



观点新解

田野谈劳动者脱离自动化决策权行使的直接效果——是劳动者不受自动化决策所形成的决定的约束



天津大学法学院田野在《法制与社会发展》2024年第3期上发表题为《论劳动者脱离自动化决策权》的文章中指出：

在数智时代，自动化决策在劳动管理中被日益频繁地采用。职场自动化决策的广泛采用有助于提升劳动管理的效率，不过，脱离人工干预的自动化决策可能带来偏见与不公，对劳动者权益构成严重威胁，其焦点在于用人单位有组织化生产与劳动者自主性之间的冲突与平衡。机器决定人类命运的情形引发了劳动者的忧虑，而通过赋予劳动者脱离自动化决策的机会以摆脱算法控制的抗争遂被提上日程。脱离自动化决策权，亦称免受自动化决策权、自动化决策拒绝权，是指信息主体对仅基于算法自动化决策形成的对个人权益有重要影响的决定有自主选择免受其约束的权利。

脱离自动化决策权旨在矫正职场自动化决策的负面效应，对雇主的算法权力加以制衡，从而避免劳动者主体地位的沦丧。在个人信息保护法上，脱离自动化决策权对于各类信息主体具有普遍的运用意义，而在劳动这一特定场景中，鉴于就业对于维护劳动者生存的特殊意义，脱离自动化决策权的价值尤为凸显。脱离自动化决策权对算法失准进行事后补救，矫正算法权力的失衡，捍卫劳动者作为人的主体尊严，是劳动者对抗算法的工具。

在劳动领域适用脱离自动化决策权，必须考虑场景的特殊性，应以用人单位对信息的合理利用和劳动者个人信息保护的平衡为基本政策考量，把握适用的宽严尺度。对于“仅通过自动化决策的方式作出决定”的认定，应考察用人单位在决定形成过程中是否存在实质性的人工干预，轻微的干预不足以推翻该要件，应当是机器算法之力与用人单位人力的结合。对于自动化决策是否满足“重大影响”的判断，应以自动化决策与工作的关联程度以及所涉权益对劳动者生存、发展的重要程度作为实质性判断标准，包括工作机会丧失、职位降低、劳动报酬减少、负面评级、惩戒、歧视等在内的幅度较大的不利变动可被认定为“重大影响”。

劳动者脱离自动化决策权行使的直接效果是劳动者不受自动化决策所形成的决定的约束。劳动者行使脱离自动化决策权的法律效果就是使仅基于自动化决策形成的决定失去效力，劳动者因该决定而受到的不利影响应当被消除，恢复至该决定作出前的状态。间接效果是敦促用人单位作出人工干预。如果用人单位通过人工审查证实劳动者确有违法违规或不能胜任工作等情形，则仍可依据劳动法的相关规定作出与基于自动化决策所作出的决定相同的决定。从这个意义上讲，脱离自动化决策权仅为劳动者提供暂时的保护，用人单位并没有被剥夺对劳动者实施劳动管理乃至惩戒的权力，只是其不能仅基于自动化决策单作决定。智能化劳动管理的应然模式是人工智能加人工干预，使自动化决策成为用人单位的助手。

杨显滨谈生成式人工智能服务提供者——兼具内容生产者与平台管理者的双重身份



华东政法大学杨显滨在《法学家》2024年第3期上发表题为《生成式人工智能服务提供者间接侵权责任的承担与限制》的文章中指出：

以ChatGPT为代表的生成式人工智能不具备民事主体资格，生成式人工智能造成他人损害的，生成式人工智能服务提供者应当承担侵权责任。

生成式人工智能服务提供者提供的是内容服务，不同于一般意义上的具有平台媒介性质的网络服务提供者，也不是技术支持者抑或内容提供者，兼具内容生产者与平台管理者的双重身份，负有审核等安保义务。其违反安保义务，造成他人损害的，原则上应当承担具有间接侵权责任属性的相应的补充责任。服务提供者“知道或应当知道”服务使用者利用生成式人工智能侵害他人合法权益的，应当就损害扩大部分与服务使用者承担连带责任。但在“应当知道”情势下，内部责任分担应当减少生成式人工智能服务提供者的责任份额，适当增加服务使用者的责任份额，即实施惩罚性赔偿。除故意的主观状态外，生成式人工智能服务提供者属于一般过失的加重情节的，可以实施惩罚性赔偿。生成式人工智能生成内容构成侵权的，主要呈现来源合法非法生成、来源非法非法生成、输入信息合法非法生成、输入信息非法非法生成四种。属于来源非法非法生成的，输入信息非法非法生成的且服务提供者传播侵权内容造成第三人损害的，服务提供者因违反双重审核义务，应禁止追偿。

鉴于平衡生成式人工智能服务提供者与服务使用者利益及生成式人工智能技术与著作权、人格权等保护，应类型化设置“避风港规则”适用的责任豁免规则、形塑选择性适用著作权合理使用规则的阻却违法事由认定机制及构筑有限适用个人信息合理使用规则的责任豁免制度。系统化构建服务提供者间接侵权责任的限制规则。

(赵珊珊 整理)

略议法律的起源

法学洞见

□ 郝铁川 (河南大学法学院教授)

长期以来，学界用“刑起于兵”来阐释我国法律的起源，认为刑法是在对外族的军事征服中产生的，主要证据是《尚书》中的《甘誓》《汤誓》和《国语·鲁语》中的“大刑用甲兵，其次用斧钺，中刑用刀锯，其次用钻笮，薄刑用鞭扑”。但这类史料只能说明最初的刑具和作战的武器大概是重叠的，但还不能完全说明法律就是起源于刑具，因为原始社会末期维护法律权威的除了刑具，还有不需要刑具的法律惩罚(如大量的羞辱、当众教化、流放等)。我们不能因为今天采用了注射死刑，就说刑起于注射器吧?还有朋友依据兵刑合一的史料论证中国古代一开始就走向刑法发达的道路，而古希腊、罗马一开始就走上与中国古代不同的私法发达的道路。这在阐释中西古代法律后来发展走向方面有对的一面，但用来解释它们的起源还不够准确。因为两者的起源都有共同的基础和条件，没有什么差异，只是后来的发展有所不同。

研究法律的起源，最主要的资料就是民族学。我们可以从历史的活化石——我国一些少数民族从原始社会过渡到阶级社会的民族学资料中寻找历史的演变痕迹(下面所引资料来源于张冠群《中国少数民族传统法律文献汇编》第一

册)，而通过寻找这一历史踪迹，我们最终会感到中国古代的法律起源于“礼”一说比较符合历史真相。

由原始社会向阶级社会转变时期的习惯法内容广泛，不仅仅是刑法。东北大小兴安岭一带的鄂伦春族，在20世纪中叶之前还处于原始社会末期，依靠长期形成的习惯来管理社会，他们从生产资料占有、劳动组织、猎物分配到财产继承，从婚姻丧葬到宗教、禁忌、血族复仇，从氏族到个体家庭，都有一套约定俗成的习惯。对违反习惯的成员，一般由氏族长、家长进行说服教育，重者受棍刑乃至绞刑。从先秦时期的史料可知，“礼”与这类习惯法相类似。

保障习惯法实施的手段有调解、审判等。生活在云南西北部的独龙族，在20世纪中叶以前尚处于原始社会末期，当地保留有父系氏族和处于解体阶段的氏族内近亲成员组成的家庭公社。在贡山地区，独龙族的习惯法主要是处理时有发生、处理较轻的男女通奸和极少发生、处理较重的盗窃问题。处理时或由当事人和解或由老人调解，间或用神断，即倘若被告不承认犯罪，则以捞油锅以决胜负。这说明“刑起于兵”来解释法律起源，无法涵盖法也源于解决氏族内部纠纷民事纠纷的需要。先秦时期“礼”的实施也主要是靠调解、刑罚，甚至还有神判。

习惯法与道德规范重叠较多，在云南省西南地区居住的拉祜族，大部分处于不发达的封建地主经济或封建领主经济阶段，部分还残存着大家

庭公社组织。这些地区有明确的村寨界限存在，村社有寨规，是各成员必须遵守的习惯法。每逢过年要开村社大会，成年男女都可参加，全村吃一顿团结饭，选举新的村社头人。按原始民主习惯，村社成员具有选举权，也有罢免权。会上还要定出寨规，如不准吸鸦片、不准娶妾重婚、不准偷盗、不准懒惰等。对违反寨规的，规定了处罚条款。先秦时期的“礼”也是兼具法律和道德两种属性。

抄家也是保障习惯法实施的手段。在20世纪中叶之前，佤族尚处于原始社会向阶级社会过渡的历史形态。其习惯法为“阿佻理”。佤族各村寨都有世袭或选举出来的头人，其条件是能说会道，生活经验丰富，善于调解纠纷，作战英勇或是打猎英雄，家庭富裕者。头人“窝朗”的职责之一是召集会议、调解纠纷，执行决断。巫师“魔巴”是解释习惯法的权威人物，抄家是佤族习惯法中强有力的手段，用于保证习惯法的实施。值得注意的是，维系习惯法存在的手段是抄家，而非兵甲之类的刑具。

有些地方的苗族将自己的习惯法称为“民法”。苗族最初是口头传诵枫榔(习惯法)，后来用汉字把习惯法记载于石碑、木牌上，立寨旁路口。然后杀一头牛和猪，牛拴在坪地中央，人们围在四周，寨老念完“议榔词”后，把牛杀掉，每户分一块肉，表示牢记枫榔。他们饮血酒盟誓，表示由衷遵守。对习惯法的称谓，各地不尽相同。贵州省从江县加勉乡苗族有专门管理农业生产事宜的“发

财岩”，专门管治偷盗事宜的“禁盗岩”，专管婚姻纠纷的“女男岩”。从江县孔明乡则刻有习惯法条款的石碑为“民法”。值得我们注意的是苗族的法律不只是刑法，婚姻、生产、祭祀等领域的法律都有，而且被称为“民法”。广西苗族通过“埋岩会议”制定习惯法，一般是把一块平整的石碑的1/3埋入土中。碑上刻有大家商定和必须遵守的条款，违反者要受到处分，如罚款、戴高帽游街、活埋等。侗族的习惯法原本为“约款法”，约款法的形式主要表现为约款碑条和款词条两种形式。款词条是侗族习惯法的主要形式，原始的款词条由款首(头领)聚众共商，款首当众发布并付诸实行。它是一种立石为碑的盟誓要约，故有人称之为石头法。由于当时侗族没有本民族的文字，无法将有关条款用文字记录下来，不利于款众掌握。款首为了便于款众记忆和在发布时使款众兴奋，于是采用词语法，把约法编成歌调，日夜吟唱，世代相传，后来这些款词被侗族文人用汉字记录的方式录了下来，成了侗族习惯法的主要成文法。

综上所述，各个民族都是带着习惯法从原始社会进入阶级社会的，内容有经济、风俗、宗教等，不止刑法一种；维系法律生存的手段有教化、抄家、游街等，也不止刑罚一种。“兵刑合一”确有其事，但不能夸大化。此外，少数民族的习惯法与古代含有宗教、经济、文化、政治等内容在内的“礼”非常接近。“礼失求诸野”，研究古代之“礼”，当参酌少数民族之习惯法。



建构社科法学的知识体系

《法社会科学：研究传统与知识体系》引言节选



书林臧否

□ 侯猛

什么是社科学(法社会科学)?这是《法社会科学：研究传统与知识体系》一书所要集中回答的问题。本书展示了在过去二十年的时间里，我对社科学从追随到反思再到自觉的过程，由此形成了对社科学的系统性思考。有必要建构社科学的知识体系吗?很多人难免有这样的疑问。

社科学是跨学科领域，不是学科概念，目前也就没有必要刻意建构社科学的学科体系。但不追求建构社科学的学科体系，不等于社科学其他性质的体系不需要建构。课程体系与知识体系既有联系又有区别。构建课程体系主要是为了便于知识传授，构建知识体系则主要是为了便于知识交流：一个面向学生，一个面向学术。

当然，也有不少学者认可社会科学在法律适用和法律研究中的运用。例如，社会学解释是法律解释的方法之一，尽管是比较不重要的法律解释方法对法律规范也可以进行经济分析。但只强调社会科学在法律中的运用，还不足以支撑社科学成为一个学术流派或研究范式。问题在于自己，而不是别人的批评。社科学学者总体上缺

少知识体系化以及方法论的自觉。

就美国的法社科学研究来说，历经数十年的变化，至少形成了两种类型研究：一类是法律与社会研究。这是对法与社会的相互关系进行社会科学研究，既关注法律对社会的影响，也关注社会对法律的影响，可以说是外在视角的研究。法律与社会研究实际上就是对“行动中的法”进行社会科学研究，因此，也可以称为法律的社会科学研究。另一类是法律中的社会科学研究。这一领域关注法律实务主要是司法裁判过程中社会科学的运用，是内在视角的研究。法律中的社会科学并不为国内法学界所了解。由于个案的法律适用即解释论向来属于法学方法论和法教义学的范畴，同属内在视角的法律中的社会科学就对其构成直接挑战。在美国判例法传统中，法律中的社会科学已经随处可见——社会科学直接连接事实与法律、逻辑与证据。其分析案例的方式与德国成文法传统的教义分析方法完全不同。在中国，社科学在司法裁判中有没有运用前景呢?答案是肯定的。作为一个大国，中国有很多判决不仅要考虑法律效果，也要考虑社会效果。社科学主张的是运用社会科学意义上的后果考量来实现效果统一。因此，法律中的社会科学在中国十分必要。

国内关于司法个案的法律中的社会科学研究，目前主要集中在法律的经济分析。法经济学

学者虽然能够游刃有余地运用经济分析司法个案，但这套技艺难以传授给法律实务人员。相比之下，法教义学学者所倡导的分析司法个案的技艺，例如请求权基础，比较容易传授给法律实务人员。这主要是因为法律经济分析的学习成本高得多。因此，法律中的社会科学在中国的运用前景，在很大程度上取决于学习成本，取决于法学者与法律实务者共同努力的程度，特别是学者能够提供一套成形的运用社会科学解决司法个案的思路方案。

除法律的社会科学、法律中的社会科学构成社科学的两大类研究领域以外，还有一类研究也属于社科学，那就是对法科学自身进行反思，即知性的自反或反思性的问题。对研究本身进行反思，意味着要建立“科学之科学”，这往往被认为是哲学工作。例如，大家比较熟悉的库恩的《科学革命的结构》，它讨论了自然科学中存在不可通约的范式。这就是科学哲学对自然科学方法论和真理性质的反思。在社会科学领域，则有借鉴自科学哲学的社会科学哲学。在法学领域，这往往表现为对法学研究本体论和方法论的反思。

这种反思虽然往往表现为纯粹理论思辨的方法论工作，但社会科学对自身的反思不可能是纯理论的，它也必须社会科学式的。这就意味着需要结合知识社会学、教育社会学，对社会科学的学科建制、学术生态等现象进行分析，讨论

社会基础对社会科学研究本身所造成的影响。从苏力、成凡等人所进行的引证研究开始，社科学在这一领域已有积累。这一领域的议题包括但不限于：中国法学的现状如何?为何如此?受到哪些因素的影响?在学科制度上还存在什么问题?法学内部各学科之间的关系如何?法学研究、法学教育与法律职业的关系如何?中国的社科学在这一点上也具有优势：它从来都处于法科学建制之内，对法科学有着更切身的经验感受，但它又不同于所谓的主流法学。因而，它能够对法学自身进行参与式观察，这也必然是一种内在的反思性观察。这种社会科学式的反思性观察，就是法学的知识社会学。

以上三类研究——法律的社会科学、法律中的社会科学、法学的知识社会学，共同构成了社科学的知识体系。法律的社会科学是对“行动中的法”，也就是法律与社会的关系进行社会科学研究，是外部视角研究；法律中的社会科学侧重法律实务，是内部视角研究。这两类研究构成了法学研究理论与实务的两个基本面向。而对这两个基本面向的法学研究进行社会科学的反思性思考，就是法学的知识社会学研究。当然，这三个部分并非等量齐观。法律中的社会科学即法律与社会的研究是知识体系中最硬核也最具规模的部分，足以构成并称得上是法社会科学的研究范式。

召公甘棠听讼

史海钩沉

召公之治西方，甚得兆民和。召公巡行乡邑，有棠树，决狱政事其下，自侯伯至庶人各得其所，无失职者。召公卒，而民思召公之政，怀棠树不敢伐，哥咏之，作《甘棠》之诗。——《史记·燕召公世家》

解析：最早的巡回审判制度

从“召公甘棠听讼”到陕甘宁边区的“马锡五审判方式”，千年之间巡回审判制度的继承与发展，体现中华法系法律制度文明的独特内涵，作为巡回审判的起源，“甘棠听讼”发生背景为西周时期，辅佐周成王理政的召公勤政爱民，经常巡视乡里，在田间地头决断政事，解决纷争，且“自侯伯至庶人各得其所，无失职者”，“召公甘棠听讼”所体现的中华法系独特的历史底蕴和文化内涵，对当下诉讼方式的变革乃至诉讼制度整体性建构具有深刻的启迪意义。

中华文明悠久的历史积淀了独特的法律品格，内在精神和制度内涵，形成了系统性的中华法系文明，彰显了中华民族伟大创造力，在世界法律体系中独树一帜。立足传承和弘扬中华优秀法律文化传统，赋予中华法律文化新的时代

内涵，并有机融合到当代中国特色社会主义司法制度中，具有强烈的现实意义。

先秦时期，尤其是夏商周三代，是中华法律文化的肇始和奠基阶段。“甘棠听讼”是“民惟邦本，本固邦宁”的民本思想在中华法系诉讼方式中真实、生动的体现。这一法律文化底蕴在2000多年后抗日战争时期的陕甘宁边区得到新的发展。当时，时任陕甘宁边区陇东分区专员兼边区高等法院分庭庭长的马锡五，在边区实行深入群众、开展调查、注重调解、就地审理的“马锡五审判方式”。通过司法实践，马锡五逐渐形成了一套鲜明的审判特点：一是贯彻党的群众路线密切联系群众；二是通过调查研究，分清是非，实事求是；三是把审判同调解结合起来，尽最大可能方便群众；四是诉讼手续简便易行，尽量深入基层，充分结合农村实际进行司法活动。由此可见，“召公甘棠听讼”与“马锡五边区巡回审判”体现了共同的特征，在纠纷的处理中，更多的是依据人民群众所熟知的常识、常理和常情习惯，而司法对民间习惯的依赖，势必会造成国家制定法与地方风俗民情的紧张关系，司法活动必须在二者中找到平衡点。

这一巡回审判方式，逐渐演化成“马背上的法庭”“田间法庭”“弄堂里的法庭”“校园里的法庭”。这些审判方式的探索传承了以民为本的理

念，是党“全心全意为人民服务”宗旨的忠实体现，更是党“一切为了群众，一切依靠群众，从群众中来，到群众中去”的群众工作路线的具体实践。这种诉讼方式，注重当事人诉讼参与性和诉讼便捷性，注重司法官员的实地调查和深入群众，是中华传统文化和党的宗旨作风的高度融合、相辅相成。

中华法系文明与西方法治文明不同，不是起源于以权利和义务为基础的规则构建，而是表现为“出礼入刑”“礼法结合”“德主刑辅”的礼法合一。西周初期也充分吸收商朝覆亡的教训，认识到“天畏棗忱，民情大可见”，践行“仁者，爱人”的儒家理念，倡导“亲亲而仁民”，重教化而慎刑罚。在现代纠纷解决制度的建设和完善过程中，要从中华法系文明中汲取养分和经验，进一步提升司法的参与性、便捷性、亲民性，更好体现司法的“人民性”。

正如学者所言：“在古代中国，行政和法律规则之间并无明确界限；没有摆脱统治者顾问身份的可辨认的法律职业；没有置身于道德和政策论据之外的特殊的法律推理模式。”但“甘棠听讼”依然能够做到“各得其所，无失职者”，即实现公平正义和司法公正，并且召公深得百姓爱戴，死后还被百姓咏诗纪念。除了诉讼方式的因地制宜贴近群众之外，召公的理政问还

体现了中华法系的深层文化追求，如《论语·为政》中所言，“道之以政，齐之以刑，民免而无耻。道之以德，齐之以礼，有耻且格”。也即，让“德”与“礼”深入人心，则民“有耻且格”，这势必优于“政”与“刑”。

在中国法制漫长的发展过程中，形成了执法、明理、原情的内在统一关系，这是中华法系的特点之一，也是中国法文化中长期积淀的传统。从法制发展的历史看，法与理合，易于为人所接受；法顺人情，冲淡了法的僵硬与冷酷的外貌，更易于推行。法与理、情合，不仅增加了法的权威性，也加强了社会渗透力。因此，历代的圣贤相都力求做到奉理、执法、原情，并将这三者的和谐统一看做强国之本、固国之源。应当认识到，在现代法治的条件下，解决纠纷乃至全面依法治国，都离不开中华文明优良传统道德的继承和发扬。在当下的纠纷解决过程中，事实认定、法律条文的解读及司法适用的过程必然带有不确定性和主观性，而在事实认定的自由心证过程和适用法律的价值判断过程中，唯有切实体现出情理、法的结合，才能让人民发自内心的接受和认可，并在此过程中得到潜移默化的教育和启迪。

(文章节选自崔亚东主编的《法治文明溯源：中华法系经典案例解析》，商务印书馆出版)