



# 赋能还是解构：数字时代司法如何说理

高尚

**【内容摘要】** 数字时代极大地丰富了裁判说理的依据和素材，但在便捷司法裁判的同时，也改变了裁判的方式和手段。裁判过程的性质决定了决断无可避免，但是这种决断又必须经过正当化和说理。对应到数字时代，就是司法程序的设计和数据的需要符合人们对司法本质的要求和理解。这背后反映的是对法的概念观，以及应对司法疑难案件时法典化和判例法两种进路的选择。实际上，寄希望于设计者对所有法律问题悉数预测难度较大，因此就要依靠裁判者的权衡这一判例法进路，这就是司法必须能动的背后机理。“数字化一切”的潮流对司法的影响，从形式意义上是赋能的，但在实质意义上却是解构的。探索司法中能动说理的可能与限度，有赖重新定位法官的角色，锚定能动说理的目标与价值，通过界定法官在个案裁判中的职权和明确对个案正义的追求目标，探寻可以作为一个别化裁判的考量因素。

**【关键词】** 数字时代 智慧司法 能动司法 说理

**【作者】** 高尚，中国政法大学法学院法理学研究所所长、副教授。（北京 100088）

**【基金项目】** 国家社科基金后期资助项目“司法裁判的说理与信服研究”（23FFXB009）

狭义的司法裁判仅指作出司法判断，但是广义或完整意义上的司法裁判，不仅包括作出判断，还包括说明理由和进行论证。事实上，作出一项决定有时并不困难，真正困难的是对其进行正当性论证。如果司法只是任意性的决断，那么在富勒和萨伯虚构的假想公案“洞穴奇案”中，<sup>①</sup>十四位大法官大可以任意作出有罪或无罪的裁判。但事实上，作出如此裁判的理由是什么，如何对其证成和说理，才是裁判真正的逻辑基础，也是现代法治国家最重要的特征和标志。

有学者预测法律行业未来的两大趋势是“可标准化的法律工作将迅速被机器替代”和“非标准化的法律工作将更加依赖于机器”。如果 AI 接管部分法律工作是时代发展的必然，那么数字



时代在极大丰富裁判说理的依据和素材,便捷司法裁判过程的同时,也在一定程度上改变了裁判的过程。由此所引发的核心方法论问题是,司法活动中的哪些环节可以客观化,进而交给机器来完成?哪些工作不能被替代,必须由法官来进行正当性论证?

## 数字时代的司法变奏

未来是否已来,这是每个人在当下都要直面的问题,法律人亦被裹挟进这场迅猛的技术革命中。我们期待智慧司法能够解绑法律人,然而从裁判方法的内部视角来看,司法不是纯粹的逻辑推演,它期待多种方法,同时它也面向大量未知的、新奇的社会命题和真实世界开放。因此,回归裁判的本质,拆解其中的主观和客观要素,是探索数字时代能动司法的起点。

### (一)裁判说理的本质

法官到底是解释立法作品的钢琴演奏家,还是法律的奴仆?<sup>②</sup>这是在德国《法兰克福汇报》专栏上曾激烈讨论过的一个问题,背后反映的是两种法律观的分歧:裁判活动在本质上究竟是人类专属的创造性工作,还是一种简单重复的推理?它会像艺术创作、学术创新一样无法被取代,还是人工智能的引入意味着司法裁判终将回归“自动贩售机”的角色定位?

#### 1. 司法裁判中的主观与客观因素

法典化国家中法律推理的核心方法是演绎推理。其审判思路是,法官凭借明确的法律(大前提)和事实(小前提),能够得出一个确定不移的法律判决。这种法条主义理论是18—19世纪欧洲理性主义的产物,其主张者认为正确的结论可以顺理成章地由手边的各种权威性依据推导而来,而且得出的结论又是唯一的,因为演绎推理的核心“涵摄过程没有疑碍”。<sup>③</sup>特别是在《德国民法典》颁布后,人们认为新法典的出现会降低法官的作用,使其成为一台“法律适用的自动贩售机”<sup>④</sup>或“法律智识的牢房”。<sup>⑤</sup>比如,刑法中的罪刑法定原则就是这一时期的理论产物。<sup>⑥</sup>

如今人们早已认识到,演绎推理的核心“表达的是一个复杂的法律推理过程,既包括主观思维过程也包括客观的裁判过程”。<sup>⑦</sup>形式逻辑固然呈现出一种客观的形态,但是背后的价值判断、个案权衡甚至是法律发展都必然是主观和个性化的。在真正复杂、疑难的案件中,找到唯一正解常常是一种奢望,甚至判案过程也被比喻为一个酿造过程:“日复一日,以不同的比例,所有这些成分被投入法院的锅炉中,酿造成这种奇怪的化合物。”<sup>⑧</sup>在这个意义上,演绎逻辑甚至是其中的涵摄过程,本身就是主观和客观的复杂结合。

#### 2. 司法裁判的说理是推理与决断的结合

司法裁判的本质往往不是非黑即白的二元评价。卡尔·拉伦茨早在20世纪就提出“确定性丧失”的问题:由于人们在方法选择上具有任意性,因此只能寄希望于获得仅仅“可辩护的”(vertretbaren)或“能够达成同意的”答案,而非在认识上精确允当的答案。<sup>⑨</sup>因此,司法也不是依赖纯粹认识所能确定的,相反,它是一种决断,必须借由权力来完成。<sup>⑩</sup>在奉行实用主义的美国,其联邦最高法院上诉审中常常出现依据法条等决策材料无法得出可接受的答案的情形,从而出现开放领域。此时法官不得不依赖其他非法律的材料和信息,其中就包括个人的政治看法、政策判断乃至个人特性,这就导致法官的决策不仅不合法条主义的模式,而且充满着政治以及其他因素。<sup>⑪</sup>除此之外,即便是推崇法教义学的国家,法官在面对大量不确定法律概念和一般条款的具体化工作中,也难以完全通过涵摄实现裁判的正当性,以法律解释和法律续造为方法的司法造法



是不可回避的问题。譬如,未婚情侣入住酒店同一间房是否违反《德国民法典》中有关善良风俗的一般性规定?<sup>⑫</sup>心脏病是否属于我国《民法典》可撤销婚姻中的重大疾病类型?上述情形采取不同的解释方法会得出截然不同的结论,而这些方法之间又没有绝对的位阶和顺序,都有赖法官基于社会普遍的价值观、社会风气等作出判断和说理。正如考夫曼所说,司法裁判既非根据赤裸的权力,亦非根据纯粹的认识,而是两个因素合一作用。<sup>⑬</sup>司法活动的这种本质属性决定了它兼有形式主义的外表,又必然呈现出实用主义的特点。

## (二)智慧司法的特点:经由理性降低复杂性与偶然性

### 1. 理性作为现代化的本质特征

现代的社会文化范式成形于16世纪至18世纪末之间。现代化的实质就是理性化,其要素包括三个方面:第一,通过计算以及信息的收集和记录实现对世界的控制;第二,把意义和价值系统化到一个整体一贯的图式中;第三,确立一种依据规则进行日常生活的生活伦理。<sup>⑭</sup>理性成为现代化的本质,是其背后的生产力、生产关系共同决定的。投射到更广泛的图景下,就是人们在社会生活中的理性行为模式:现代人类会趋向于遵守规则,或遵循抽象的道德原则,而不是依冲动、随机性或激情行事。<sup>⑮</sup>数字时代司法裁判的突出特点与优势,就是通过理性的方法实现结果的可预测。正如卢曼认为,通过程序能够实现合法性,降低复杂性与偶然性,稳定人们的期望,使参与者可能在程序结束时承认相关的决定,即便其最初是反对该决定的。<sup>⑯</sup>

体现到司法的裁判和说理的过程中,这就意味着法官需要在法律前提与所得出的结论之间保证一种可验证的推导过程。法学本质上是一种论证科学,只有经过充分说理并产生说服力,司法裁判才能为人所接受。<sup>⑰</sup>换言之,司法正义想要得到呈现,就更需要以看得见,且可复制、可推导、可验证的方式实现。这既是现代法治可预测性的要求,也是现代性背后的理性机理在发挥作用。更为重要的是,它是法治国家的根本特征。正是在这一意义上,勃莱(Bohley)说,我们期待正义,换来的却是法治国家。因此,裁判过程的本质要求诉诸理性,实现法律解决方案的理性化。<sup>⑱</sup>大数据的核心恰恰是通过预测与量化实现理性,通过将现象转化为一种可制表分析的进路量化一切。因此,大数据的实质是技术理性。

### 2. 智慧法院是实现理性的场域

人工智能技术由三大基本要素构成:数据、算力、算法。<sup>⑲</sup>大数据就是以容量大、类型多、存取速度快、应用价值高为主要特征的数据集合。其中,司法大数据具有大数据的一般特征,但也有自身的一些特点。例如,较之于标准大数据,司法大数据在容量上更小、类型上更为单一,且缺少图片、音频、视频等非结构化数据,甚至缺少“副卷”等决定裁判尺度的关键。此外,其在存取速度上更慢,应用价值上更有限。<sup>⑳</sup>

在我国,“智慧法院”的提法最早出现于2016年,其含义是“依托现代人工智能,围绕司法为民、公正司法,坚持司法规律、体制改革与技术变革相融合,以高度信息化方式支持司法审判、诉讼服务和司法管理”的司法管理样态。<sup>㉑</sup>其中,法院信息化建设已经成为智慧法院建设的主要含义。<sup>㉒</sup>迄今为止,人民法院信息化建设经历了从信息化1.0到4.0的过程。其中,信息化1.0围绕法院内部基础设施建设,以电脑办公、司法统计及管理信息化为主要目标,以电脑单机、法院内部局域网为主要应用场景;信息化2.0以数据互联互通为主要特征,重点转向以当事人为中心的司法服务和审判管理模式改进上,应用场景从局域网转向互联网;信息化3.0时代,智慧法院建设开始以数据为中心,甚至通过信息化建设重塑法院组织和诉讼活动。<sup>㉓</sup>2021年,最高人民法院发布《人

民法院信息化建设五年发展规划(2021—2025)》，宣布人民法院信息化 3.0 建成并全面支撑审判体系和审判能力现代化，并确定“打造全方位智能化、全系统一体化、全业务协同化、全时空泛在化、全体系自主化”的人民法院信息化建设 4.0 目标，要求在 2025 年底全面建成以知识为中心的智慧法院。这昭示着司法大数据时代的来临。从目标定位上，司法大数据可能在审判决策、审判管理、审判执行等方面有所助益。在全面进入智慧司法时代的过程中，我们应当意识到，经由理性降低复杂性与偶然性是社会发展的目标也是必然结果，然而这样一把“双刃剑”挥起之时，斩断了偶然性之突兀，也抹去了复杂性之魅力。

## 数字时代对司法的挑战与可能进路

人工智能所造成的人类“存在危机”的轰动效应，不亚于法典化时期成文法典对法律人职业认同感的冲击。裁判过程的性质决定了作出决断是必不可少的，但是这种决断又必须经过正当化和说理的过程。对应到数字时代，就是程序的设计和数据的需要符合人们对司法本质的要求和理解。特别是在疑难案件的处理中，背后反映的还是法的概念论难题：法究竟是什么？制定法和法律之间是怎样的关系？在这里，不同的法概念观指向了不同的制度设计思路。由此，在数字时代，裁判和说理应当确立何种目标，又应当兼顾哪些社会价值和功能，是司法能动必然要面对并妥善处理的关键问题。

### (一) 数字时代对司法裁判的挑战

司法裁判的过程不仅包括作出决断，还包括对决断进行正当性论证。置于中国式法治现代化的语境下，就是司法裁判需要有充分的说理。如何让人们从每个案件中感受到公平正义，是法治现代化以及能动司法需要正面回答的问题。从技术上讲，人工智能必定可以做出裁判，但是人工智能裁判可能造成的最大风险，就是当事人担心个案的“特殊情况”无法得到特殊和专业化的处理；而这种担忧如果无法得到回应，就会影响人民群众对公平正义的感知。智慧司法时代，数据的量化必然会造成这种问题。具体而言，需要能动司法的法律问题通常包括以下几类：

一是随着社会发展出现的新型案件。此种情形下法官往往没有可以直接适用的法律，必须且只能通过解释法律来回应新问题。在法律制度发展的历史上，多数开创性的先例(leading precedents)是在新问题出现时基于棘手情况应运而生的，如美国精神损害赔偿的先例“麦克洛克林案”，就是当事人因在医院看到女儿不治身亡以及丈夫和其他孩子重伤，受到了精神打击而获得精神损害赔偿。<sup>②</sup>在当今社会高速发展的过程中，此类新型且棘手的案件也时有发生，如我国涉及新兴权利的“国内人脸识别第一案”即属此类。

二是机械适用法律可能动摇个案正义的案件。在这类情形中，法律看似可直接适用，但由此带来的结果可能会直接冲击广大民众的公平正义底线，也即考夫曼所说的法律有规定，但无评价的“法外空间”领域。如曾经轰动国内的“许霆案”中，许霆的行为看似具有非法侵占的目的，但是考虑到银行 ATM 机本身的故障，以及利用 ATM 机和直接盗窃银行的主观恶性有极大的区别，因此如何定罪和量刑就必须从社会公众的常识与情感出发，综合考量其中的主观因素。

三是直接涉及价值判断的案件。在这类案件中，无论法院怎样判决都可能引发争议，只能诉诸社会的核心价值(或“重叠共识”<sup>③</sup>)来进行说理。其中既包括涉及社会风俗的各类案件，如“泸州二奶案”中当事人将遗产赠予与自己多年共同生活并且临终前给予照料的情人，涉及如何处理



遗嘱自由和善良风俗之间的关系；<sup>②6</sup>也包括需要对基本权利甚至政治因素进行考量的各类宪法诉讼，如德国的“吕特案”<sup>②7</sup>中对公民基本权利边界的考量，抑或药剂师案中对职业自由的保障和限制的评价等。<sup>②8</sup>

如果把所有这类“疑难”的案件都交由智慧司法来评判，就涉及具体的赋值和设定参数的问题。布鲁斯·布坎南等人早在20世纪70年代就指出，计算机科学家对解决人类问题有两个共同的假设：第一，问题可以被分解成一组子问题；第二，任何子问题的求解都需要一系列由决策规则支配的决策。<sup>②9</sup>问题在于，赋值的过程本质上又属于立法和司法工作，无论是将之交给技术人员还是电脑，实际上都难以具有制度上的正当性。大数据时代的涵摄活动有些工作可以客观化，交给机器来取代，有些则必须由人来主导和决定。既然决断是不可避免的，那么数字时代如何解决这样的问题？实践中，两种解释思路背后反映的是对法律的不同认识。

## （二）数字时代处理疑难案件的两种思路

人工智能的运用以提高司法效率为直接目的。<sup>③0</sup>司法案件中，依赖简单演绎推理，寻找法律依据的案件确实占据绝大部分。但是智慧司法时代应当如何应对现实中大量存在的疑难案件，就涉及两种不同的进路及其背后的法律观：第一种进路依赖纯粹理性，表现为寄希望于通过全知全能的设计者来预设所有的问题。这种进路的终点就是走向法典化，试图通过尽可能完整、全面、超前的立法来涵盖社会生活中的全部情况。第二种进路依赖事后权衡，表现为不相信立法的全能性，从而将希望寄托于后知后觉的经验，即依赖裁判者的个人判断和权衡，进而走向一种判例法的思路。

这两种进路背后反映的是两种法律观的分歧，即法律到底是什么？法律和制定法是一回事吗？用法哲学的提问方式来表述就是：是否存在制定法之外的法律，更深一步就是哲学上唯名论和唯实论的争论。康德在《纯粹理性批判》的开篇中就指出：“我们的一切知识都以经验开始，这是无可置疑的……因此在时间上，我们没有任何知识先行于经验，一切知识都从经验开始。”<sup>③1</sup>康德哲学认为，由纯粹理性是无法得到确实的、无误的、普遍适用的、能扩充我们知识的认识的，因为悟性并无创造性的能扩充知识的认识能力，它充其量只是认识的反射而已。事实上。无论是预先写好的法律还是预先设定的程序，都不能涵盖全部的问题。法律制定的过程无论如何完备，也不能反映法律的全貌。基于这种认识，《德国基本法》第20条就规定应当遵守制定法与法律，此种将法律与制定法并列的做法，就体现出人们不仅要受到制定法的约束，还要受到超越制定法的法律的约束，这是典型的第二种进路的思维方式。在立法实践中，德国的立法者曾经试图用具体列举的方式穷尽不正当竞争的所有情形，但最终放弃了，而是选择用一般性规定（法律原则）来确定。

如果认同法律不等同于制定法。那么在智慧司法时代，也就不可能通过预先设定全部程序的方式来弥合和消除所有的法律漏洞和分歧。德沃金最初认为，歧义性和不确定性可以通过证明责任、推定和其他类似方式予以克服，但他晚期的著作很少直接处理语言确定性或规则确定性的问题，转而认为最终的决定可以通过政治道德做出。<sup>③2</sup>在智慧司法时代，大数据能够通过算法的方式解决很多问题，也可以通过类案判断的形式处理一些模糊问题，但是疑难案件的最终解决方式还是要依赖法官的个案裁判，因为哪些要素可以作为个别化裁判的考量因素是机器所无法衡量的，而增强法官个案裁判的个案正义之职责，就成为智慧司法时代的必然趋势和要求。

## 数据化一切：对说理的赋能还是解构？

此前，英国媒体发布信息称，英格兰和威尔士地区的法官被允许使用 ChatGPT 撰写法律裁决书。英国的司法官网已经发布了官方指南，详细描述了 ChatGPT 的正确使用方法、潜在风险以及示例，其同时适用于首席大法官、高级庭长等负责司法的所有官员、员工。<sup>③</sup>这一消息预示着，越来越多的国家将迈出支持司法机构使用生成式 AI 的重要一步。在数据化一切的潮流下，如同 AlphaGo “毁掉”了围棋这一古老游戏，法律人似乎也隐约感到自己的工作即将被人工智能全部接管。这在裁判和说理的过程中就会带来下列问题：法律推理以及论证是否是人类独享的办法？程序设计者是否不小心扮演了立法者或者司法者的角色？法官又当对裁判中各项事实要素的赋值如何说理？……数据化一切的背后，意味着公正也会被代码体现为合法 / 不法的正负二值逻辑解构。<sup>④</sup>事实上，大数据在形式意义上赋能了说理，因为它提供了更多的说理和裁判的依据以及样本参考，但是在实质意义上，大数据反而可能会解构司法的正当性。

### （一）在形式正义上的赋能：数据的获得更加容易

#### 1. 演绎推理中说理依据无限膨胀

在过去，法官依职权裁判的表现之一是法官只需要掌握裁判依据，甚至在实践中法官往往是依赖当事人双方提出的法律依据进行裁判，不必主动检索法律规定。换言之，前数字时代的司法逻辑默认法官不可能悉数了解所有正式和非正式的法律渊源。但这一情况如今已经发生了根本性的变化，截至 2023 年 6 月，我国现行有效法律 297 部，行政法规和各类规章更是不胜枚举，在司法平台上，这些裁判依据都能悉数找到。大数据时代的来临，最突出的特点就是数据爆炸，而芯片技术的发展使得人工智能司法能够负担起这种数据量的激增，使得法官需要接触和处理的材料越来越多，法官主动寻找裁判依据甚至说理依据成为可能。除此之外，还有类案、学理等大量的说理依据需要法官掌握。不同于裁判依据，说理依据是实现说理效果的重要素材，包括案例、学说、天理、人情、习俗等，是个性化说理的重要依据；而说理中选取哪些依据，如何赋予权重，必须由个人来决定。用大数据可以实现裁判结果的趋同和辐合，但是也会构筑“信息茧房”。对信息的收集数量与处理速度的追求是智慧司法建设的驱动力量，这隐含了“信息越多越好”“技术越先进越好”“系统越全面越好”的前提假设。<sup>⑤</sup>数字化时代的判例使用就指向这一问题：司法数据的多少和搜集整理的能力是很重要的部分。这对于当事人、法官以及律师都提出了更高的数字能力要求。

从本质上看，法律人工智能的兴起并未创造出一种性质上迥异的法律推理，<sup>⑥</sup>而演绎推理中大前提的急剧增加，势必会给法律人的推理工作带来颠覆性的变化。如何兼顾更多的裁判依据和说理依据？如何在相冲突的依据之间做出选择？究竟是设定一定的参数用解释准据位阶和法律冲突规则来处理，还是由法官针对个案来判断？以上问题的解决，将牵涉一系列法律哲学和司法伦理问题。

#### 2. 类比推理中全样本研究成为可能

正义包含平等的正义和实质的正义。平等的正义偏重于同等事务相同处理，实质的正义则强调事理上的正义。<sup>⑦</sup>判例法国家的法官极度推崇判例在平等正义和效率方面的优势，因为遵循往日的决定，不仅使我们从过去经验中获益匪浅，而且减轻了在每出现一件新事物时需思量再三的负担。<sup>⑧</sup>波洛克也指出，法律要根据人民、议会以及法官迫切的实际需要进行不断地重述。重要的是，他们更愿意选择重述旧的裁判，而不是通过对每个出现的情况的理性估量来创造新的裁判。<sup>⑨</sup>



在我国,加强司法案例应用已经成为学界和实务界的共识。在司法裁判的过程中加强类案的检索和运用,有利于实现同案同判、统一法律适用和裁判的尺度。从程序层面而言,智慧司法可以通过类似案件类似审判的方式促进法律程序的效率化、公开化以及规范化;从实体层面而言,智慧司法有助于实现大数据背景之下的同案参照。<sup>④</sup>过去,受制定法传统影响,我国法官在运用判例进行类案类判的过程中常常会受到检索、判断和分析技术的限制。然而近年来智慧法院建设中的云计算、互联网和人工智能等多项现代科学技术都为类案检索建设提供了强大的助力。就如裁判依据和说理依据的爆炸性增长一样,司法大数据也为类案类判提供了丰富的案例检索库,不仅提高了法官对类似案件的检索效率,还能将数据和数据之间的关联通过技术分析清晰地呈现。可以说,伴随着类案检索机制的发展,大数据的加持使得对案例的全样本研究成为可能。但是裁判说理时如何从浩如烟海的司法案例中对类似案件进行选取和说理,却在考验法律人的智慧。在司法实践中,已有裁判文书在说理部分涉及对类案的运用,但是由于理论的缺失和实践经验的不足,导致这些裁判文书说理的质量参差不齐,类案在判决中所发挥的作用也大小各异。

## (二)在实质正义上的解构:价值判断的理性化与客观化

考夫曼指出,一个走向判决的电脑是可能的,但是此时所产生的法律是另外一种“法律”,与法官通过判决所说出来的法律是不同的:“法律”在平等原则中被机械地操纵,绝对没有考虑到具体及历史的情境及个别性,一个瞎眼者的漫画图像,一个没有看到“个别个人”的正义女神,一个没有历史及非个人的法律。<sup>⑤</sup>机器人法官之所以无法代替传统法官,其原因在于裁判说理的过程包含逻辑推演和价值判断两个部分,其中涵摄的过程、法律解释的过程、政治道德的融贯,都需要价值判断,而这显然是人工智能的“软肋”。人工智能的变革加速了“法律代码化”的设想,但实践中也一定程度上出现了公正和效率价值的失衡。<sup>⑥</sup>数字司法时代带来的方法困难是更加深刻和颠覆性的,包含价值的引入、价值的位阶、具体化中各种动态要素的权重等方面。具体表现为以下几个方面。

### 1. 解释位阶的排序难题

在欧洲大陆法典化潮流刚刚兴起之时,萨维尼就提出了文义、目的、体系、逻辑四种解释方法。但是随着人们对法条主义的进一步认识和反思,拉伦茨、考夫曼以及默勒斯等越来越多的法学家认识到解释方法的多样性和多变性。在前数字时代,有经验的法官往往是在个案中融贯地选择解释方法并且进行综合运用。不同的解释方法会得出截然不同的结论,因此解释方法之间的位阶如何设定就成为首要问题。

以《中华人民共和国民法典》第1053条规定的“可撤销的婚姻”为例,法律规定“一方患有重大疾病的,应当在结婚登记前如实告知另一方;不如实告知的,另一方可以向人民法院请求撤销婚姻。请求撤销婚姻的,应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出。”如果仅从文义理解,那么很多疾病,如各类癌症、心脏病无疑都属于重大疾病;但是司法实践中,很多法官在裁判此类案件时认为,对于重大疾病的解释,需要借助此前的法律规定进行体系或目的解释。因为现行相关条款析出于2001年的《中华人民共和国婚姻法》和1994年的《中华人民共和国母婴保健法》。按照1994年《母婴保健法》的规定,婚前医学检查包括“严重遗传性疾病”“指定传染病”“有关精神病”三类疾病的检查。<sup>⑦</sup>因此,部分法官主张《民法典》第1053条中所言“严重遗传性疾病”仅指医学上认为不宜生育的上述遗传性疾病。2001年修改《婚姻法》时立法者研究认为,随着科学技术的发展,许多医学上认为不宜结婚的疾病会随之治愈,同时还会发现新的

不宜结婚的疾病。因此《婚姻法》不宜明确规定哪种疾病是医学上认为不宜结婚的疾病。但是这种认识可能只存在于部分具有较高资历和判案经验的法官之中，对于不了解立法历史沿革的新近法律从业者，无论是从文义解释还是体系解释，都无法得出上述结论。这类案件中，选择哪种解释方法会对判决结果产生重要影响。但是这种方法的选择本身是基于法官的前理解，如果将不同解释方法应用于智慧司法中，就需要对位阶进行设定和赋值。

## 2. 赋值的依据难以证成

无论是立法还是司法环节，在对法律规范的含义进行具体化的过程中，都需要对其中具体的要素进行提前设定。在德国，对于每一条款可能涉及的主要问题，是用“法律评注”（Kommentar）的方式呈现的。这些提前设定是基于大量司法裁判，而且涵盖的领域极其广泛和细致，如对重婚罪的法律评注可以细化到对于涉外领域重婚行为的管辖问题；<sup>④</sup>而背信罪的法律评注更是涉及具体每种情形如何裁判等。在智慧司法体系中，司法决策逐渐成为人机共同作出的混合决策。<sup>⑤</sup>但是在中国，在缺少系统和成熟的法律评注这些预设条件的情况下，想要将裁判推向智慧司法，就需要法官和技术人员提前对可能的情形进行预设并赋值。譬如，在默勒斯教授列举的动态平衡法中，通过扫雪不及时引发他人滑倒这一案例可能涉及的四要素进行分列讨论，并进行动态平衡和比较。这里的前提是扫雪中涉及的具体要素是较少的，但真正的实践中法律的要素是变化万千的。以刑事案件中出现频次较低、法律规定较为明确的重婚罪为例，《中华人民共和国刑法》第258条的规定：“有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的，处二以下有期徒刑或者拘役。”法律的规定简洁明确。但是何为重婚？除了重复进行婚姻登记，举行婚礼是否构成重婚？“以夫妻名义共同生活”的事实型婚姻如何认定？哪些证据可以用来证成这种“名义”？在视频中互称老公老婆是否能作为重婚的定罪证据？还是说必须以足够造成他人的误解为要求，那么这种误解又怎么证明？如果一位男士在与他有长期同居关系的女士手术单上以家属身份签名，是否构成足以使他人误解双方的夫妻关系？如果双方举办了结婚仪式但是没有进行婚姻登记是否算作结婚？共同抚养子女是不是充分的判断标准？如果双方是否育有孩子尚不是决定性的要素，那么是否构成相对值得参考的要素？可以说，一个看似极为简单的法律概念，在真实生活中都有极多的变化，从而构成对法律理解的分歧，这需要裁判者仔细推敲并且在说理中有所回答。从这个意义上讲，法官价值判断对司法裁判具有构成性意义。

理论上，可以通过对不同的价值规范设定不同的情景参数来进行智慧决策，但是这就涉及对价值的赋值问题。英美法理论中对价值不可通约性多有探讨，在价值的不可通约性之下有两种主流观点：一是不可通约的对象不能被单一的价值刻度所精确衡量。二是如果不存在据以衡量两个对象的统一价值单位，它们就是不可比较的。<sup>⑥</sup>因此，设定参数的主体、标准是对法哲学既有问题的挑战。退一步而言，即便价值可以通约，预设所有判断的标准也要以牺牲对新问题、新情况的灵活调整为代价。如果法律只是维护既有秩序，那么或许可以通过预设的方式实现。但社会生活是不断发生改变的，社会思潮的变化、科技的进步及发展理念的创新，都是不断向前并很难预见的，如果用新理念、新价值引领社会发展，则参数就是无法提前预设的。

## 3. 类似案件不同观点的处理

正义的核心是平等，但这也意味着平等不是正义的全部。<sup>⑦</sup>在实践中需要衡平作为实现个案正义的补充手段，否则“法律”就可能在平等原则中被机械地操纵。因此，尽管“同案同判”辅助是司法实务部门最为关注和最抱有期待的应用，也是最能够发挥机器学习和司法大数据挖掘能力的应



用,但先例绝不是法律的终极渊源。芒罗·史密斯指出:“判例法的规则和原则从来也没有被当作终极真理,而只是作为可资用的假说,它们在那些重大的法律实验室——司法法院中被不断地重复检验。”<sup>④</sup>就像英国法学家尼尔·达克斯伯里质疑类似情景是否必须类似处理时所举的例子:当我的大女儿11岁获得手机作为生日礼物时,小女儿就必须也要获得手机吗?如果我拒绝小女儿的理由是,大女儿当时的表现证明11岁的孩子并不能成为一个负责任的手机使用者,那么还应当类似处理吗?我的实质理由和小女儿基于类似案件类似处理的理由有所冲突,那么两者又当如何协调呢?<sup>⑤</sup>

更为现实的理由在于,类似案件类似审判是司法公正的基本要求,但是如何做到类似审判却构成了司法实践中一项巨大挑战。自类案机制诞生之日起,其背后就隐藏着一种理论预设:找到类似案件,就等于找到了“正确且唯一”的答案。然而,在实践中,并非只有错案才会造成审判结果的不一致,对法律的不同理解也会形成不同的法律意见,这就导致类案检索的结果往往并不唯一;而类案之间彼此冲突,恰恰是实现类案类判最主要的现实障碍。<sup>⑥</sup>在奉行遵循先例的普通法国家,人们都已经意识到许多曾经是“未公开”的先例现在已经以电子方式提供,这一事实本身就产生了问题,特别是借助数据库,律师能够很容易地就几乎任何法律问题提出相互对立的、几乎同等可信的先前裁判时,确定什么才是权威性的先例可能会变得困难。<sup>⑦</sup>

人工智能识别“同案”的方法是利用机器学习和自然语言处理技术,采用监督学习来训练“同案同判”预测模型,从包含先例数据的法律文本中抽取文本描述信息,然后再应用这些信息去预测新案例的结果,从而达到“举一反三”的效果。<sup>⑧</sup>目前各种类案检索平台中案例虽多,但多数是重复的简单案件,而法官真正需要的通常是少数关键案例。在大量检索结果中进行筛选需要很多时间,但基于愈发方便的技术和对决策风险的规避,以及科技公司对技术的垄断,司法机关容易走向技术依赖。<sup>⑨</sup>虽然司法机关的基本立场是公正裁判,代表国家解决纠纷,但是私营企业追逐利润最大化,与司法机关合作的需要从属于利润最大化的需要。因此,从方法论视角需要警惕个案的特异性被忽略。

由此导出的问题就是,智慧司法时代的目标是降低复杂性,但是这种复杂性是否真的降低了,还有待商榷。依托大数据的类案制度在对法律人进行松绑的同时,也赋予了法律人更重大的职责和使命。

## 能动说理:赋能与重构何以可能?

在法律人眼中,能动司法中“能动”的核心是法官不能仅仅消极被动地坐堂办案,不顾后果地适用法律和程序,还应当在我国司法规则限度内,充分发挥个人的积极性和智慧。最终目的是通过审判等方法有效解决社会各种复杂的纠纷和案件,实现“案结事了”的社会效果。<sup>⑩</sup>以ChatGPT为标志的强人工智能时代的到来引发的真正挑战在于,它可能导致使用者思维的庸化和道德的钝化,逐渐封闭自我意识,放弃自由意志,造成法律人主体性的自我消解。<sup>⑪</sup>能动司法的实现,需要回归法律人自身的特点与价值,通过价值理性锚定能动说理的目标与限度。在大力发展能动司法的背景下,运用智慧司法技术实现能动说理,需要在依赖数据的赋能基础上,通过回归法官主体地位和用人类理性锚定能动司法的方式,重塑司法的过程与性质。

### (一)找回支点:回归法官的主体地位

无论是说理依据的爆炸式增长,还是解释依据位阶的多边性,在数字时代,实现司法的能动

都需要重视并回归法官的主体地位,突出其独特和独立价值。运用法治捆绑技术理性,应在以下两个方面努力:

第一,发挥法官独立的价值判断作用。为了避免技术支持滑向技术依赖,需要发挥法官作为裁判主体的角色定位。正如福柯所说,今天的普适性道德体系已经不能够对现存的社会和政治问题进行有效的回应。我们需要的是切实深入到问题中去找出具体的应对之策。这才是“专才知识分子”发挥作用的领域。<sup>⑤6</sup>法律不是简单的演绎推理,法官更不是“自动贩售机”,反而是且必须是有利益追求、兴趣爱好、性格特点和能动性的人。<sup>⑤7</sup>在数字化时代,“信息茧房”将以更加压迫性的方式对后来案例构成深度影响。这就更需要法官确立独立的地位和独特的价值,捍卫法律共同体的自主性和自觉性。

能动司法的主体是法官,面对法律代码化、审判权嬗变,需要确立以法官为中心的审判机制,数字时代的种种便利应为法官所用,而非制约法官的裁断。同时,应通过增强法官个案裁判的职权,探索可以作为个别化裁判的考量因素,将实现个案正义作为法官角色定位中的基石。实现“法律帝国”的重构,要求法律人要有忧患意识和先觉意识,从法官区别于机器,也区别于其他普通人的特殊地位和独立价值判断出发,对智慧司法的裁判进行必要的捆绑。法官是法律发现的一部分,只有法官才能真正让法律说法,他使得法律说出它具体的与案件关联的意义,使得法律产生革新的效力,从而将法律从抽象的僵硬中复活成为历史的存在。法官对自己的这些角色的理解,对判决的品质至关重要。<sup>⑤8</sup>

第二,依托法律人的思维与沟通方式。法律人是否有独特的思维方式,是法律人津津乐道的话题。早在英国内战时期,首席法官爱德华·柯克爵士出于对普通法的崇拜,与国王詹姆士有一段关于自然理性(natural reason)和技艺理性(the artificial reason)的经典对话,指出法律人与普通人不仅分享不同的思维方式和理性,而且“认识这种法律和达致这种判断必须具有长时间的经验 and 进行长时间的研究”。<sup>⑤9</sup>尽管有学者主张法律人的思维与普通人没有本质区别,但是不可否认,司法权之所以托付给法律共同体,就是因为法律共同体是基于法律知识、法律思维和法律技术所构成的专业共同体。<sup>⑥0</sup>这种法律自主性背后默认的就是法律人和普通人拥有截然不同的思维方式。而数字时代的方法论更需要在兼顾普通人、工程师和法律人不同群体的思维方式和价值面向的同时,寻找自己的空间和定位。因为裁判中既有一些有意识的表层因素,能够很快被当作行动的指导原则而获得承认;同时也包含深深隐藏在表层之下的下意识因素,<sup>⑥1</sup>常常正是这些下意识的力量决定了裁判真正的走向。

## (二)用人类理性锚定能动司法

面对大数据对人类生活的多重影响,需要锚定此在,确定立足点,从而更好地确定发力点。<sup>⑥2</sup>能动司法的发展,势必要以数字时代为宏大背景,而如何用人类的价值实现对数字法治的捆绑和赋能,归根结底要从以下方面着力。

### 1. 重建法律人参与司法实践的尺度

如果代码就是法律,那么“对代码的控制就是权力”。<sup>⑥3</sup>在网络空间中,某只“看不见的手”正在打造一个与网络空间诞生时完全相反的架构,这只“看不见的手”由政府和商业机构共同推动,正在打造一个能够实现最佳控制、高效规制的架构。在这一架构中,大数据是基石,司法等领域在大数据的浪潮中被裹挟其中。<sup>⑥4</sup>大数据的突出特点就是海量性,具体到类案制度中,就要求从以下两方面着手:



第一，类案界定要素的专业化。人工智能匹配类似案件，依据的是相似要素。如何确定相似要素显然具有很强的专业性，必须由法律专业工作人员，最好是一线法官亲自参与。例如，2019年，浙江省首批智能化项目试点法院之一上城区基层人民法院，抽调五名一线法官与多家科技公司共同研发出“凤凰金融智审”系统与AI法官助理“小智”。<sup>⑥</sup>类案界定要素的确定不可能完全委托科技公司，法院不能仅仅消极地寄希望于购买技术系统，法律专业工作人员需要深度参与类案界定工作。法官要回归到更本质的位置——居中裁量，居中不仅是在当事人之间居中，也要在各种价值理性、各种算法之间居中。

第二，类案界定过程公开化。合法有序或合规地作出决定是现代政治系统的最为鲜明的标志。<sup>⑦</sup>程序正义理论存在的理论难点在于，如何理解、看待和处理对实质正义的相对放弃。类案界定过程主要是算法的运作过程，因此运用于界定类案的算法应当强制公开。一方面，应对私营企业的逐利倾向应公开相关算法。在人工智能时代，算法可谓是核心的商业秘密之一。犹如莱斯格的著名论断——“代码即法律。”<sup>⑧</sup>对于底层算法的核心部分，除开源软件外，企业通常将其纳入商业秘密的范畴。基于私营企业的逐利倾向，只要类案检索技术的开发设计还要委托不同的技术公司，由于其存在竞争关系，私营公司一般都希望对核心算法严格保密。与之相对的是，司法裁判对于决策透明性的要求较高，这不仅是因为判决直接影响当事人的权利、义务，也是司法责任制改革的必然要求。权衡两者，应当强制私营企业公开用于界定类案的算法。<sup>⑨</sup>

另一方面，算法本身的技术特性需要接受批评。算法确定相似性的一般方式是，首先建立要素间的关联关系，然后统计要素的出现频率，当出现频率达到一定程度则表示具有相似性。显然，这是一种数理形式的途径，也是技术中立性的集中表现。然而，法官比较相似性的一般方式是，综合地比较法律知识、道德情感、生活经验。<sup>⑩</sup>可以发现，人工智能裁判的运行逻辑和审判中心主义的内在机理存在明显冲突。现代科技与司法相结合已然是一种显性趋势，在充分利用科技推进智慧司法建设的过程中，应通过规制算法黑箱、限制人工智能裁判的适用、保障人工智能裁判中的律师参与、强化基于人机协同的说理等措施，消解技术融入司法所产生的冲突，以实现人工智能裁判在绩效和程序上的合法性与正当性。<sup>⑪</sup>通过算法使得类案更好地服务司法审判是时代发展的必然，但是界定过程应当公开。如果法官、律师、专家辅助人员等认为类案界定过程存在问题，可以通过论证质疑算法的相似性界定结论。

## 2. 以人类的情感和智慧超越数字化要素

法律系统的一个最重要的功能就是通过降低复杂性与偶然性，稳定人们的期望，使预期一般化。<sup>⑫</sup>因此系统论最终的理想状态是，让对某个决定感到失望的人放弃他们的异议，并调整自己以便适应新的决定。但问题是，简单化不意味着问题就消失了，司法裁判必须能够经过理性验证，具有可重复性。这就涉及对后果进行方法论审视，探讨价值判断如何客观化。<sup>⑬</sup>在确定这些原则的边界及把握它发展和增长的趋向时，应当挖掘这种原则的指导性力量，包含逻辑、历史、社群习惯、正义道德、社会福利以及社会风气等所起的作用。<sup>⑭</sup>要超越数字化的要素，通过对情感和智慧的拆解和分析，实现价值判断客观化的可欲。

第一，同理心。“共情”“物伤其类”都是人类语言中颇具温情的词汇，是哺乳类生物特有的情感特点。在大数据能够得出判断的案件中，某种情况是否足够特殊，足以做出变通的安排，是很难通过预设程序来预见的。这既是人之预见性的局限所在，也是“特殊”之所以特殊的基本逻辑。因此，法律中必须有法律原则和一般性条款，这些原则和一般条款如何帮助法官在个案衡

量中做出衡平的安排,如在审理“美国诉霍尔姆斯案”“女王诉杜德利与斯蒂芬案”这两则著名海难案件时,法官如何处理“杀人者应受到处罚”与“法不能强人所难”之间的关系,都是需要居中裁量者自我代入来想象的,是机器难以模仿和分享的。

第二,尊重生活常识。人工智能难以进行道德推理和价值判断,缺乏法理、事理和情理的综合考量。法律预测存在深度学习引发的不可解释性问题,难以体现“透明”这一基本司法价值。当法官思量是否采用类比推理,衡量相互对立的法益或利益,考虑生活关系的新发展时,法官较之以往要更频繁地考虑如何对生活中各种要素加以评判,用怎样的价值观主导司法裁判等。以对重婚罪的判断为例,如何评判是否构成重婚取决于法官对生活事实中大量细节的定性,而这些要素往往无法数据化。比如,以夫妻名义共同生活是否表现为以夫妻相称?这种称呼是微信里相互称呼还是在第三人在场的情况下称呼?第三人是否对二人不存在法定婚姻的情况知情?以夫妻名义称呼的场合是否区分私人聚会、家族活动还是医院的手术室门前?这些无法量化的因素都需要法官结合个人的生活经验和常识进行评判。

第三,社会影响、公信力以及公众对公平正义的感受。近年来,最高法院一直在探索如何将社会主义核心价值观融入司法裁判。江歌案中,被害人好友刘鑫虽非直接侵权人,但其锁门的行为是他人陷入不可预测之风险境地的肇因,且因过错增加了这种风险的发生概率,应对他人的损害承担责任。<sup>④</sup>尽管法律不承认超越法律条款的“道德审判”,但是无可否认的是,人工智能是难以在本案中作出让人民群众满意的司法裁判的。江歌案、于欢案等之所以能够获得最终的妥善处理,与该案件挑战人民群众的认知、司法机关密切关注舆情并且通过能动司法,特别是能动说理及时妥善完成对案件的审理和说理密不可分。

### 3. 能动说理实现定纷止争

说理是裁判的基石。在福柯的《规训与惩罚》中,人们批判的或许不仅仅是司法的专横抑或年深日久的傲慢及不受控制的权力,更重要的是批判王权时代司法集软弱和暴虐于一身,既耀武扬威又漏洞百出。<sup>⑤</sup>法庭、法官的裁判取代过去刑罚场所的功能,意味着说理的背后是国家司法权力的微观转型——以前是通过展示残暴,现在是通过展示过程,用温和的方式,通过说理实现说服乃至规训的目的。法官的角色除了裁断,还包括说理,法官说理的过程是司法正当性甚至是政治民主化的重要环节。

第一,说理以修辞为技巧。《最高人民法院关于加强裁判文书说理的指导意见》指出,释法说理的目的是提高裁判的可接受性,其本质是法官借助裁判文书与当事人和社会公众的一种沟通。沟通需要良好的修辞技巧,这就意味着,除了像机器人一样冷冰冰地给出答案,法官的说理还要在论证逻辑的基础上,融入论辩的技巧、诠释的思维以及对话的色彩。说理的重要目的是说服,因此受众是修辞者必须考虑的因素,忽略受众的修辞活动将失去明确的方向。<sup>⑥</sup>

第二,说理以说服为目的。通过增强法官个案裁判的(个案正义)职权,探索可以作为个别化裁判的考量因素。法官需要充分调动自己的共情能力、价值观、类比思维以及对社会公信力等非法律因素的综合衡量能力,并且通过加强修辞等文理技巧,进行能动说理。通过说服当事人和社会大众,增强裁判的感染力与公信力。能动说理意味着法官需要在真诚和实质化说理的基础上,在重大、疑难、复杂案件的说理中放弃模式化的语言,从历史文化、道德伦理、人文传统等角度对定罪和量刑加以分析和说明,贴合公众的法感情,赢得公众对判决结论的认同。<sup>⑦</sup>

第三,注重诉讼地位平衡。对双方当事人证据、诉求的判断,需要由法官来完成。当事人参



与诉讼的能力是不同的,两个类似的法律事实,依据当事人的诉讼能力不同,人工智能很可能作出不同的裁判。当事人提出的类案检索报告不同,会得出不同的诉讼请求和理由,类案检索的主体包括当事人,并且必须依赖互联网。《第48次中国互联网络发展状况统计报告》指出,截至2021年6月,50岁以上网民占比为28%,较2020年6月增长5.2%。考虑到我国的实际,这个比重将来会不断扩大。如果在一起具体纠纷中,一方当事人不熟悉案例检索,对另一方当事人而言案例检索却很容易,前者在提出类案生效判决作为论据上就会比较困难。此外,就目前情况来看,前者也更容易选择业务水平较差的律师。如果不重视保障特定群体权益,类案检索可能损害公民诉讼方面的平等权。

## 结语

法律代码化、审判权嬗变等时代隐忧提醒我们思考:智慧时代究竟是更智慧了,还是更冷漠和平庸了?实际上,机器人确实更智慧了,但人变得更加扁平化了。卸下繁重枷锁的法律人群体,需要在“能动”的感召之下,重新审视自己的独特性与角色定位,跳脱出数字司法的束缚,回归人类的本质特点和属性,运用说理的方式实现司法能动。此外,我们也应具备足够的忧患意识和先觉意识,在赋予人工智能价值的同时对其进行必要的捆绑。

### 注释:

- ① 参见彼得·萨伯:《洞穴奇案》,陈福勇、张世泰译,北京:生活·读书·新知三联书店,2012年。
- ②③⑪⑫ 托马斯·M.J.默勒斯:《法学方法论》,杜志浩译,李昊等校,北京:北京大学出版社,2022年,第347页,第37页,第1页,第689页。
- ④ Max Weber, *On Law in Economy and Society*, ed. by Max Rheinstein, trans by Edward Shils and Max Rheinstein, Cambridge: Harvard University Press, 1954, p.354.
- ⑤⑦ 莱因哈特·齐默曼:《德国新债法》,韩光明译,北京:法律出版社,2012年,第24页,第24页。
- ⑥ 只有法律才能为犯罪规定刑罚。参见贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京:北京大学出版社,2008年,第10页。
- ⑧⑫⑬⑭ 本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,北京:商务印书馆,2000年,第2页,第14页,第2—3页,第16页。
- ⑨⑬ 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,北京:商务印书馆,2020年,第9页,第2页。
- ⑩⑪⑫⑬ 阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,北京:法律出版社,2011年,第106页,第143页,第175页,第109—110页。
- ⑭⑮ 理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京:北京大学出版社,2009年,代译序第4页,代译序第3页。
- ⑯ AG Emden, Urt.v.11.2.1975, 5 C 788/74, NJW 1975,1363f.

- ⑭⑮ 韦恩·莫里森:《法理学:从古希腊到后现代》,李桂林等译,武汉:武汉大学出版社,2003年,第290页,第290页。
- ⑯ Luhmann, *Rechtssoziologie*, 33ff.
- ⑰⑱ 郑曦:《人工智能技术在司法裁判中的运用及规制》,《中外法学》2020年第3期。
- ⑲ 蔡立东、郝乐:《司法大数据辅助审判应用限度研究》,《浙江社会科学》2022年第6期。
- ⑳ 许建峰、孙福辉、陈奇伟:《智慧法院体系工程概论》,北京:人民法院出版社,2021年,第2页。
- ㉑ 李林、田禾主编:《中国法院信息化发展报告》,北京:社会科学文献出版社,2017年,第1—2页。
- ㉒ 参见李占国:《互联网的司法概念、特征及发展前瞻》,《法律适用》2021年第3期;芦露:《中国的法院信息化:数据、技术与管理》,苏力主编:《法律和社会科学》第15卷,北京:法律出版社,2017年,第22—50页。
- ㉓ McLoughlin v. O' Brian [1983] 1 A.C. 410, reversing [1981] Q.B.599.
- ㉔ John Rawls, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993.
- ㉕ 郑永流:《道德立场与法律技术——中德情妇遗嘱案的比较和评析》,《中国法学》2008年第4期。
- ㉖ BVerfGE 6,32 (40f).
- ㉗ 黄舒芄:《什么是法释义学?以二战后德国宪法释义学的发展为借镜》,台北:台湾大学出版中心,2020年,

第 63—64 页。

②⑨ Bruce G. Buchanan and Thomas E. Headrick, "Some Speculation about Artificial Intelligence and Legal Reasoning", *Stanford Law Review*, vol.23, no.1, 1970, p.45.

③① 康德:《纯粹理性批判(注释本)》,李秋零注,北京:中国人民大学出版社,2011年,第28页。

③② Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986.

③③ "Artificial Intelligence (AI) - Judicial Guidance," <https://www.judiciary.uk/guidance-and-resources/artificial-intelligence-ai-judicial-guidance/>.

③④ 陈征楠:《法律价值的系统论格局》,《中国法学》2022年第2期。

③⑤③⑤ 张凌寒:《智慧司法中技术依赖的隐忧及应对》,《法制与社会发展》2022年第4期。

③⑥ 雷磊、王品:《法律人工智能背景下的法律推理:性质与特征》,《武汉科技大学学报(社会科学版)》2022年第5期。

③⑦ Hans-Martin Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen*, 1981, Rn.345.

③⑧ 丹尼斯·劳·埃德:《法理学》,M.D.A. 弗里曼修订,许章润译,北京:法律出版社,2007年,第507页。

③⑨ Pocock, Burke and the Ancient Constitution, 137.

④⑩ 冯蛟、胡铭:《智慧司法:实现司法公正的新路径及其局限》,《浙江社会科学》2018年第6期。

④⑪⑤②⑥ 魏斌:《智慧司法的法理反思与应对》,《政治与法律》2021年第8期。

④⑫ 上述材料为笔者在上海一中院座谈时获悉。

④⑬ Stefan Wiedner, *Leipziger Kommentar StGB Online*, Band.9, Aufl.13, De Gruyter, 2021, § 172, Rdn.1.

④⑭ 张美露、于婷:《〈不可比较、不可通约与实践理性〉导论》,《法哲学与法社会学论丛》2018年第23(00)期,第121页。

④⑮ Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedents*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p3, 172.

④⑯ 高尚:《司法类案的冲突及解决》,《北方法学》2023年第5期。

④⑰ Susan W. Brenner, *Precedent Inflation*, New Brunswick, NJ: Transaction, 1992, pp.175-312.

④⑱ 参见《能动司法是人民法院服务大局的必然选择》,《人民法院报》2009年9月1日,第1版。

④⑲ 雷磊:《ChatGPT 对法律人主体性的挑战》,《法学》2023年第9期。

④⑳ 加里·古廷:《牛津通识读本:福柯》,王育平译,南京:译林出版社,2013年,第25页。

④㉑ Coke's Report, Pt.XII, 65.

④㉒ 强世功:《法律人的城邦》,上海:上海三联书店,2003年。

④㉓ 张骥:《在技术理性与法治之间:交错时空中的人文主义法学立场》,《法商研究》2023年第6期。

④㉔④④ 劳伦斯·莱斯格:《代码2.0:网络空间中的法律》(修订版),李旭、沈伟伟译,北京:清华大学出版社,2019年,第87页,第1页。

④㉕ 参见浙江省杭州市上城区人民法院课题组:《浙江法院“凤凰金融智审”系统调研报告》,李林、田禾主编:《中国法院信息化发展报告》,北京:社会科学文献出版社,2022年,第228-229页。

④㉖ Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 2.Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1989, S.11.

④㉗ Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 1999, p.1.

④㉘ 杨廷超:《人工智能应用于司法裁判的法理分析》,李林、田禾主编:《中国法院信息化发展报告》,北京:社会科学文献出版社,2021年,第109—110页。

④㉙ 胡铭、张传玺:《人工智能裁判与审判中心主义的冲突及其消解》,《东南学术》2020年第1期。

④㉚ Luhmann, *Rechtssoziologie*, 33ff.

④㉛ 雷磊:《司法裁判中的价值判断与后果考量》,《浙江社会科学》2021年第2期。

④㉜ 王静、舒国滢:《司法上不承认超越法教义学的“道德审判”——对“江歌案”相关观点的讨论》,《探索与争鸣》2023年第3期。

④㉝ 米歇尔·福柯:《规训与惩罚:监狱的诞生》(修订译本),刘北成、杨远婴译,北京:生活·读书·新知三联书店,2012年,第89页。

④㉞ 姜言胜、洪仁善:《近五十年来修辞受众研究之回顾与反思》,《东北师大学报(哲学社会科学版)》2020年第4期。

④㉟ 彭文华:《量刑说理:现实问题、逻辑进路与技术规制》,《法制与社会发展》2017年第1期。

编辑 孙冠豪