国情又应具备世界眼光，既要坚持中国立场又应具有国际视野，胸怀天下、忧国奉公，用所学知识服务社会、回馈国家，为建设法治国家、法治社会贡献出自己的智慧和力量。

第三，希望你们坚持勤勉笃行，扎实法学根基。

“砥固则生长，根深则视久。”你们当中，既有满怀憧憬的本科生，也有继续深造的硕士生和博士生，无论你们怀抱什么梦想来到这里，学习仍然是你们的第一要务。你们正处在人生中最美好的阶段，也是长知识、长才干最紧要的阶段，现在

学习扎实一点，基础牢固一点，未来的发展才能更稳、成功的几率才能更大。你们来到厦门大学，来到厦门大学法学院，身边是优秀的老师、学长学姐和学习伙伴，前沿的学术会议和学术活动、丰富的学习平台都是你们取之不竭、用之不尽的学习成长资源。当然，青年人不仅要在阅读书本中增长知识，更要在人生体验与社会实践中拓展见识。你们一定要积极参与学校组织的各项实践活动，充分了解国情、社情、民情，不断锤炼自己改造世界的能力，为未来的发展找准方向，为将来的事业做好准备。你们要发扬勤勉踏实的学风，珍惜宝贵的大学时光，不要刷屏要读书，不要不求甚解要打破砂锅问到底，用一流的资源，培育你们一流的思考，造就你们一流的学问。你们要不为浮躁所动、不为诱惑所扰，勇于怀疑，敢于批判，始终保持探索未知的好奇心与渴望，始终保持创新创造的专注和热情，始终保持攻坚克难的决心和毅力，让扎实的专业本领成为你们未来人生远航的不竭动力。

“青年者，人生之王，人生之春，人生之华也。”衷心祝愿你们在厦门大学的日子充满喜悦与收获，期待每一位同学都能够最好的时代，最好的年纪，用最好的努力，去做最好的事情，成就最好的自己！

(文章为作者在厦门大学法学院2023级新生开学典礼上的致辞节选)

立足本土破解我国网络暴力治理困局 《网络暴力治理法治化研究》前言

书林臧否

□ 刘艳红

“网络暴力”是以网络为媒介，通过诽谤侮辱、煽动滋事、公开隐私等人身攻击方式，侵害他人人格权益、危害网络正常秩序的失范行为。透过诸多谩骂诽谤、谩骂侮辱型、恶意剪辑型、骚扰拱火型、公开隐私型与煽动滋事型的典型案例可以发现，近年来网络暴力愈演愈烈，在利益驱动下呈现出组织产业化、专业分工化的态势，割裂了网民的共识基础。由于网络暴力是在网络空间中公民之间产生的虚拟化、数字化的具有群体属性、跨越时空的新型暴力模式，传统的法治化治理模式则趋于失效。2022年4月，中央网络安全和信息化委员会办公室发起的“清朗·网络暴力专项治理行动”，彰显了政策层面对网络暴力治理的新关切。因此，确定网络暴力治理的法治化理念、梳理治理的法治化逻辑并且构建治理的法治化路径成为网络暴力治理法治化进程的必由之路，只有这样才能在新兴的网络社会形态中满足社会治理体系和治理能力现代化提出的新要求。

但当前我国网络暴力治理现状不容乐观。屡

禁不绝的“网络水军”现象以其行为隐蔽性、虚拟性、人数众多等特点直接影响了治理精准度；舆情领域中长期存在的“按闹分配”现象过度占用了治理资源；多元而分散的施暴群体与信息传播群体致使责任追究难以落实，而无论是主动选择或被迫让步，众多网络暴力受害者息事宁人的选择亦往往使治理效力无从维系。从制度层面来看，我国现有的法律、法规尚未能搭建起足够完善的网络暴力治理框架，实际的执法取证因程序规则缺陷与信息技术门槛而受到限制，在自诉程序中存在的制度“僵尸化”问题也制约了司法救济参与治理的活性，过分强调平台监管义务与责任承担亦显示出治理错位。

如果我们把目光投向远方，可发现域外网络暴力治理早已形成四种典型的治理模式：

一是以美国为代表的各领域并进治理模式，通过司法判例与个别领域立法来解决具体领域的治理难题，并尤其重视未成年人群体的保护；二是以日本为代表的多方主体参与治理模式，对普通公民、网络服务供应商、学校等多方主体设定不同的法律规范，促进网络暴力的共治治理；三是以韩国为代表的多方博弈共建治理模式，以政府机构为主导，探索不同重点领域内政府、网络服务提供者、网民协商共治的互联网内容治理机制；四是以德国为代表的多

元协同治理模式，以基本法对人的尊严和个性自由发展保护为核心原则，通过刑法、民法、网络执行法、反右翼极端主义和仇恨犯罪法等进行具体保护。

上述不同治理模式为我国网络暴力治理法治化提供了有益经验。

回归本土视角，破解我国网络暴力治理困局的关键是重塑治理理念和重构治理路径。为此，政府、行业组织、网络平台应当从立法、行业准则与社区规则的维度实现协同性介入；深入监管制度、网络伦理等问题源头进行标本兼治；依托大数据、人工智能等数字技术完成从粗放治理到靶向式精准治理的转变；并充分发挥法防预与阻断的主要功能，硬法保障与监督的辅助功能，构建软硬法互补式的系统治理体系。在此基础上通过构建多方协同治理、分类分级治理、全链闭环治理机制，实现主体维度、对象维度、时序维度的差异化治理，以彰显网络暴力治理法治化的最大成效。

在上述治理理念与治理路径的指导下，应对政府、平台与公民在网络暴力治理中的作用进行准确定位，实现治理权责的科学配置。具体而言，政府应当发挥统一引导功能，为网络暴力治理设定明确的规范依据，理顺网络暴力治理监管机构的职能与治理机制。平台企业应发挥在网络暴力

治理中的基础性作用，这需要改变当前过度限制平台治理能动性、过分强调平台义务与责任的现状，充分信任并赋予平台自主裁量权以释放其治理活力。此外，当前社会个体具有不同以往的数字公民身份标识，应当以网络逻辑对公民的伦理、权利与行为模式进行迭代升级，以阻遏其实施网络暴力。

面对网络暴力立法中存在的规范空白、滞后、错位等问题，法治化治理最终仍将落脚点置于法律规则体系的完善。就专项立法而言，先以位阶低的行政法规或部门规章的形式制定统一的“网络暴力防治条例(办法)”，后续逐步推进预防、遏制和惩治网络暴力的专项立法。同时，根据网络暴力的严重程度，完善民事、行政、刑事的规则体系，搭建多层次互动的阶梯化规则网络，并从程序法维度破解网络暴力案件的追诉难题。此外，针对网络暴力中的重点问题即未成年人保护，应当通过倾斜保护力度，完善保护网络、强化惩治力度等举措，实现专项治理。

尽管网络暴力在当前社会如同顽瘴痼疾，一朝一夕之间似乎难以治愈，但是，在科学把握网络暴力治理规律的基础上，社会多元主体通力协作，采用多种综合举措，网络暴力现象必将得到有效治理，风清气正、积极向上的网络文明亦将得以塑造。

参酌人情

史海钩沉

□ 张守东

宋高宗绍兴年间，临安府昌化县寡妇阿章“将住房两间并地基作三契，卖与徐麟，计钱一百五贯”。此时一百贯钱可在东南地区买一头牛。一年后，阿章及其孙子徐鼎孙声称当初是典卖，要求赎回房产。此案办案官员是吴恕斋。

典卖是在约定或法定的年限内以原卖价赎回的出卖。该房产早在九年前已由阿章的小叔子徐十二按照“亲邻条法”赎回。“亲邻条法”是指近亲在卖主无力赎回的情况下赎回已有。“当是时，阿章，寡也，徐鼎孙，年幼也，律之条令，阿章固不当卖，徐麟亦不当买。”由此可见，当时的法律不许孤寡老人出卖房产。当然，南宋的法官会把法律的适用放在真实的司法场景中去评判。阿章的实际处境乃是法官裁判此案的真实法律语境：“但阿章一贫彻骨，他无产业，夫、男俱亡，两孙年幼，有需以糊其口者，急于求售，要亦出于大不得已也。”“死了丈夫与儿子的阿章违法出售房产，吴氏作为法官体谅其“一贫彻骨”之时的“大不得已”，不会让法律的适用成为机械的条文对比，而是在还原当事人的行为背景的基础上，让法律的适用符合立法宗旨：禁止孤幼出卖房产显然是为避免他人乘孤幼之危强买强卖，而不是

为了禁止阿章这样食不果腹的人在迫不得已的情况下下卖房产。

那么，阿章当时是典卖、典卖还是出卖、断卖？“今年正月，忽闻鼎孙陈词：当来只典与徐麟，不曾断卖，仍欲取赎。”据此，“本县已令徐十二交钱还业”。就昌化县的判决，徐十二上诉到临安府，“称徐麟见其修整园舍，挟累年吝嗇之恨，扶合阿章、鼎孙，妄以断卖为典，且邀到徐麟原卖赤契三道”。徐十二认为，阿章之所以要求赎回，是因为徐麟对自己当年赎回此房产取欺于怀，对其把房子修整一新更是嫉恨，因此蛊惑阿章与鼎孙祖孙二人谎称当年是典卖而非出卖，以期回赎。为证明阿章搬说，徐十二提交“徐麟原卖赤契三道”，即阿章卖给徐麟房产时的三份盖有官府印章的红契。与红契对应的是白契，指未交房产交易契税而未能在契上加盖官府红印的契约。

临安知府吴恕斋据此指出，“阿章既有卖与徐麟赤契，分明该载‘出卖’二字，谓之不曾卖不可也。”同时，孤幼出卖房产本属违法，且时隔十多年，本不该受理其案件，何况，“向使外姓转得之，在阿章已断无可赎之理”。徐麟毕竟是徐姓，这也许是为什么阿章“断卖”而不是典卖给徐麟之后徐十二还能回赎。

就法律而言，当初阿章出卖房产属违法，而且又是出卖，不是回赎，所以阿章的诉求可以驳回。但法官“参酌人情”，考虑到“阿章与徐十二

为从嫂叔(阿章的丈夫与徐十二是叔伯兄弟)”，且“据阿章供称：见与其孙居于此屋，初不曾离业”。果真如此，则“徐十二合念其嫂未不得已而出卖之意，复幸其孙克自立，可复旧物，以为盖头之地。楚人亡弓，楚人得之，何忍追之出外，而使一老二孤无所归乎？此阿章所以为尚可赎也”。

吴恕斋所谓“人情”，首先，是当事人之间的叔嫂关系；其次，是阿章自称还在房中居住，即未曾“离业”；最后，是阿章和两个孙子如果完全失去其房产，将无家可归。本来，依照法定典卖程序，业主一经典卖，即应与产业脱离关系，即离业，但实际生活中往往有业主典卖而不离业的情况，如典卖房以后作为租户仍在原处居住；典卖田产以后作为佃户仍在原地耕种或继续交租。官业是法官确认产权归属的主要依据，因此法官需要了解阿章是否仍在官业。在阿章未曾离业的情况下，如果一定要依法办事，那就会使当初“不得已而出卖”房屋的一“老二孤无所归”。执法如果造成这样的后果，显然不符合立法的本意，也有悖于地方官执政的宗旨。

当然，“人情”的介入并不意味着罔顾事实。法官在乎的一个事实是：阿章究竟是否离业？法官显然不能依据阿章的一面之词作出裁决。“据徐十二供：阿章离业已久，只因徐麟挟嫌，教唆兴词。”如果徐十二所言是实，即阿章已离业且的确

是因徐麟挑唆而兴讼，那么仅因人情就让阿章回赎其依法本不该回赎的房产，“则又难堕小人奸计，以滋无根之讼”。于是，阿章究竟是否离业，即是否还住在早已卖断的房子，就成了关键事实，在乎人情的吴恕斋也不能无视。在吴氏这里，人情可以使有关房产交易的法律变通，让通常情况下不能回赎的房产得以回赎，但人情也不能完全取代法律，法官的职责毕竟是依法裁判，情理也只是解释法律的规则，使法律的解释与应用更能体现法律的原则与立法的宗旨，更何况“官司子决，只有一可一否，不应两开其说”。为使裁决得当，阿章是否离业作为关键事实，就成为绕不开的问题。“本府未审阿章曾离业与否，难以遂为一定之论。”当时正值盛夏，知府吴恕斋不肯让双方当事人及证人“牵连追对”，因此要求“昌化佐官，更与从公契期(查明、研究)，限五日结绝(结案)”。

吴恕斋责成昌化县五日内在查明阿章是否离业的基础上作出裁决。我们虽未看到本案最终判决，但从吴氏批词可知，昌化县会按照吴氏的提示尽量照顾阿章的利益，使其老少三口不失“盖头之地”。比如，让徐十二匀给阿章一间，免其流落街头。当然，如果阿章已离业，那么她已卖断且离业的房子就很难全部索回，毕竟，作为最重要的利益协调机制，不能完全抛开法律。

(文章节选自张守东《传统中国法叙事》，东方出版社出版)