



Globalization of Law

法律全球化丛书

法律全球化研究中心 主编

信息社会法治读本

高鸿钧 申卫星 主 编

鲁 楠 余盛峰 副主编



清华大学出版社



Globalization of Law

法律全球化丛书

信息社会法治读本

高鸿钧 申卫星 主 编

鲁 楠 余盛峰 副主编



清华大学出版社

北 京

内 容 简 介

本书是一部回顾、梳理和展望信息社会法治图景的文集,旨在分析和探讨以信息技术、人工智能和生物技术为代表的科技革命对法律带来的深刻影响。全书既包括从观念与范式角度对信息社会法治理论的反思,也包括从规则与制度角度对信息时代法律具体实践的探索。本书适于关注法律与科技发展问题的法学研究者、大专院校师生,以及科学哲学、社会学、政治学等其他领域的研究者阅读参考。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

信息社会法治读本 / 高鸿钧, 申卫星主编. —北京: 清华大学出版社, 2019
(法律全球化丛书)
ISBN 978-7-302-51867-9

I. ①信… II. ①高… ②申… III. ①信息化社会—社会主义法制—中国
IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 285152 号

责任编辑: 朱玉霞

封面设计: 傅瑞学

责任校对: 宋玉莲

责任印制: 李红英

出版发行: 清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址: 北京清华大学学研大厦 A 座

邮 编: 100084

社 总 机: 010-62770175

邮 购: 010-62786544

投稿与读者服务: 010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈: 010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者: 三河市君旺印务有限公司

经 销: 全国新华书店

开 本: 155mm×230mm

印 张: 51.75

字 数: 744 千字

版 次: 2019 年 6 月第 1 版

印 次: 2019 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 109.00 元

产品编号: 079420-01

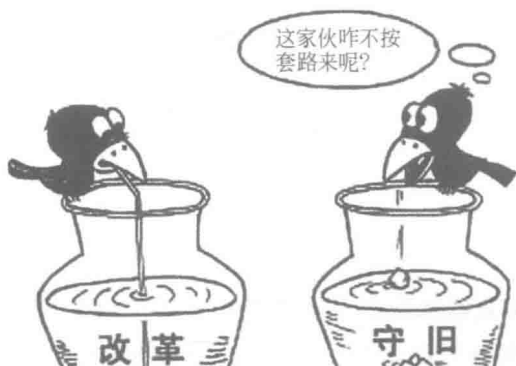
序 言

2016年12月9日,清华大学法学院创立了“明理网络法治论坛”,旨在通过聚焦互联网发展中的热点难点法律问题汇聚智慧、凝聚共识,以推动互联网产业新秩序与网络治理新体系的形成。在被称为新一代人工智能元年的2017年,清华大学法学院组织了“法律、科技与人文论坛”“智律论坛”“大数据论坛”“互联网治理全球论坛”等一系列学术活动,2017年12月23日,正式成立了清华大学法学院法律与大数据研究中心,并举办了为期两天的“迈向数据法学”论坛。2018年4月9日,经过多番讨论和认真筹划,清华大学法学院在全国范围内率先组织申报的“计算法学”(Computational Law)法律硕士项目成功获批并正式立项。“计算法学”硕士项目的设立是对近年来互联网法治密集研究的一个集中突破,是对清华大学法学院未来人才培养和学科建设的提前布局,标志着清华大学法学院双一流建设正式启动。

之所以选取“计算法学”作为清华大学法学学科建设的一个突破点,是清华人对自己未来发展道路的一个清醒的认识,即清华法学院在传统法学学科全面发展的基础上,未来法学教育与法学研究要加强对新兴社会问题的回应能力,特别是在信息科技一日千里的发展势头面前,法学绝不可故步自封,而应积极探索,在回应新问题的同时发展既有传统法学理论、创新数字经济新规则。

从计算数学、计算力学、计算化学到计算语言学、计算社会科学,计算+X已经成为交叉学科发展的一个范式。清华大学率先设立“计算法学”,一是要对近年来互联网的发展、大数据、区块链、云计算、人工智能引发的新兴问题做出积极的法律回应;二是运用计算科学展开

对传统法学的研究,实现法学研究从规范研究向实证研究的转换,推动定性研究与定量研究相结合,进而实现法律与技术的结合。



如上图所示,曾几何时,被我们广为赞誉的乌鸦衔石子而喝水的故事中,乌鸦的聪明给我们留下了深刻的印象。然而,一根吸管却让乌鸦衔石子喝水的聪明成为历史。曾经富有创意的衔石子喝水如今变成了保守。由此可见,技术创新挑战法律规范,法律需要顺应技术的发展进行调整、规范、引导、优化;同时,技术的改变与进步又会革新法律制度,改变人类的生活模式和法治范式。

铁器和农具使游牧生活转向农耕社会,蒸汽机的发明把人类带进了工业社会,现今信息技术的不断发展和快速迭代,我们已然毫无疑问地进入信息社会。如果说农耕社会建立在熟人的基础上,工业社会建立在陌生人的基础上,那么信息社会下却是熟人很陌生,陌生人很熟悉:咫尺可天涯,天涯亦咫尺!

回顾中国信息产业的发展,我们会清晰地感受到技术进步与法治乃至社会治理模式的互动。1994年4月20日,中国正式接入国际互联网;1998年,中国互联网开始商业化和普及化。那个时代,我们用电话线拨号上网、56K流量的小猫……现如今这一切都已成为近乎上古时代的稀奇之物。智能手机、大数据、云计算、物联网、人工智能等,层出不穷的技术进步给我们带来了千年未有的大变局。我们的生产、生活,更重要的是我们的思维方式,都面临着重新调整。网络和人工智

能正在给人类带来一场认知革命,也带来一场人类组织方式的重大变革。我们无法抗拒,只能迎接新时代的到来。

随着人工智能时代的到来,法律人要加强法律专业之外知识和技能的学习。必须承认,我们现在的法学学习和研究主要是逻辑推理和文本分析,缺乏数据和技术的支撑。我们需要发挥自己的想象力,思考未来的法律人如何工作;否则,等到机器人可以写判决书的时候,只会爬梳法条和记笔记的法律毕业生或许就要面临毕业即失业了。人工智能的时代是一个人人都需要重新思考自己能够做什么的时代。

我们法律人对于人工智能的现实状况和发展前景应该有更切实的体验、更充分的准备、更坚定的理想,同时要有别于普通民众八卦式的凑热闹,而应该更多从法律体系内部展开对人工智能的理性思考。以我的本行——民法学为例,民法具有很强的包容性和扩展性,我们完全可以运用民法学知识体系重新解读人工智能带来的新问题,在使民法学焕发青春的同时,也将新问题纳入既有轨道顺畅运转。

民法上的财产权、合同与责任制度,在数字经济中仍大有用武之地。从产权制度看,数据是数字经济时代的“石油”,也是人工智能成为可能的重要基础。然而,数据的法律属性如何,数据到底属于用户还是属于平台,是对数据进行采集的数据公司,抑或其他主体?政府在利益相关者之间怎样进行权利分配及对分配的正当性如何评判?这不仅是理论问题,实际上也影响着产业的发展,即在鼓励技术创新和保护个人隐私等权益之间如何平衡?区块链的广泛运用使得交易进一步去中介化、去中心化,未来的民法典应该如何应对智能合约?自动驾驶汽车引发的法律责任,在设计者、使用者之间如何划分?显然不能用简单的产品来界定。此外,机器人作品的知识产权、互联网产业竞争与反垄断、算法歧视问题都值得我们深入思考。

人工智能除去对具体法律制度的影响,还引发我们对法范式的反思。2017年10月26日,沙特阿拉伯授予美国汉森机器人公司生产的机器人索菲亚以公民身份,引发我们关于法律本质的思考。在法律关系的主体和客体二分结构中,我们应该怎样看待未来人工智能机器人的法律地位?

回顾历史,我们会看到并非所有人都可以成为法律关系的主体,只有自由权、市民权、家父权三权合一才可以拥有主体资格。早期的奴隶在法律上等同于四足动物,由此我们可以看到,不是人人尽可为“人”。法人制度的出现,让我们看到非人亦可为“人”,关键在于如何界定“人”的本质。过去我们判断人和动物,用以区别的标准很清楚,但是人和机器人的区别也许不会那么清楚。比如,一个人如果是因为一条腿出现问题安装假肢,我们不会因为他的身体有机械成分而否认他是一个自然人,甚至即使他的四肢全部换成假肢。但是,如果这个人的心脏换成人工心脏的时候呢?如果他的大脑中植入智能芯片呢?当原本认为决定人最本质的大脑被换成芯片的时候,机器人和人的本质区别在哪里?也许有人会说人毕竟是有血有肉有感情,但血肉之躯对于机器人而言在技术上完全可以超越,至于人类的感情,随着机器人深度学习能力的不断增强,相信也不是问题。届时,这样一个和人类一样拥有血肉之躯且拥有人类皮肤的机器人,它可不可以是法律关系的主体?用《未来简史》作者赫拉利的话来说,人工智能的发展将使“无机生命”逐渐取代“有机生命”变得可能。不知道未来社会中是否将会有三种人:一是自然人;二是机器人;三是单体细胞的克隆人。如此三种人混杂在一起构成未来的人类社会,您做好准备了吗?

随着现代网络的发展、大数据的应用和人工智能的兴起,人们对未来的发展既兴奋又担忧。从阿尔法狗到阿尔法元,人们在见证一个个奇迹的同时,也惊呼人类社会将面临机器人的巨大挑战,思考未来人类会不会被机器人统治。英国科学协会的调查显示,1/3的人认为,在未来100年中,人工智能的崛起将会对人类造成严重威胁。60%的受访者担心机器人将导致未来10年人类可从事的工作越来越少。面对人工智能发展带来的挑战,我们“不必过分忧虑,但需未雨绸缪”。

人工智能发展到今天,也是经历了起起伏伏。20世纪60年代,人工智能的发展热潮不断,而终于泡沫破裂。此番随着大数据的运用、算力的增强、算法的迭代和机器学习,再次引燃了新一代人工智能的大发展。然而,从弱人工智能(Narrow Artificial Intelligence)到强人工智能(General Artificial Intelligence)乃至超人工智能(Super Artifi-

cial Intelligence), 还有很长的路要走。同时, 任何科技本身都是一柄“双刃剑”, 技术进步的同时不可避免会带来一些副作用, 然而我们已经无法退回到刀耕火种的时代, 科技已经把我们带上“不归路”, 我们无须因此感到灰心和焦虑, 而应以更开放的心态拥抱科技。清华大学创设计算法学, 就是在应对新兴信息科技引发的法律问题的同时, 从法律和伦理的角度对新兴科技进行规范、引导、优化。在充分享受技术进步带来巨大福利的同时, 限制、消除技术发展引发的法律风险与伦理危机。对此, 我们充满信心, 并相信大有可为!

清华大学创立计算法学, 首要任务是要加强法律与技术交叉的新型人才培养, 而人才培养以教材为先。此次我们组织出版的《信息社会法治读本》, 是计算法学教材建设的第一步, 希望通过选取此一领域的经典文献, 作为研究者的必读文献, 为其后研究的展开奠定基础。

有了这一想法, 我与我院高鸿钧教授交流时, 竟不谋而合。高老师早已着手收集文献、联系版权了, 特别是在鲁楠和盛峰两位才俊的支持下, 本书编辑工作也进展顺利, 马上就可以呈现于读者诸君了, 高老师执意嘱我作序, 我便假私济公把清华大学发展计算法学的来龙去脉借此做个说明, 希冀更多的学校和学人加入“计算法学”的学科建设中来, 我们一起推动信息社会法治新规则的生成。

申卫星*

2018年9月

* 申卫星, 教授、博士生导师, 清华大学法学院院长。

目 录

上篇 观念与范式

01	法治的危机——危险与机遇	
	 [澳]G. 德·Q. 沃克 著 李小武 吴伟光 译	3
02	全球的布科维纳：世界社会的法律多元主义	
	 托依布纳 著 高鸿钧 译	58
03	走向共同体法治：一种构想	高鸿钧 89
04	算法社会与人的秉性	於兴中 106
05	智能互联网时代的法律变革	马长山 121
06	数据新型财产权构建及其体系研究	龙卫球 151
07	破解技术中立难题	
	——法律与科技之关系的法理学再思	郑玉双 180
08	西方法律形式合理性形成中的数学因素	何柏生 204
09	双重偶联性问题与法律系统的生成	
	——卢曼法社会学的问题结构及其启示	泮伟江 240
10	全球信息化秩序下的法律革命	余盛峰 265
11	网络独立宣言	
	 [美]约翰·P. 巴洛 李 旭 李小武 译 高鸿钧 校	287
12	点共产主义宣言	[美]伊本·莫格林 著 王宇琦 译 290
13	虚拟世界的法律化问题	高全喜 299
14	科技革命、法哲学与后人类境况	鲁 楠 335

15	面向新科技革命的比较法学	高鸿钧	354
16	科学不确定性背景下的环境正义 ——基于转基因生物安全问题的讨论 ...	王明远 金 峰	368
17	树应该有诉讼资格吗? ——迈向自然物的法律权利	克里斯托弗·D. 斯通 著 王明远 译	394

下篇 规则与制度

18	虚拟网络,真实主权——基于网络空间主权的网络国际法	张新宝 许 可	451
19	中国网络公共领域的功能、异化与规制	陆宇峰	494
20	超越代码:从赛博空间到物理世界的控制/生产机制	胡 凌	519
21	法律如何处理数据财产? ——从数据库到大数据	李 谦	547
22	数字经济时代公共话语格局变迁的新图景 ——平台驱动型参与的兴起、特征与机制	张 欣	574
23	中国关键信息基础设施保护的基本问题和制度构造	刘金瑞	599
24	论代码的可规制性:计算法律学基础与新发展	赵精武 丁海俊	621
25	商业自动化决策的算法解释权研究	张凌寒	640
26	法律的“死亡”:人工智能时代的法律功能危机 ...	余盛峰	672
27	通过算法的治理:人工智能语境下的法律转型 ...	李 晟	700
28	人工智能对公司法的影响:挑战与应对	林少伟	720
29	信任,但需要验证:论区块链为何需要法律	[美]凯文·沃巴赫 著 林少伟 译	739
30	区块链的法治化:技术、风险与规制	苏 宇	789
	编后记		813

上篇 观念与范式

01 法治的危机

——危险与机遇

(澳)G. 德·Q. 沃克* 著

李小武** 吴伟光*** 译 高鸿钧 校

一、保守与扩张

我们已经讨论法治的含义,以及它在什么意义上“与文明的存续同义”(尼赫鲁语)。随着本文的展开,我们将进一步探讨的这一思想是本书的中心主题之一。另一个主题是,法治总面对一系列的威胁,这些威胁的含义尚未被我们完全理解,而且这些威胁完全可使这一主题毫不夸张地称为危机。我们可以从两种立场来分析危机,一种具有“保守主义”的特征,而另外一种则具有较为积极、扩张的特征。

保守主义者将法治的惯常特征视为“历史遗产”,视为西方文明,至少是盎格鲁-凯尔特人亚文化的中心价值,并作为保存其他所有文明价值不可缺少的条件。扩张主义者则认为法治在将来会起到一种新的、附加的作用。这种观点将表明法治尤其适应我们所处的时代,它与发生在西方科学的、哲学的、形而上学的世界观中重要的转变惊人

* 选自 Geoffrey de Q. Walker. *Rule of Law: Foundation of Constitutional Democracy*. Melbourne University Press, 1988, chapter 2。作者为澳大利亚昆士兰大学法学院教授。本译文得到沃克教授的慷慨授权与支持,在此表示感谢。

** 清华大学法学院讲师。

*** 清华大学法学院讲师。

地合拍。它与一种新的世界观也十分和谐,这种世界观产生于物理学和神经心理学的最新发现,产生于人类的新观念,这新观念又是伴随人类心理学、社会生态学、系统论原理及新的意识学发展而形成的。同时,它尤其适合于在实践中建构价值和制度奠定基础,这种价值和制度将在无数日常境况和关系中实现这种新型世界观。就我所知,第二种观点对法治提供了新的视角,我们将在本章的第二部分对它进行探讨。

首先,我们来看看保守主义的立场。

(一) 保守主义的立场: 作为遗产的法治

1. 法向权力的转变

法治处在威胁中,它可否存活仍有疑问。在上一章中我们列出的关于法治的12项原则^①中,法治赖以存在的制度性要件和要素及法治定义的制度性要素被弱化到如此地步,以致其中某些要件和要素在澳大利亚和其他普通法国家已不复存在,其他各国就更不用提了。这些要件和要素受到以下因素的破坏: 压力集团的权力的膨胀、法院角色的变化、司法独立与中立性的衰落、共同体意识的降低、急功近利式的主要政治原则以及许多与社会学家称为“感觉社会后期”(Late Sensate)相联系的多种多样的社会与政治现象。

同样的威胁在于,对现存反法治潮流的走向缺少共识。法治的观念,抽象地说,在当代人们头脑中的印象并非是完全满意的概念。人们希望获得法治的保护和帮助。一旦对他们很重要的某些法律没有实施或被不公正地实施,他们就会感到愤怒。但是几乎没有人对法治的概念或维持法治需要什么条件感兴趣。法治被认为是理所当然的。除了在强制执行这一领域外,法治被不知不觉地渐渐地侵蚀着。^② 此

① 法治12项原则包括作者在本书第1章中提到的法治12点基本原理性定义,它们是: 法反对私刑;政府服从法律;确定性、普遍性和平等性;给与社会价值总体一致;法反对私刑的强制力;在法的原则规制下的政府执行力;司法独立;独立的法律职业;自然正义和无偏袒的法院;法院便于接近;公平与诚实的执法和对法治的态度。——译者注

② N Herlitz. The Critical Points of Rule (sic) as Understood in the Northern Countries//The Rule of Law as Understood in the West (Chicago Colloquium). Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, 1950: 139,142.

外,法治作为反动的资产阶级制度,20 世纪的大多时候受到政治激进分子在意识形态领域中的攻击。

在基本方向上,普通法系国家政府正在发生的状况(和其他国家一样)是脱离法律而向权力转变。由于法治的支柱不再被维护而实际上正被拆除,法治已经日益失却维持法律与权力两股对立力量之间动态平衡的职能。这种宪法性限制的解除使得法律体系敞开了转向极权的道路,现在正滑向权力的极端,而没有任何措施去阻止它。

2. 法律环境的退化

第 1 章我们的定义中所列举的法治的前 11 项原则可以划分为两组。第 1 项至第 5 项要求法律从实质上遵循有效指导人们行为的原则,第 6 项至第 11 项则用以保证在执行法律的过程中,法律措施不被扭曲从而丧失自身指导人们行为的能力。第 12 项则兼具上述两个目标。^①

法治现存的危机源于法律的实质及措施中存在的问题。法律的实施如下文所见,正受到政治的不正当侵犯,受到压力集团活动和法院的角色及对角色感知方面变化的侵蚀。但法律措施的缺陷尽管重要,却不是我们要探讨的问题根源。事实上,司法的某些措施在最近已取得引人注目的改进,病症的直接原因是第 3 项原则的执行,即对规范性、确定性、稳定性和普适性以及由此而必然推出的法律面前人人平等要求的遗弃。这就是法律何以越来越不能引导其公民并影响他们行为的原因。立法过程的过分政治化转而导致司法和执行过程被政治化和受到妨害。

压力集团的纠缠所导致的法律频繁变动致使法律丧失确定性,尤其是长期的确定性。今天基于对现行法做出的安排可能会被明天的立法变化所搅乱。因此即使不是在理论上,也是在实践中出现许多立法涉及溯及既往的变革。越来越多的制定法赋予法院、行政裁判庭或者行政机关以打乱现行安排的广泛自由裁量权。议会蜕变为“立法

^① J Raz. The Rule of Law and its Virtue. Law Quarterly Review 93, 1977: 195, 202.

癖”，使游说集团得以钻营，并且使政治知识分子中的“新阶级”可以进行尝试，通过割断与传统习惯联系重塑人们的行为。法律条令、规定以如此膨胀速度出台，以致仅仅庞大的新立法就不仅使其脱离中立性，而且可能导致法律制度崩溃。

除了确定性和稳定性以外，法律也正在丧失普遍性。由于私营经济团体的竭力劝说或威胁，以便从议会那里获得法律保护其垄断特权，作为相对概念的“法律面前人人平等”遭受破坏。立法者在过去显示了他们有能力决定是否赋予这些特权，现在已经没有力量抵制任何一个强大的勒索势力。

以上诸多因素累积的结果导致法律的贬值和其效力的明显减弱。我们的法律正在丧失其道德威望，正在丧失控制和约束人们行为的威力。强力与欺骗成为控制人们关系唯一力量的道路已经敞开，犯罪率正在急速上升。现在发展趋势最可能的结果就是无政府状态，随之而来唯一的结果便是专制。

这个进程中没有任何部分在过去或现在是不可预见的。现存的种种趋向久已被察觉。^①可是，它们大都逃脱了法律评论者的注意。部分原因是大多数学者更关注正发生的问题而不是后果，这源于对法学家作用缺乏认知，以及对法律结构调解社会适应变革的可预见性缺乏认知。忽略历史的研究，使得“今天碰到的问题是史无前例的”的信念更进一步得到加强，而且使人们对于历史上曾出现的作为最佳调节方式的某些制度失去耐心。其实，法治原则已经从英联邦国家的宪法课程中消失许多年了（在美国，法治没有被作为单独的专题讲授，尽管它的原则渗透于宪法课中）。现今众多的教材涉及法治的篇幅很少，甚至有的一点儿都没涉及。^②最近英国关于大学法律教育的调查显示，1/3以上的法学院没有把法治作为课程的内容。其借口从“那是个政治术语”“那与实证主义者无关”“那是纯理论的”到“那是个难以对

① P A Sorokin. *The Crisis of Our Age*. New York, 1941, Ch. 4.

② R W Blackburn. *Dicey and the Teaching of Public Law*. *Public Law*, 1985: 679, 683, 692//G Walker. *Review article*. *Syd-L. Rev.*, 9, 1982: 720.

付的危险的话题”，等等。^① 同样的情况存在于澳大利亚和新西兰。

同时，从 20 世纪 80 年代初开始，在英联邦国家和美国法学杂志中关于这一课题文章的数目却迅速增加，很可能已经超过前 20 年出版数目的总和。在英国沃威克(Warwick)工作的麦考斯兰(McAuslan)教授对法治和他称为“高层次宪法”(High Constitutional Law)(与现今流行的与公共管理相关的“低层次宪法”[Low Constitutional Law]相对)方面兴趣的复兴进行了评论。他把这次新的复兴归因于宪法学家逐渐意识到：持续地注意“低层次宪法”问题，不能对行政力量即政府日益违反法律和传统宪法原则予以充分研究和反击。他指出，新看法的先驱者必须“夺回高地并开始重构一种宪法，提供一个更有效遏制政府扩张行政权力和权威主义倾向的牢固框架”^②。不过，任何这样的复兴都必须以扭转对于法治与社会-经济变化之间关系的流行误解为起点。

3. 一个核心谬误：法治与转变相冲突

当代法治的批评者把法治看成二分法的一个分支。法治一方面表示维持现状，另一方面完全相反，意味着灵活性、变化和进步。比如格里菲斯(Griffith)断言：法治无非是“依传统的、已建立的、既定的利益进行统治”的面具。^③

这一观点是错误的。对既定权力的过分僵化、墨守法规和过于迷恋，同专制、法律无连续性及缺乏自然正义一样，是对法治的威胁。这就是第一章关于法治原则中第 4 项所针对的。举例说明如下：对于法国 1780 年的法律制度及 1815 年英国法律的敏锐观察家来说，非常明显的是，法治的加强甚至在每个国家得以维系都需要广泛的立法改革。一些补救措施严重触及了既定的权力，比如行会从事限制性劳动与贸易实践的权力，矿业主使用童工的权力，以及法国贵族的税务豁

① R W Blackburn. Dicey and the Teaching of Public Law. Public Law, 1985: 693. 与此相似，两位加拿大学者争辩说，法治对民主不利。Allan C Hutchinson, Patrick J Monahan. The Rule of Law: Ideal or Ideology. Toronto, Carswell, 1987: 97-125.

② P McAuslan. Comment. Public Law, 1985: 721, 723.

③ J A G Griffiths. The Politics of the Judiciary(2nd ed). London, 1981: 240.