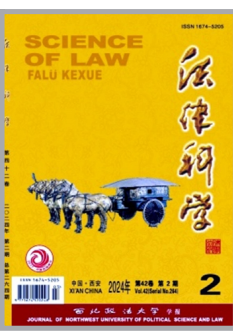




观点新解

张新平谈实现算法与法律冲突的纾解——可型构算法与法律有机统一的法治系统



中南大学法学院张新平在《法律科学》2024年第2期上发表题为《算法与法律的冲突及其化解》的文章中指出：

我国的算法扩张在实践中往往会偏离法治轨道，算法这一智能社会的“超级力量”并没有在法治实践中被“驯服”，造成这一悖反现象的根本原因在于算法与法律之间的内在冲突。一方面，人们期待法律能够对算法进行转化，使其从陌生的、可能有危险的技术蜕变为能够融入现代社会文明和日常生活，成为人类可控可用之物；另一方面，现有法治体系又无法满足这一期待。智能社会中算法的日益纵深渗透和创新突破进一步激化了算法与法律之间的紧张关系，进而可能引致更多的法律风险和治理难题。因此，欲确保算法治理在法治轨道上有序进行，不能就治理谈治理、就问题谈问题，须以描述性理论为指导，回到算法与法律关系分析上来，透过算法偏离法治轨道理论叙事的表象，对算法与法律的内在冲突展开深入系统的分析。

算法与法律客观存在的对立与冲突，并不意味着算法无需或无法被纳入法治范围，不能通过法律实现有效治理。算法与法律虽存在一定的冲突对立，但两者的矛盾并非完全不可弥合。在国家治理体系和治理能力法治现代化的语境下，算法不仅需要而且可以被纳入法治范围，进行法律治理。一方面，算法与法律在确定性、解释性、中立性以及平等性等方面的冲突客观地存在；另一方面，基于算法展开的治理亦“区别于以国家为核心的法律治理方式”，其甚至在某些场合还会对法律治理产生制约，但这并不意味着算法与法律存在绝对的鸿沟而无法跨越。

如何通过算法与法律关系的妥善处理，实现对算法的有效有序规训，使其从冲突对立走向互动融合，进而融入现代社会治理文明与生产生活之中，这是探究算法与法律内在冲突问题的缘由之所在，也是将算法与法律统一起来实现治理创新科学性和优越性的体现。其一，算法治理须从算法的设计、运行和表达切入，搭建“设计可知、数据可信、代码透明”的算法结构新框架，以确保算法的可解、可知、可责，从而实现算法法律治理的可行和可预期，推动算法在法治轨道上有序运行。其二，型构算法与法律有机统一的法治系统，以实现算法与法律冲突的纾解，推进算法治理的法治化。

殷秋实谈民事法律关系理论视角下的人工智能——只需作为法律关系的客体看待



中央财经大学法学院殷秋实在《法治研究》2024年第1期上发表题为《民事法律关系理论视角下的人工智能》的文章中指出：

人工智能是研究开发能够模拟、延伸和扩展人类智能的理论、方法、技术及应用系统的一门新的技术科学，可以分为专用人工智能和通用人工智能。作为新生现象，人工智能必然会对现行法律规定和法学理论提出问题。自2017年起，法学界关于人工智能的讨论主要围绕四个主题展开：人工智能的主体资格有无、人工智能生成内容的著作权保护、自动驾驶中的侵权责任承担、生成式人工智能的规制。其中，主体资格的有无是前提性问题，会显著影响其他问题的解决思路。

现有关于人工智能定位的讨论，囊括了完全主体、有限主体、普通客体、特殊客体，既为主体也为客体等观点，几乎包含了谱系内的所有可能。人工智能是否为主体是核心与首要的分歧。这一核心争议的确立，也意味着人工智能虽然为新生事物，但法律人仍然是以自然人为中心。基于法律关系的两个动态因素，方法并没有革命性的变动。这一核心问题的回答虽然多样纷呈，但都是沿着价值、需求与技术来展开论证。

要确定民事法律关系理论上人工智能是否为主体，有必要先行梳理民事主体的基本理论，确定主体背后的价值，所要回应的问题和为此采用的技术手段。这种梳理具有两个方面的意义：一是明确现有理论体系的能力和界限；二是探讨关于人工智能的讨论是否对现有理论有所误解，导致一些似是而非的结论。现行法下的民事主体，包括自然人和法人两类。但两者其实并非平行关系，而是以自然人为中心。基于法律关系的两个动态因素，可以发现主体的两种功能，即权利归属和行为作出。行为主体以意思为基础，只有自然人才能充当。行为主体背后的价值是人的意志自由。权利主体是一种技术工具，可以满足不同的需求，如伦理性、目的性、经济性等。法人和自然人都可以为权利主体。

人工智能既非行为主体，也非权利主体。人工智能不能作为行为主体，是因为人工智能的“自主性”和人的理性在产生机制、适用范围和运作方式上都不相同。以人工智能作为行为主体，会陷入价值难题：既不能以人工智能的自由为目的，也不能只作为自然人意志自由的工具。现有的法律制度也无法适用于人工智能。人工智能虽然有成为权利主体的可能，但是并无此必要。如果仅强调责任的承担，改进现有的侵权责任体系是更有效、更有针对性的做法，而不是贸然采取会强烈扰动体系的人工智能主体化思路。人工智能和法人并无相似之处，也不会“借”法人之“壳”而成为权利主体。因此，人工智能并非主体，只需作为法律关系的客体看待。

(赵珊珊 整理)



刑事法学理论的输入与输出

法律文化

林维

中国曾经也是一个法律尤其是刑法输出的国家，以《唐律》为代表的中国古代法制对东亚各国产生了深远影响。晚清之后，来自西方的法律规范、原则、理论、概念在中土不断传播。此后，我们在很长时间内成为外来法律概念的广泛接受者。必须承认的是，法律思想、法律制度的开放和移植本身，也是我国改革开放事业所取得成就的组成部分。当下我们所使用的大量刑法理论、观点、概念，很多来自国外刑法理论，例如，客观归责理论、期待可能性、归责等，很多已经成为我们耳熟能详、惯常使用的用语。

可以说，大陆法系刑法理论为中国刑法研究提供了更多、更精致的分析工具库。很难想象，如果想要完全摆脱这些外来的范畴，我们又该如何深入地讨论一个刑法理论问题。实际上，伴随着教学体系、知识体系的更新，越来越多的学生即使在开始司法职业之后，也仍然习惯于用他所获得的这些话语体系去进行案件的分析和办理。20世纪80年代的刑法文献和40年后今天的刑法论文，无论在刑法理念、研究范式、使用话语乃至援引文献，都迥然不同，仿

佛真的具有世际差异。

刑法总论在保持中国特色的前提下，越来越多地吸收、汲取了国外刑法理论尤其是德日刑法的概念体系、总论的精细化、理论化在最近十年间达到了前所未有的地步，并且这种整体意义上的精细化仍有继续发展的倾向，甚至有的学者认为我们应当反思中国刑法总论的德日化倾向，或者必须回应某些实务工作者对理论如此精细化是否具有必要和意义的质疑。但在某种意义上，这是一个伪问题。

在这样一种法律理论的发展过程中，近代以来的法律翻译起到了不可替代的重要作用。每一次国门开放的后面，都产生了一批又一批的法律翻译作品。国力孱弱的时候，西方法律的引进其实是一种被动的选择。但在此过程中，法律范畴的引进、理念的革新、制度的移植，客观上毫无疑问地推动了中华法治的蜕变和革新。而现在，我们则应该更为自主、更为自觉、更为自信地汲取各国法律制度的精华，而为我所用。所谓应当更为自主、更为自觉、更为自信，是说这样一种外来知识的移用，是建立在对自我的深刻认识基础之上，了解自身理论的不足，知道自己的需求和期待；是建立在对国外知识体系的一定理解之上，清晰地知道这样一种知识其精妙之处在哪里，其弊端在哪里，而非囫圇吞枣、照搬照抄；是了解特定的理

论对于自身实践的适应性，即为我所用，能够用来更好地解决实践中的问题；是完全建立在一种客观的、学术的立场上而非基于意识形态所作出的一种判断和选择。

有时候，这些知识能够为我们直接加以采用；有的时候，有的知识可能并不被我们所接受，但是了解它仍然具有借鉴参考的价值，能够开阔视野。因为观念越是多元，共识才越珍贵。当然，完美的交流应当是双向的。从倾听到对话，从对话到输出，但这仍然需要过程。因为输出既是一种把对方作为客体的阐明，更应当是把对方作为主体的赞同和接受。从倾听到对话的过程中需要摆脱盲信和依赖。

尽管因为政治体制、法律体制的不同，我们并不存在这种对德日刑法的整体依赖，但在理念上，我们仍然需要对这样一种依赖给予足够的警惕。理论之树只有扎根于最为适应的土壤，才能根深叶茂。寻求从自身的实践中发现真问题，发挥中国智慧并进而找到最适应我们自身特点的理论去加以解决，通过这样的循环往复，提升、升华我们自身的理论，这才是最为长久的解决之道。

我们试图能够更为精深细致地掌握国外的刑事法学理论，从而更好地理解其中内在的逻辑，并且以一种更为开放的心态来探究其中蕴含的一般性理念、方法论和规则等。但与此同时，更为重要的是，我们试图在这样的对话过程

中，立足中国当下的刑事法实践，建构更为独立自主的中国刑事法知识体系和话语体系，并在这样的基础之上，以一种更平等的姿态和更饱满的法治自信，促进不同法域的刑事法的对话、传播和融通。

之所以选定网络刑法这一主题作为《外国刑事法译评（第一卷）：网络犯罪》一书的起始，主要是因为当前网络犯罪的发展引发了层出不穷的问题，我们需要了解国外的法学理论是如何处理这些共同的难题的。尽管我们也发现，由于网络应用程度不同等原因，各国的网络犯罪实际上也存在着一定程度上的代际差异和规制区别，不过，其中所涉及到的刑法理论，其共同性可能会大于其差异性。实际上，在最近几年中，随着网络应用的普及，线上线下生活场景的高度融合促进了传统犯罪的网络化，实际上使得所谓网络犯罪已经覆盖了几乎所有所有的犯罪。

在未来五年内，所谓网络犯罪可能也就没有什么特殊的含义了，刑法教科书中的任何一章，无论总论还是分论，我们都将不得不讨论。这一章的传统刑法理论问题如何适应网络化的场景。因此，刑法理论应当有一场全面而广泛的革新，以便实现刑法学的“网络化”。

(文章为作者在《外国刑事法译评（第一卷）：网络犯罪》一书中的序言节选)



萨维尼法学方法论讲义及其学术价值

《法学方法论：萨维尼讲义与格林笔记》译者序



书林臧否

杨代雄

与法学理论的其他部分相比，法学方法的历史不算久远。因为，只有在法学具备反思意识与反思能力之后，才会产生法学方法论。而早期法学不具备这样的意识与能力。大哲学家莱布尼茨曾于1667年撰写《法学研究和讲授的新方法》，但将近一个世纪之后才得以出版。这部著作可以算是法学方法论的先驱，受其影响，18世纪后期，德国有一些法学家开始探索法学方法，但真正对此予以系统化研究首推弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼。从1802年到1842年，萨维尼先后在马堡大学、兰茨胡特大学、柏林大学开设三十多次法学方法论课程，以其清晰、流畅、优雅并且富有洞察力的讲授吸引了大批学子，听课者有不少后来成为著名法学家的，如温德霍、霍默耶、布卢默、布尔沙迪等。可以说，萨维尼的法学方法论直接影响了不止一代法学家。卡尔·拉伦茨的《法学方法论》始于对萨维尼法学方法论的评价，充分彰显了萨维尼在法学方法论史上的重要地位。

在萨维尼法学方法论课程资料中，最系统、最完整的是雅各布·格林所作的1802/1803年法学方法论听课笔记——也是本书的主要内容。雅各布·格林生于1785年，卒于1863年，与其弟威廉·格林被后人合称为“格林兄弟”。人们对格林兄弟的了解通常仅限于其在文学和语言学领域的成就，尤其是家喻户晓的《格林童话》。一百多年来，这部童话集一直都是每一代儿童的经典读物。除此之外，格林兄弟合编的《德语大辞典》以及雅各布·格林撰写的《德语语法》，在德国语言学史上也具有举足轻重的地位。

事实上，格林兄弟也是法学家，尤其是雅各布·格林，著有《论法中的诗意》《德意志法律遗产》《判例汇编》《德意志法律遗产讲稿》，在那个时代产生了重大影响。雅各布·格林1802年进入马堡大学学习法律，比他小一岁的威廉·格林第二年也就读于此，二者皆师从萨维尼。雅各布·格林还曾受萨维尼的资助到巴黎研究罗马法。在萨维尼1802/1803年法学方法论课堂上，雅各布·格林是受教者之一，他对萨维尼的讲课内容作了完整的记录，该课程的授课时间从1802年11月至1803年3月，每周2课时。

作为重要的史料，格林笔记在相当长的一段时间里并未引起学界的关注。一直到20世纪20年代，才开始有人注意到它。1926年，康特洛维奇从普鲁士国家图书馆获得消息，得知该馆藏有雅各布·格林的笔记以及威廉·格林的副本。第二年，费尔根特雷格引用了一些关于萨维尼课程的未公开的笔记，其中包括格林笔记，以支持他的论断。此后，康特洛维奇于1932年在基尔召开一

个研讨会，并宣布其学生很快将出版萨维尼的法学方法论讲义，但最终并未出版。一直到二战结束之后，韦森伯格才于1951年将格林笔记付诸出版。后来，其余资料陆续被发现，由阿尔多·马扎卡内于1993年依据原始手稿整理、汇编出版，并于2004年修订再版。本书就是根据马扎卡内的汇编本译出，翻译的内容包括格林笔记、萨维尼的亲笔讲稿以及马扎卡内附加的注释(关于讲义所提到的文献的信息)。

由于未公开出版并且长期被埋没于浩瀚的馆藏文献之中，所以，与《当代罗马法体系》《论立法与法学的当代使命》《论占有》等名著相比，萨维尼的法学方法论讲义尚未得到足够的研究，中国学者更是对其一无所知。实际上，萨维尼法学方法论讲义的学术价值丝毫不比其另外几部作品逊色。在该讲义中，最引人注目的是关于法学方法论的三条基本原则：其一，法学是一门历史性的科学；其二，法学也是一门哲学性的科学；其三，法学是历史性科学与哲学性科学的统一。

第一条原则体现了萨维尼的历史主义法律观，其历史主义主要有两层含义：首先，法是历史地、客观地形成的，而不是由任何个人基于其意志任意创造出来的；其次，法具有历史发展性，应该将其置于时间序列之中进行考察。显然，在萨维尼眼中，法本身就是一种历史现象，属于时间范畴。

第二条原则体现了萨维尼的体系化的方法论取向。在其早期法学方法论中，“哲学性”与“体系性”的含义是相同的。“所有的体系都通达于哲学，对纯历史性体系的阐述将会通达于某种统一性、某种理念，这种统一性与理念构成体系化阐述的基础，这就是哲学。”

第三条原则描述了法学的至高境界。萨维尼认为，应当将历史性研究与体系性研究结合起来，“法学完整的品性就建立在这个结合的基础之上”。

以上三条原则是萨维尼法学方法论的灵魂，贯穿于其方法论的各个部分。作为法学方法论的早期成果，萨维尼的法学方法论有助于我们洞察德国乃至整个欧陆法学方法论的历史根基，把握其发展演变的基本脉络。事实上，在当代法学方法论中，仍然可以依稀地看到萨维尼法学方法论的一些碎片，比如，他关于法律的有机整体性的强调与当代法学方法论中的动态体系、内部体系理论也有一定的共通之处。

对于中国的法律学者而言，萨维尼法学方法论的主要意义并不在于我们能够从中学到一些实用的具体方法，而是在于，从中可以洞悉一个民族的法学“大脑”是如何发育起来的，学会如何处理变革与传统、理性与历史、本土与外来、政治与科学之间的关系，领悟在一个民族法学的成长期，学者应当做些什么，如何“生产出”法的生产方法，如何使法学走上“科学”之路。



礼从远古走来

史海钩沉

礼的起源十分久远，对中华文化的影响非常大。礼的起源可以一直追溯到原始社会。在原始社会的中晚期，随着生产力的不断发展和人们对社会秩序的渴求，礼逐渐萌芽了，当然，那时的礼还非常简单和虔诚，只是在人类互相依赖又互相制约的群体生活中逐步积累和自然约定而成，不具有阶级性。

《礼记·礼运》有云：“夫礼之初，始诸饮食。”意思是：礼最初产生于人们的饮食活动，饮食活动中的行为规范是礼制的发端。原始社会由于生产力非常低下，个人能力有限，因此，人类只能群居生活，以狩猎为生，通过相互保护、相互依存维持最基本的生存。但是，当打了猎物回来之后，就会出现一个大难题——如何分配食物。当时的人们自然想到同一血缘关系的族群中有分工之别和长幼之序，按照分工和长幼顺序分配食物就会减少纠纷。久而久之，人们意识到，在与自然的斗争中，人必须组成群体，而要想维持这个自然形成的群体，就必须有一种对大家有制约作用的规范，这种规范就成为原始社会最初的“礼”。这种礼可以调整群体内各类人的关系，解决诸多矛盾。

随着时间的推移，祭祀的方式方法也越来越繁杂，这些“礼仪”经过漫长的历史发展，逐

渐被规范化，并成为较为固定的社会活动，其内容大致包括：区别部落内部尊卑等级的礼制、祭天敬神的祭典仪式、明确血缘关系的婚嫁礼仪、人们的相互交往中表示礼节和表示恭敬的動作等。如今，在我国有些地区的日常生活和社会交往中，仍然印刻着上古时期“礼”的痕迹。

在原始社会，国家还未产生，此时的“礼”用今天的法律术语来讲叫作“习惯法”。当中国的历史进入奴隶社会之后，“礼”迎来了一个繁荣阶段，这就是夏商周时期。随着第一个奴隶制国家——夏朝的建立，礼从习惯法发展成了社会规范，即“夏礼”，“夏礼”是中华礼仪之邦的奠基。夏的礼制，无论从内容和形式上都是以“神”为核心，为了表达对神的敬重，夏朝用“玄酒”和“明水”祭祀神灵。与后世的大手笔相比，夏礼显得质朴实在，这无疑与其开创者——大禹的品性密切相关。

从现存史料上看，殷礼相较于夏礼而言就繁杂残暴得多了。在殷商时期，往往一场声势浩大的祭祀活动下来，要陪葬大量的金银珠宝、牲畜家禽，甚至还处死或者活埋奴隶、平民乃至贵族。

周朝建立初期，周公旦主持了一次大规模的制定礼制工作，在总结商朝灭亡教训的基础上，

周统治者认识到治理国家需要调整规范体系，于是，周礼以“亲亲”“尊尊”原则为基准，对夏礼和殷礼进行了整合取舍，废除了惨无人道的“人牲”和“人殉”，将礼分为“吉、凶、军、宾、嘉”五种仪制，形成了一套完整的礼典——周礼。

(文章节选自官蕊主编的《法治中国的文化根脉》，人民日报出版社版)

周礼的内容非常丰富，仪式非常隆重，需要与乐相配，所以被合称为“礼乐”。具体来讲，“礼”强调的是“别”，即“尊尊”，要尊重在尊位的人；“乐”的作用是“和”，即“亲亲”，要亲近应该亲近的人。有别有和，是巩固周朝民众内部团结的两个重要方面。此次中国历史上重大的礼制制定工作，使西周的国家制度、社会制度，乃至人们的生活和思想言行，都以礼为依据，使自尧、舜、禹以来的传统之礼得到极大程度的理论提升。在这一奴隶制社会阶段，中国第一次形成了比较系统完整的国家典章制度，大到宗法制、分封制和国家重大活动的制度礼仪，小到人的婚嫁、丧事、成人礼仪、祭祀活动等，几乎涵盖了整个社会的意识形态，故有“礼仅三千，威仪三千”“经礼三百，曲礼三千”之说。至此，以诗、书、礼、乐、刑、政为代表的华夏文明进入制度化的“礼”时代，这些制度对后世中华文化产生了巨大而深远的影响。

(文章节选自官蕊主编的《法治中国的文化根脉》，人民日报出版社版)