

在技术理性与法治之间

——交错时空中的人文主义法学立场

张 骐*

摘要:现代性既是我们正在从事的现代作业和任务,也是我们解决所面临挑战的方法。根据存在论哲学,人的存在是生成性的存在,人是创造存在的生命,是众多鲜活的不仅有理性而且有感性、心性与灵性的个体生命。包括法治在内的诸种现代性价值,对我们处理人与大数据、互联网和人工智能的关系意义重大。法学的科学性与人文性共同构成法学的品格和人文主义法学立场。大数据、互联网和人工智能等的实质是技术理性,它们的发展对人类的生活和法律产生了多方面巨大的影响和冲击。我们可以从5个方面把包括人格自由与尊严、正义、民主、责任和包容等现代性价值及其延伸要求通过法律注入规制大数据、互联网和人工智能的实践中。

关键词:技术理性 人工智能 现代性 人文主义法学 法治

大数据、互联网和人工智能现在已经深入我们的生活。许多学者认为,我们已经进入大数据时代,未来已来,“一切皆数”。如果真是如此,那么我们今天所面临的实际生活中的问题,特别是实际生活中的根本问题,是否都可以通过数据和算法加以解决?是否数据工程师、算法师甚至人工智能就可以解决我们所面临的所有问题?或者解决其中的根本问题?笔者认为,这些问题的答案是否定的。我们所面临的问题,并非只是大数据、互联网和人工智能等问题,虽然许多问题与这些问题纠缠在一起,但是我们无法通过大数据、互联网和人工智能或算法解决这些问题;在很多情况下,大数据、人工智能或算法非但不是解决问题的方案或思路,反而是有待解决的问题。例如,怎样使算法得到有效规制?怎样使人工智能不至于走上反人类的发展道路?换言之,为了使大数据、互联网和人工智能得到健康发展,我们需要做的工作远不只是在技术的简单维度上。我们所面对的问题既不是我们向哪里去?也不是我们从哪里来?而是我们当下在哪里?其实,我们仍然处于现代性与现代化的进行时,仍处在实现现代化的征程中。与此同时,我们也常常纠

* 北京大学法学院教授

结于来自不同空间的文化选择,我们不时纠结于我们所使用的理论资源的“来路”与“出身”。可以说,我们当下生活在一个交错的时空中。本文的问题意识是:怎样在交错时空中认清我们所处的时代,从而在技术理性与法学之间通过法治捍卫人的尊严?本文将主要考察我们当下的时代特点,重申法治的重要价值以及法学的科学性与人文性品格,针对大数据、人工智能和互联网的特点提出一种基于人文主义法学立场的对策。

一、现代性与法治

(一)何为现代性?

对于现代性,不同的学者因学科背景不同、论此问题的语境或角度不同而对之作出了不同的界定。英国社会学家吉登斯认为:“现代性指社会生活或组织模式,大约十七世纪出现在欧洲,并且在后来的岁月里,程度不同地在世界产生着影响。”^①在17世纪前后,在英国、法国等欧陆国家就有了朝向现代性的社会进程。地理大发现、文艺复兴、宗教改革是与现代性密切关联的重大事件。在17世纪末,法国就有了关于义务教育的法律规定。^②有学者认为,从世界文明史的视野来看,文艺复兴、新教改革、光荣革命乃至法国大革命,都属于早期现代史的内容,它们开发出一系列迥异于古典社会的全新问题。^③德国哲学家哈贝马斯认为:“现代化涉及一系列的过程,诸如:资本的积累和资源的利用;生产力的发展和劳动生产率的提高;政治权力的集中和民族认同的塑造;政治参与权、城市的生活方式、正规学校教育的普及;价值和规范的世俗化。”^④在哈贝马斯那里,“现代的首要特征在于主体自由。主体自由在社会里表现为主体受私法保护,合理追逐自己的利益游刃有余;在国家范围内表现为原则上(每个人)都有平等参与建构政治意志的权利;在个人身上表现为道德自主和自我实现;最终在与私人领域密切相关的公共领域里表现为围绕着习得反思文化所展开的教化过程”。^⑤这些论述给我们提供了关于现代性的涵义、概念、内容与特点的基本轮廓。它们虽不放之四海而皆准,但毕竟给我们提供了思考有关问题的基础。

(二)现代性为什么重要?

首先,从根本上说,我们要锚定此在。此在揭示我们当下所生活的世界。我们只有锚定此在,才能知道我们当下在哪里,确定自己的立足点,找到最合适的发力点并确定我们的工作前提。我们现在所面临的大数据、互联网和人工智能等对法律与社会生活有多方面的重大影响,为了应对这些影响,我们必须脚踏实地,知道自己身处何方。德国哲学家海德格尔指出:“此在的‘本质’在于它的生存……生命自有其存在方式,但本质上只有在此在中才能通达它。”^⑥也就是说,人的存在是生成性的存在,人是创造存在的生命,而非一个固定的、现成的、静止的存在者。这些存在论哲学观点对我们思考大数据、人工智能和互联网的基本问题非常有启发。我们不能把人简单

① [英]安东尼·吉登斯:《现代性的后果》,田禾译,译林出版社2007年版,第1页。

② 参见[美]威尔·杜兰特:《文明的故事9:伏尔泰时代》,天地出版社2018年版,第336页。

③ 参见高全喜、谢翀:《现代性、法治国家与意识形态》,《学海》2018年第2期。

④ [德]哈贝马斯:《现代性的哲学话语》,曹卫东译,译林出版社2011年版,第2页。

⑤ [德]哈贝马斯:《现代性的哲学话语》,曹卫东译,译林出版社2011年版,第96页。

⑥ [德]海德格尔:《存在与时间》(修订译本),陈嘉映、王庆节译,生活·读书·新知三联书店1999年版,第49~58页。

地看成是纯粹理性的、笼统的、具有不变人性的动物；人是众多鲜活的个体生命，不仅有理性而且有感性、心性与灵性，不能以静止、凝固的观点看待人与世界。我们不能一边谈论着代表未来的大数据、互联网与人工智能，一边根据前现代的静止的人的观念思考大数据、互联网和人工智能与人的关系。

其次，锚定此在的钥匙，就是确定我们仍然生活在以解决现代性为主要目标的社会，现代性及现代化是我们尚待完成的工作，意味着不可逾越的阶段。这里的现代性是作为任务的现代性。放眼望去，神州大地，现代化仍是生活世界的主旋律；思忖历史，从古至今，现代性也都是我们仍在努力的作业。当我们思考大数据、互联网与人工智能带给我们的挑战时，现代性与现代化仍是我们所要立足的当下，是我们通向未来的桥梁。

最后，现代性还是我们解决大数据等方法、资源、立足点和发力点。包括人的尊严、自由、法治等在内的现代性诸价值指示我们在充分发挥大数据、互联网和人工智能的积极作用的同时，避免其消极影响。我们只有立足于现代，才能将我们的力量发挥出来；只有正确解决现代性及现代化的问题，才能掌握用以解决大数据、互联网和人工智能对我们的消极影响的方法与资源。此处的现代性是作为方法的现代性。如果我们误以为我们已经全然进入大数据时代而忽视甚至抛弃现代性及其价值，我们就会像无根的浮萍，只能随波逐流，被大数据等新技术牵着鼻子走，向不可知且不可控的危险远方流浪。

（三）如何现代？

对于现代性及现代化研究中存在的可能问题及中国的现代化道路，当代中国现代化研究的主要开创者罗荣渠教授认为，中国的现代化应当“会通中西，创新传统……摄取传统文化要素，在文化日益世界化的过程中，会通中西，建立以人的全面发展为中心的、人与自然协调发展的世界新文明”。^① 该观点有 3 个非常重要的地方：（1）实现现代化的目标是建立以人的全面发展为中心的、人与自然协调发展的世界新文明；（2）应当会通中西，既不全盘西化，也不盲目排外；（3）在对待传统的问题上，应当摄取传统文化要素，创新传统，这是一个去粗取精、去伪存真、推陈出新的过程。这 3 点都与下文要谈的法治有关系。

（四）作为现代性重要价值的法治

我们以前认为，法治是现代化发展的产物。这个判断的潜台词是：法治是一件奢侈品，只有国家实现了现代化，社会的文明水准提高了，法治才可能实现。但历史与现实都告诉我们，法治是现代化的一个主要形式。^② 法治既是现代社会国家治理能力的重要组成部分和必要保证，也是提高并保持我们国际竞争力的重要方面。我们需要守住并持续推进法治。为此，我们需要在这里对法治的涵义、法治与现代性的关系以及法治的实现等强调以下 3 点：

第一，法治是价值理性意义上的法治。法治并非我国古已有之。我国古代商鞅、韩非等法家所谈的“法治”及秦王朝所行的“法治”并非我们当下所建设的法治。^③ 我们今天所建设的法治，是一种价值理性意义上的法治，这种法治是有“魂”的，即法治的公共性或人民性。^④

^① 罗荣渠：《现代化新论——世界与中国的现代化进程》（增订本），商务印书馆 2004 年版，第 539～542 页。

^② 参见高全喜、谢翀：《现代性、法治国家与意识形态》，《学海》2018 年第 2 期。

^③ 参见高全喜、谢翀：《现代性、法治国家与意识形态》，《学海》2018 年第 2 期。

^④ 参见张骥：《法治的“魂”与“形”——兼谈法治与德治的区别与关联》，《华东政法大学学报》2018 年第 2 期。

第二,法治是实现现代化的必要条件。考察其他国家法治的发展历史,我们可以比较清楚地认识法治与现代性、现代化的密切关系。首先,法治在历史上先于现代性出现。在西欧,11 世纪教会借助罗马法改造教会组织、约束自上而下的神职人员的权力,建立了法治。^①其次,法治的出现与国家治理有一定的关系。美国政治学家福山引用美国历史学家约瑟夫·斯特雷耶的研究指出:中世纪时,早期国家的创建涉及法律制度和财政制度,而不是军事组织;在某种意义上,法律机构甚至早于财政机构,因为国王法庭是国王收入的最重要来源之一。国王提供平等正义的能力是其借法治获得财政收入的条件。^②最后,法治是现代性的一个重要价值。中外学者通过严谨的历史研究表明,虽然法治早于现代性登上历史舞台,但是法治自现代政治问世起就成为现代政治制度的三大重要组件之一。^③法治与现代性有着内在关联,是实现现代化的必要条件。在我国,在实现中华民族伟大复兴、实现国家现代化的伟大事业中,法治也是不可或缺的。

第三,作为“道”的法治与作为“器”的法治。《易经·系辞上》说:“形而上者谓之道,形而下者谓之器。”著名文史学家高亨先生指出:“器,物也。形而上者如思想学术理论方法制度等是也。形而下者如天地动物植物器械是也。此将天地间之一切分为道器两类,其义尚简单。”^④这一见解富有启发意义。笔者以前把法治作为一种理想、一种原则或治国方略来理解,似乎更接近“道”。但法治不仅仅是一种理想,还是我们在民族复兴伟大事业中的日常实践和制度建设。我们应当、也能够把法治的理想化为我们的日常作业。法治既有“道”的面向,也有“器”的面向。“道”与“器”不是对立的,而是相通、相连的。大数据、互联网和人工智能与法治的关系,一方面是作为原则、“道”的法治与大数据、互联网和人工智能的关系,在这方面,大数据等可以成为实现法治的工具;另一方面,是作为“器”的法治指导、规范大数据、互联网和人工智能的发展。笔者认为,法治是法律人在现代社会通过法律安放作为技术理性的大数据、互联网和人工智能的基本框架,但其本身又面临受大数据、互联网和人工智能等技术及其他重大突发事件的“威胁”而“变形”的危险。因此,我们需要多加注意,不能过于相信甚至放任大数据、互联网和人工智能,不能以为算法之治等于法治,否则就可能事与愿违。上述工作都需要人来实现。这些工作同样可以从“道”和“器”两个方面说明。从“道”的方面讲,如孔子说,“人能弘道,非道弘人”;从“器”的方面讲,人可以把法治的要求具体化为制度建设和日常实践。由此说来,当代中国的法律人都可以是“弘道者”和法治理想的实践者。法律人以对法治的信心及为之实践的决心,通过自己的专业实践完成自己的使命与社会角色;法律人把法治化于规制大数据、互联网与人工智能的具体作业中,对于中国现代化和现代性的实现,对于通过法治和法律应对大数据、互联网与人工智能的影响都非常重要。而法学的训练与滋养,对于法律人完成上述工作具有基础性的意义。

^① 参见金观涛:《轴心文明与现代社会:探索大历史的结构》,东方出版社 2021 年版,第 236~257 页;[美]弗朗西斯·福山:《政治秩序的起源:从前人类时代到法国大革命》,毛俊杰译,广西师范大学出版社 2012 年版,第 255~257 页。

^② 参见[美]弗朗西斯·福山:《政治秩序的起源:从前人类时代到法国大革命》,毛俊杰译,广西师范大学出版社 2012 年版,第 254 页。

^③ 参见金观涛:《轴心文明与现代社会:探索大历史的结构》,东方出版社 2021 年版,第 461~465 页;[美]弗朗西斯·福山:《政治秩序的起源:从前人类时代到法国大革命》,毛俊杰译,广西师范大学出版社 2012 年版,第 243~429 页。

^④ 高亨:《周易大传今注》,清华大学出版社 2010 年版,第 408 页。

二、法学品格与人文主义法学

在现代社会,法律人是以自己的专业能力参与社会治理与世界事务的公民,法律人既是中国社会向现代性演进的见证者,也是中国社会通过法治向现代性发展的促进者。法学是法律人的盔甲、兵器甚至生命。法学之于法律人,犹如盔甲、武器之于战场上的士兵。工欲善其事,必先利其器。正确认识法学的品格,对于法律人通过法律驾驭作为技术理性的大数据、互联网和人工智能,从而实现自己的使命,尤显重要。由于我们以前对此问题重视不够,且有些看法似是而非,因此需要在此重新认识法学的品格。我们从法学的科学性与人文性两个方面来做这种再认识。

(一)法学的科学性

法学具有科学性是毫无疑问的。但是,法学所具有的科学性与物理学所具有的科学性是一样的吗?法学所讨论的理论、概念像物理学的定理、数学中的公理吗?显然不是。

对于法学的科学性,王利明教授指出,法学“是一种具有内在的体系结构、有自己独特的知识体系和独特的研究方法的能够学科化的知识”。^①这种表述大体上是一个可以得到法学界共识的认识。实际上,人们对法学的科学性的内涵,存在多种不同的理解。许多外国法学家对法学的科学性有过论述。美国法学家霍姆斯曾指出:“对于法律的理性研究而言,研究历史文本的人或许是现在的主人,而未来的主人则属于研究统计学之人和经济学家”。^②这种认为可以用一些我们今天认为是社会科学学科(如统计学和经济学)的方法进行法学研究的看法,也反映出对法学的科学性的界定。德国法学家耶林指出:“法学就是在法律事物中的科学意识。这种意识必须往法哲学的面向发展,以便探求现实世界法律之起源与效力所赖以成立之最终基础;它必须在法律史的面向上,追溯自己走过的所有道路,好能使自己从一个阶段迈向下个阶段,以臻于更高之圆满;它也必须在教义学的面向上,将所有我们接着对法律之认识与掌握,而获致之暂时性的高点与终点,汇集于经验与事实,并且基于实际使用之目的安排这些素材,进行科学式的铺陈。”^③对于耶林的观点,周永坤教授指出,耶林说法学是一门科学,其科学的涵义是“康德式的精神科学,其法学的目的不是寻找法律规律,而是寻找合适的‘法律’。耶林的创新使法学走出单纯的概念演绎,使法学沟通历史与现实,连接制定法规范与法律发现,使法学走向实践科学”。^④从表面上看,似乎耶林对法学的科学性的理解与霍姆斯的理解有比较大的差异,甚至二者在对待法律史的态度上也大异其趣。他们的看法是对立的吗?可能不是。为了认识法学的科学性,我们需要对科学追根寻源,了解科学原本的、丰富的涵义。

根据中国科学史和科学哲学家吴国盛教授的研究,西方语境中的科学传统有广义与狭义之分。广义的科学传统,即西方的大传统科学,是古希腊开启的“科学传统”,是理知意义上的科学,德语“Sissenschaft”与古希腊传统的科学的涵义比较接近,包括自然、人为的各种学问,如天算、

^① 王利明:《试论法学的科学性》,《法治研究》2022年第3期。

^② [美]霍姆斯:《法律的生命在于经验——霍姆斯法学文集》,明辉译,清华大学出版社2007年版,第227页。

^③ [德]鲁道夫·冯·耶林著、[德]奥科·贝伦茨编注:《法学是一门科学吗?》,李君韬译,法律出版社2010年版,第92页。

^④ 周永坤:《法学是科学吗?——德国法学界的史诗性论辩》,《上海政法学院学报》(法治论丛)2022年第2期。

物理、化学以及政治、哲学、语言在内;它基本代表了广义的科学,即自古希腊以来追求确定性、系统性知识的理性探究。狭义的科学,则是近现代在欧洲兴起的“经验科学”,即英文“science”,偏重于自然科学,其实默指自然科学。^①可见,法学并不当然就是自然科学意义上的科学。法学的科学性也不同于自然科学的科学性。吴国盛教授认为,科学就是古希腊的人文,这是从古希腊人的科学活动及其对待科学的态度、科学精神与传统上讲的,“科学精神是一种特别属于希腊文明的思考方式。它不考虑知识的实用性和功利性,只关注知识本身的确定性,关注真理的自主自足和内容推演。科学精神源于希腊自由的人性理想。科学精神就是理性精神,就是自由的精神”。^②虽然我们所说的法学的科学性与上述狭义的科学传统具有关联性,但对我们理解法学的科学性更具有启发意义的是这种科学精神。我们综合看耶林的观点,可以看出他所主张的法学的科学性与古希腊传统的科学精神接近,但也并非与霍姆斯的观点相对立。

与科学精神相反,妨碍我们正确把握法学科学性观念的,是那种作为意识形态的科学主义。这是一种隐含内部矛盾的意识形态。它一方面以一种工具主义的态度对待科学,另一方面,又迷信科学万能。^③我们在强调法学的科学性时,要警惕、避免这种科学主义的影响。

同时,我们需要以冷静而谦虚的态度对待科学性,时刻提醒自己、避免掉入自己研究的误区。这是由于,正如吴国盛教授指出:“作为现代科学的研究对象的自然界实际上是被构造的对象”,广泛存在的数学化符号使人与生活世界严重疏离,诸事物间质的差异被抹平,世界就其自身而言丧失了意义,孤立、静止、片面的思维方式占支配地位,“人们不再以同情的态度看待自己面对的一切,自古以来宇宙间无处不在的普遍联系被消解,寄托在这种关联之中的意义也随之消散”。^④大数据时代,非但没有缓解这种情况,反而加重了这种生活世界意义丧失的局面。有鉴于此,我们在警惕、避免科学主义的基础,还需要避免唯科学主义的影响。唯科学主义是另一种悖谬的思想观念。唯科学主义宣称只承认客观事实,排斥一切理论,但其实理论是认识事实的方法与框架。“用这种方式看待社会现象的人,由于他们极力避免一切纯粹的主观因素,让自己囿于‘客观事实’,结果他们犯下了自己要极力避免的错误,即把顶多是含糊不清的流行理论当成了事实。”^⑤因此,越是在技术理性不断扩展的时代,人们越是需要体现人文关怀的理论。

以上我们对一般意义上的科学性的涵义进行了追根溯源、正本清源的工作,但是,法学的科学性有法学发展的特殊性,需要我们做一番专门的梳理。舒国滢教授指出:“使法学由法的实践学问(jurisprudentia)转向‘法律科学’(Jurisscientia)是17世纪以降的‘公理方法派’的法学家们的改造结果……实践性构成了法学的学问性格,法学应当回归实践之学本身。”^⑥这一观点是成立的。对此,我们可以从下面有关社会科学的特点中作进一步理解。

英国哲学家哈耶克指出,社会研究的特殊对象与方法为打开理解社会科学特点之门的钥匙,

① 参见吴国盛:《什么是科学?》,广东人民出版社2016年版,第21、103页。

② 吴国盛:《什么是科学?》,广东人民出版社2016年版,第106页。

③ 参见吴国盛:《什么是科学?》,广东人民出版社2016年版,第13~15页。

④ 参见吴国盛:《什么是科学?》,广东人民出版社2016年版,第187~212页。

⑤ 参见[英]弗里德里希·A.哈耶克:《科学的反革命:理性滥用之研究》,冯克利译,译林出版社2012年版,第52页。

⑥ 舒国滢:《法学是一门什么样的学问?——从古罗马时期的Juisprudentia谈起》,《清华法学》2013年第1期。

社会科学研究的“不是物与物的关系,而是人与物或人与人的关系。它研究人的行为,目的是解释许多人的行为在无意间产生的或未经设计的结果”;大多数社会行为,都不是科学所说的那种可以从自然角度去定义的“客观事实”;“一切知识的分散性和不完善性,是社会科学必须面对的两个基本事实……社会科学的特殊难题,以及有关其性质的大量混乱思想,恰恰是来自这样的事实:观念在社会科学中呈现出两种作用,它既是研究的对象,又是有关这种对象的观念”。^①

在将科学方法运用于有关社会的研究时,要尽力避免滥用社会科学方法,即把寻找量化手段盲目移植到不存在那些特殊条件的另一个领域。哈耶克指出:“不但经常导致从现象中选出一些因为恰好能够计算但最不相关的因素进行研究,而且导致对一些根本没有意义的数值的‘计算’和排列。”^②在中国,法学被作为社会科学的一个组成部分。因此,哈耶克所分析的社会科学的特点与弱点,需要我们警惕。如果我们不加反思地盲目运用社会科学方法进行法学研究,我们就有可能有意无意地移花接木,把自己的观点当作客观事实。当我们把大数据的方法运用于法律实践和法学研究时,同样需要避免“对一些根本没有意义的数值的‘计算’和排列”。其实,已经有学者指出这方面存在的实际问题,有学者就指出:由于数据本身可以低成本复制传播,因此机器有能力近乎无限地生产数据,导致在整体上数据价值不断降低,“给人们的选择和决策带来困难,成为另外一种意义上的‘污染’”。^③

指出社会科学的特点及社会科学方法可能存在的问题的目的,不是拒绝在法学研究中使用科学方法及法学的科学性,而是要以真正科学性的态度和方法进行法学研究。英国法学家麦考密克所提出的应当经由实质反思后予以回答的6个问题,可以作为我们实现法学科学性的引导词,这些问题有:(1)存在什么?(2)存在之物的结构是什么?不同类型的存在之物之间如何相互关联?(3)我们如何知道存在什么东西?我们如何认识存在之物?(4)我们依据什么方法解释和说明我们的知识所面对的各种问题?(5)在与其他任何存在物的关系中,作为理性行动者的人类处于什么位置?(6)有鉴于此,我们如何生活?如何行动?^④

我们不仅需要上述问题作为具有科学性的法学研究的引导词,而且需要具有科学性的学术态度进行法学研究。这种学术态度就是批判精神与求真精神。^⑤这里的批判是指学术批判与反思,是一种不迷信、反思、质疑的思考习惯。它既包含对他人研究的一种批判性态度,也包括对自己研究的自我批判精神或反省精神;所谓求真精神,就是努力探求真实、探求客观的诚实态度。^⑥

(二)法学的人文性

人文性中的“人”“文”在中国古代是两个词,前者指理想人性,后者在古代通“纹”,是动词,

^① 参见[英]弗里德里希·A.哈耶克:《科学的反革命:理性滥用之研究》,冯克利译,译林出版社2012年版,第21~33页。

^② [英]弗里德里希·A.哈耶克:《科学的反革命:理性滥用之研究》,冯克利译,译林出版社2012年版,第49页。

^③ 参见胡凌:《两种数据秩序及其法律回应》,《社会科学》2023年第4期。

^④ 参见[英]尼尔·麦考密克:《民主知识分子与法律》,周国兴译,载吴彦、黄涛主编:《作为通识教育的法学教育》,商务印书馆2020年版,第9~16页。

^⑤ 参见夏勇主编:《法理讲义——关于法律的道理与学问》(上),北京大学出版社2010年版,第9~10页。

^⑥ 参见[美]伊曼纽尔·沃勒斯坦:《现代世界体系(第1卷):16世纪的资本主义农业和欧洲世界经济体的起源》,郭方、刘新成、张文刚译,社会科学文献出版社2013年版,第8~9页。

表示划道道、留下痕迹,基本意思是“纹饰”,之后发展为达成理想人性所采纳的教化、培养、塑造的方式,即“文而化之”,表示培养理想人性的过程。^① 梳理这两个词的原义有助于我们正确理解它们合成后所表达的意思。我们在此处所讲的法学的人文性有4层涵义。

第一,法学的人文性肯定人是有尊严的生命个体,人是有个人意志、可以进行选择、可以做出否定性判断并有创造性的主体。张汝伦教授根据海德格尔的存在论哲学阐释说:“人的本质在于他‘与存在的关系’,而不是任何一种理性,或别的什么东西。人首先不是一个具有某种或某些性质的动物。因为人的存在与非人的存在者的存在,尤其与其他生物的存在根本不同。把人规定为‘理性的动物’,就是把人看成现成的东西。”^②与前述存在论哲学相一致,黄裕生教授指出:“人的未来并非只有理智来筹划,更是由意志来预期”,人因为自由意志而必定有超越性信仰;超越性信仰本身并非某种过渡性的精神形态或意识阶段,更不是某种单纯的社会组织或控制工具,“它首先是人内在的存在方式”。^③ 具有引导与改善这个世界的意义。我们现在已经进入数字时代,法学的人文性提醒我们不要忘记人,不要忘记人的诸种禀赋。正如德国法哲学家考夫曼指出的:“我们这个世界的法律化是技术唯理性的一部分,我们不要受技术唯理性驱使得太远,以致忘记了人类和人类的基本关怀。”^④对此,我们需要补充4点:(1)超越性信仰是一种普遍性的客观存在。例如,我们普通中国人都知道“慎终追远”,近年来,每年四月初的清明节,已经成为普通中国民众缅怀先人、激励此生的一个重要的精神活动。(2)因为超越性信仰是一种普遍性的人文存在,所以具有人文性的法学需要正面研究并肯定它的存在意义。(3)超越性信仰对于维护社会秩序和社会规范体系具有积极的作用,对法的存在具有实质影响。^⑤ (4)由于大数据等因素出现的社会的高速变化和极端的不确定性,因此我们需要承认超越性信仰、人的精神性活动在规制大数据、人工智能等方面所具有的意义。

第二,法学的人文性肯定人是法律思维的出发点,支持一种人文主义的法学立场。^⑥ 本文所支持的人文主义法学立场,是在人文主义的通常意义上而言的,即主张人是目的,尊重人、为了人,反对把人作为工具。

第三,法学的人文性肯定人在现代社会中具有公民性,是在法律秩序中法律意义的赋予者、创造者,是立法者与法律权利的享有者、法律义务的承担者。法律是维护社会稳定、促进社会发展、实现社会公正的重要公共生活规范,具有人文性的法学可以为人们制定并实施这样的规范提供不可或缺的指导。^⑦

第四,法学的人文性肯定法律、法学与文明、文化具有密切的关系,“法律是文明的产物,是维

① 参见吴国盛:《什么是科学?》,广东人民出版社2016年版,第30页。

② 张汝伦:《〈存在与时间〉释义》(上),上海人民出版社2014年版,第163~164页。

③ 参见黄裕生:《论宗教信仰的“人性”基础》,载赵广明主编:《宗教与哲学》(第9辑),社会科学文献出版社2021年版,第23~24页。

④ [德]温弗里德·哈斯默尔、[德]乌尔弗里德·诺伊曼、[德]弗兰克·萨利格主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,商务印书馆2021年版,第24页。

⑤ 参见黄裕生:《论宗教信仰的“人性”基础》,载赵广明主编:《宗教与哲学》(第9辑),社会科学文献出版社2021年版,第25页。

⑥ 参见杜宴林:《法律的人文主义解释与新人文主义兴起》,上海三联书店2022年版,第5~6页。

⑦ 参见[美]玛莎·努斯鲍姆:《在法学教育中培养人性》,叶会成、张峰铭译,载吴彦、黄涛主编:《作为通识教育的法学教育》,商务印书馆2020年版,第23~32页。

系文明的手段,是促进文明的手段”。^① 法学的人文性与文化关系密切,具体表现如下:(1)文化之于特定社会的成员对其法的意义的理解以及对法在社会中的地位具有双重影响,这种双重影响彼此之间又是互相关联的。在古代中国,礼是“中国传统文化的核心”。^② 而在古希腊、古罗马乃至经历不止一次被迫迁徙的古犹太社会,这些由陌生人组成的社会,契约作为一种不同的社会秩序的构成机制发挥作用。这种区别也关联到了法的起源和性质以及法的上位概念的理解。法的上位概念是规矩(中国)、还是契约(西方),对人们的守法心理又有微妙的影响。因为,若规矩是他人制定的,则守规矩就有某种不得已的特点;而若契约是订约人自订的,则守约的动力与守规矩的动力自有所不同。(2)要以发展的眼光看待法律与法学。法学与文化都是在开放与融合中发展的。传统是我们前进的资源,而不是限制发展的藩篱。我们需要从传统文化中汲取继续进步的营养,将之转化为我们民族理解现代性的资源。^③ 例如,个体人格对现代法治的形成与发展具有十分基础性的作用,我们需要研究中国传统文化有关个体人格的思想资源,研究中国传统文化中对个体人格的积极论述并在此基础上进行发展,如“三军可夺帅也,匹夫不可夺志也”^④“威武不能屈”^⑤这些关于个体人格价值的经典论述是我们法学研究的宝贵传统文化资源。同时,我们以发展的眼光看待法学的人文性离不开对自己文化传统的自省。我们关于法律的思维方式受传统文化与民族历史的影响。中国传统文化和特殊经历使得我们许多学者在思考方式上常常是实用理性的,^⑥容易以一种工具理性的方式对待法治,即仅仅把法治作为实现某种目标的工具,而没有看到法治作为现代性价值之一的固有价值意义。我们今天如果不能以价值理性的思维看待法治与法律,就很难实现真正的法治。我们需要以辩证的态度对待传统。

上述法学的科学性与人文性虽然是法学不同方面的品格,但是它们在根本上是一致的,即都关乎人的自由发展和健康生活,它们共同构成法学的品格以及笔者所说的人文主义法学立场。这种法物品格与法学立场对我们通过法治规制大数据、互联网和人工智能具有重要的意义。

三、作为技术理性的大数据、互联网与人工智能的特性及影响

我们要认识大数据、互联网与人工智能,首先要认识它们方法的核心,即具有怎样的方法特点及其实质,它们的局限性和它们对社会与法律的影响。

(一)大数据、互联网与人工智能的方法特点及实质

大数据方法有多种,其中重要的有:(1)编码。^⑦ 例如,我们为了改进法律检索或类案检索工作,为案件和法律编码,即把案件和法律拆分、解析为各种构成要素,并将这些要素编码,然后将

^① [英]迈克尔·欧克肖特:《哲学法理学的概念》,马华灵译,载吴彦、黄涛主编:《作为通识教育的法学教育》,商务印书馆2020年版,第96页。

^② 马小红:《礼与法:法的历史连接》,北京大学出版社2004年版,第76页。

^③ 参见[英]迈克尔·欧克肖特:《哲学法理学的概念》,马华灵译,载吴彦、黄涛主编:《作为通识教育的法学教育》,商务印书馆2020年版,第118页。

^④ 《论语译注》,杨伯峻译注,中华书局1980年版,第95页。

^⑤ 《孟子译注》(上),杨伯峻译注,中华书局1960年版,第141页。

^⑥ 参见李泽厚:《中国古代思想史论》,人民出版社1986年版,第303~306页。

^⑦ 参见於兴中:《数字素养:从算法社会到网络3.0》,上海人民出版社2022年版,第40页。

先前案件的要素与待判案件的要素进行比对,判定它们是否类似;或者是不是我们所需要的法律。如果案件类似,那我们就应当类案同判,如若不然,则否。(2)蜂群思维。“蜂群思维是能同时进行感知和记忆的分布式内存。人类的思维多半也是分布式的,至少在人工思维中,分布式思维肯定是占优势的。”^①分布式系统有4个突出特点,即没有强制的中心控制、次级单位具有自治的特质、次级单位之间彼此高度连接、点对点的影响通过网络形成了非线性因果关系。^②(3)嵌套层级。嵌套层级的优点是:通用的分布式控制使控制的分类聚合从底部开始逐渐累加。“从已有且运作良好的简单系统上衍生出复杂系统”,自下而上,由基层、底层开始,各层同等重要,这体现的是一种功能思维;它是逐步、间接和不断完善的过程。^③

大数据方法的核心是预测与量化。“大数据的核心就是预测”,^④并且是通过“一种把现象转变为可制表分析的量化形式的过程”^⑤来实现预测。

虽然人工智能与大数据是不同的技术,但是因人工智能在以数据为基础方面又与大数据有一定的相通之处,故可以放在一起研究。从我们上述归纳的大数据与人工智能的方法特点看,我们可以说,大数据、人工智能的实质是技术理性。作为一种技术理性,它们本身无所谓价值、没有特定的价值指向。

(二)作为技术理性的大数据、互联网和人工智能的局限

大数据、互联网和人工智能虽然有巨大的发展空间,甚至有人担心它们对人的取代,但是作为技术理性的它们不是万能的,而是有局限的。我们这里可以概括出来的局限至少有3个方面:(1)大数据、互联网和人工智能这些技术理性受人的编程的局限;(2)人工智能只是与人的智能相对应,智能是人的智性,而人除了智性之外还有心性与灵性,同理心就是心性的重要组成部分,超越性信仰是人的灵性的重要组成部分,而心性与灵性是人工智能所不能企及的;^⑥(3)受到事实的局限,这是大数据的一个根本局限。数据是事实,但“数据无法告诉我们在反事实或虚构的世界里会发生什么,在反事实世界里,观察到的事实被直截了当地否定了。然而,人类的思维却能可靠地、重复地进行这种寻求背后解释的推断”。^⑦人类有创造性,人类可以通过反事实思维来改变世界、创造生活。迄今为止,人工智能的思维是根据对数据的加工处理展开的,它受限于人类提供给它的数据。即便有朝一日,人类教会人工智能反事实思维,人类也仍然掌握反事实思维的最终主动权。

① [美]凯文·凯利:《失控:全人类的最终命运和结局》,张行舟、陈新武、王钦等译,电子工业出版社2016年版,第30~31页。

② 参见[美]凯文·凯利:《失控:全人类的最终命运和结局》,张行舟、陈新武、王钦等译,电子工业出版社2016年版,第35页。群系统的好处包括可适应、可进化等。它的缺陷包括非最优、不可控、不可预测等。

③ 参见[美]凯文·凯利:《失控:全人类的最终命运和结局》,张行舟、陈新武、王钦等译,电子工业出版社2016年版,第69~71页。

④ [英]维克托·迈尔-舍恩伯格、[英]肯尼思·库克耶:《大数据时代:生活、工作与思维的大变革》,盛杨燕、周涛译,浙江人民出版社2013年版,第16页。

⑤ [英]维克托·迈尔-舍恩伯格、[英]肯尼思·库克耶:《大数据时代:生活、工作与思维的大变革》,盛杨燕、周涛译,浙江人民出版社2013年版,第104页。

⑥ 参见於兴中:《数字素养:从算法社会到网络3.0》,上海人民出版社2022年版,第17~52页。

⑦ [美]朱迪亚·珀尔、[美]达纳·麦肯齐:《为什么:关于因果关系的新科学》,江生、于华译,中信出版集团2019年版,第12页。

(三)大数据、互联网和人工智能等技术理性对法律与社会生活影响的多面性

从积极的方面而言,大数据既可以为法律的制定、适用赋能,也可以促进法律制度的演变。例如,我国现行的案例指导制度将演变成为判例制度,因为只有判例制度符合大数据、互联网和人工智能时代分布式思维的发展趋势。有的学者观点更为前卫。例如,有学者认为,人工智能、信息技术会对法律带来颠覆性的影响,会带来法律范式的变迁,甚至法律的“死亡”。^①笔者认为这种对人工智能及信息技术对法律范式的改变的细致分析是令人信服的,尽管不完全同意这种对法律最终“命运”的判断。

从消极的方面而言,人们对技术理性的迷信是对人性的威胁,会对人类生活产生消极影响。当今,大数据、互联网和人工智能带来的问题至少有以下3个方面:(1)选择、自由意志与责任判断的难题。有学者认为:“如果大数据分析完全准确,那么我们的未来会被精准地预测,因此在未来,我们不仅会失去选择的权利,而且会按照预测去行动”,如果精准的预测成为现实的话,人就失去了自由意志,失去了自由选择生活的权利,既然人们别无选择,那么人们也就不需要承担责任。^②(2)人类的存在危机。以色列历史学家尤瓦尔·赫拉利曾说:“一旦万物互联网开始运作,人类就有可能从设计者降级成芯片,再降成数据,最后在数据的洪流中溶解分散,如同滚滚洪流中的一块泥土。”^③Chat GPT 4大有使许多人下岗之势,造成不小的人人自危的焦虑,俨然使赫拉利的预言在一定程度上成为现实。(3)因果循环悖论。我们无法在确定原因与结果中做出判断。A既是原因又是结果。^④这使我们寻找、确定原因变得很困难。

当然,这些消极影响不是大数据、互联网和人工智能本身的缺陷,而是人们滥用所导致的结果。我们需要做的是怎样设法避免滥用大数据、互联网和人工智能所可能引发的问题。

四、通过有价值的法治来规范技术理性

技术理性是没有价值关怀的。这里说的价值,是作为现代性重要组成部分的人类共享价值,包括人格自由与尊严、正义、公平、民主、参与、透明、责任、包容^⑤和法治等。它们对人类的健康生活意义重大,既是我们解决前述问题的理论资源,也是我们“摸着石头过河”的出发点和落脚点,构成在信息化和智能化时代的科学的、动态的基础。“徒善不足以为政”,价值需要具体化、制度化,我们需要通过具有价值关怀的法治来规范技术理性,使之服务于人而不是相反。可以说,现代性诸价值是法治的灵魂,而法学的品格和人文主义立场则是指导我们把上述价值融入法治的基本学术立场。接下来,笔者将从5个方面讨论怎样把上述价值及其延伸要求通过法律注入规制大数据、互联网和人工智能的实践中。

^① 参见余盛峰:《临界:人工智能时代的全球法变迁》,清华大学出版社2023年版,第3~61页。

^② 参见[英]维克托·迈尔-舍恩伯格、[英]肯尼思·库克耶:《大数据时代:生活、工作与思维的大变革》,盛杨燕、周涛译,浙江人民出版社2013年版,第206页。

^③ [以色列]尤瓦尔·赫拉利:《未来简史:从智人到神人》,林俊宏译,中信出版社2017年版,第359页。

^④ 参见[美]凯文·凯利:《失控:全人类的最终命运和结局》,张行舟、陈新武、王钦等译,电子工业出版社2016年版,第194~195页。

^⑤ 2007年11月26日,联合国大会决定自2009年起将每年2月20日设立为“世界社会公正日”,旨在本着正义、公平、民主、参与、透明、责任和包容的原则,促进各国和全球经济的发展和社会公正。

(一)通过保护公民的人格自由与尊严来抵抗对技术理性的迷信

赫拉利指出：“数据主义将人类体验等同为数据模式，也就破坏了我们的主要权威和意义来源，带来自 18 世纪以来从未有过的重大宗教革命……在 18 世纪，人文主义从以神为中心的世界观走向以人为中心，把神推到了一旁。而在 21 世纪，数据主义则可能从以人为中心走向以数据为中心，把人推到一边……一旦权力从人类手中交给算法，人文主义的议题就可能惨遭淘汰。只要我们放弃了以人为中心的世界观，人类的健康和幸福看来也就不再那么重要。”^①赫拉利所论的数据主义与笔者所讲的技术理性的意思是相同的。现在，随着 Chat GPT 4 等陆续问世，赫拉利的论断无疑就是对人类已然面对现实的提醒。在这种情况下，我们既要避免对大数据和人工智能的迷信，避免走向“数据主义”，也要克服对人工智能的恐慌。人们对人工智能的想象是对人类自身想象的投射。问题是人类本身，而不是数据主义或人工智能。当我们对人类无信心时，我们就对人工智能无信心。问题在于怎样保护人类？这里，关键在于重视保护公民的人格自由与尊严。所谓的公民人格自由，是与公民的公民性、公民美德、公民的精神性与信仰相关联的。它们在对抗数据主义、“数据迷信”中具有十分重要的意义。超越性信仰实乃植根于超越性的人性，人的自由是有方向的，那就是在使人们不断自我打开的同时不断自我超越、自我完善，而这个过程也是打开绝对域而朝向绝对他者的过程。^②笔者认为，法律可以规范、引导超越性信仰在下述方面发挥作用，即帮助人类（特别是普通人）坚守生活的意义、抵御数据的压迫，对抗“数据迷信”、人工智能异化和“技术拜物教”。

(二)坚持对自己行为承担责任的原则

保护公民的人格自由与尊严的另一面，就是要求公民为自己的行为承担责任。在法律上，要求某人承担责任，就是要求某人为自己的行为承担不利的法律后果。为技术理性融入价值关怀，就要使公民个人对他们的行为负责，但不是要求公民为其“倾向”负责。如果说法律之治在一定程度上会转向算法之治的话，为了使算法之治始终符合法治，我们要鼓励内部算法师和外部算法师作为社会的一个重要组成部分，对其行为承担责任；培养、发展这个群体的责任伦理以及以人为本的基本价值观；^③实行数据使用者、受益者的责任原则。在保护公民个人隐私的问题上，数据使用者需要承担起责任。为此，我们需要不断完善法律、法规，一旦出现在数据使用方面侵犯公民权益的行为，就能够使得数据的使用者、受益者承担责任，承担不利的法律后果。

(三)坚持互惠、诚信、平衡与反对垄断

互惠、诚信、平衡与反对垄断，是避免大数据和人工智能走偏的必要原则。这包括 3 个具体方面的要求：(1)我们需要促进社会、企业、政府及其他专业人士以互惠和诚信为原则^④的合作。要充分发挥符合分散式处理数据精神的市场等的力量。(2)我们应当兼顾保护公民隐私与促进社会发展，在二者之间取得平衡。公民隐私是公民人格的重要组成部分，应当予以保护；同时，随

^① [以色列]尤瓦尔·赫拉利：《未来简史：从智人到神人》，林俊宏译，中信出版社 2017 年版，第 354～359 页。

^② 参见黄裕生：《论宗教信仰的“人性”基础》，载赵广明主编：《宗教与哲学》（第 9 辑），社会科学文献出版社 2021 年版，第 32 页。

^③ 参见[英]维克托·迈尔-舍恩伯格、[英]肯尼思·库克耶：《大数据时代：生活、工作与思维的大变革》，盛杨燕、周涛译，浙江人民出版社 2013 年版，第 223～226 页。

^④ 参见[美]乔纳森·海特：《正义之心：为什么人们总是坚持“我对你错”》，舒明月、胡晓旭译，浙江人民出版社 2014 年版，第 313 页。

着技术与社会的发展,通过合理的程序和机制,有关个人的数据也不可避免地会进入公共领域而为社会所共享,需要兼顾与平衡。(3)我们需要反对任何形式的数据垄断。反对垄断的有效方法仍然是发挥市场的作用。因为,在充分的市场经济中,企业基于自己投入产出的利益考虑,可以有效地辨识数据的价值,尽量避免我们在前面提到的“数据污染”的可能性和危害。^①

(四)共同发展

虽然人工智能和信息技术已经并将继续对法律和人的生活产生巨大的影响,但是我们不必恐惧这些技术的发展,人类将与大数据、互联网和人工智能及信息技术共同发展、共同进化。人需要不断地向生物学习、向自然学习、向人工智能学习。人的生命是不断发展的,“生命中到底有多少东西是能够转化的”可能没有最终答案。有学者认为,人类与人工智能共同进化,“所有的进化,包括人造物的进化,都是共同进化”。^② 我们朝向的是一种“新生物文明”。

这种共同进化是有其合理性根据的,即我们在本文开始所讲的存在论哲学。存在论哲学启发我们,人是不断成长的。2018年世界哲学大会选用了中国先秦儒家的一个哲学命题“学以成人”作为主题,是非常正确的、非常具有时代特点的。大数据、互联网和人工智能时代是人类进入的新的成长时代。虽然学习的时代不同,学习的任务不同,但是人还是人。在共同进化中,我们仍然要坚持正义。在共同进化中“最后获胜的是一个最简单的对策,叫作‘一报还一报’……是往复型策略,它以合作回报合作,以背叛回报背叛”。^③ 这是正义的一种基本类型,即报应性的正义,它也具有某种校正性正义的效果。同时,在共同进化中,我们也要坚持民主。共同进化、合作共赢、走向组织化的必要条件是,民意通达、承认与保护个人利益,以及自发合作。^④ 为了实现共同进化,就不能进行硬性地控制和保密,如果强制进行,只能适得其反。公开的信息才能够保持经济的稳定和增长。有学者认为,传统法律以其规则可以普遍和统一适用于一切场景为前提,要求一切场景都根据书面化命令进行确定性和一致性规制,而“人工智能技术的崛起将首先瓦解法律的命令性、普遍性、确定性、成文性和统一性的特征”。^⑤ 笔者认为,这一观点似乎主要建立在以制定法为主的法律体系基础上,如果考虑判例法或判例制度的形态及其发展,情况可能有所不同。简言之,判例制度的发展,可能是在人工智能技术崛起后法律发展的一个“新”的途径;判例制度可以成为人与人工智能、大数据共同进化、共同发展的一个良好载体、一个新的平台。

(五)秉持敬畏、开放与包容的态度

为技术理性融入价值关怀,我们还需要秉持敬畏、开放与包容的态度。敬畏不是胆怯,而是我们对知识有限性和未来发展无限可能性的深刻理解。敬畏的另一面就是包容,包括包容错误。我们不要怕犯错误,因为它可能有益。“引入少许的随机因素(如差错、缺陷)反而能够在共同进化的世界里缔造出长久的稳定,因为这样一来,某些策略就无法被轻易地‘山寨’,从而能够在相

^① 参见胡凌:《两种数据秩序及其法律回应》,《社会科学》2023年第4期。

^② [美]凯文·凯利:《失控:全人类的最终命运和结局》,张行舟、陈新武、王钦等译,电子工业出版社2016年版,第116页。

^③ [美]凯文·凯利:《失控:全人类的最终命运和结局》,张行舟、陈新武、王钦等译,电子工业出版社2016年版,第134页。

^④ 参见[美]凯文·凯利:《失控:全人类的最终命运和结局》,张行舟、陈新武、王钦等译,电子工业出版社2016年版,第134~135页。

^⑤ 余盛峰:《临界:人工智能时代的全球法变迁》,清华大学出版社2023年版,第13页。

对长的时间里占据统治地位。”^①我们需要通过法律规定,防止不合理地控制信息或对信息保密。同时,通过法律鼓励创新、包容错误。

五、结 语

大数据、互联网和人工智能为人类所创造并造福人类,它们是代表未来的新技术。它们在深刻影响法律制度与社会生活、造福人类的同时,也带来一系列人们无法回避的问题。笔者认为,大数据、互联网和人工智能的实质是技术理性,作为技术理性它们本身没有价值指向。人们所担心的这些技术理性所产生的问题,其根源在于人类自身。人类需要通过解决自身的问题来解决技术理性带给我们的问题。而解决问题的钥匙是以“我们仍然生活在现代,现代性与现代化不仅是我们未竟的事业,而且是我们应对未来挑战的发力基础和重要路径”这一认识为基础的。法治作为一种现代性价值,同时是我们解决大数据、互联网和人工智能问题必要的制度框架。法律人是实现法治规范技术理性的主力。为此,法律人需要一种人文主义法学的培养和训练。人文主义法学的立场,是一种兼具法学的科学性和人文性,以捍卫人的尊严为宗旨的法学立场。培养有理想的法律人,就是培养有良知、有价值追求的法律人,就是培养能动地把现代性价值融入大数据、互联网与人工智能的日常作业中的法律人。我们的出发点和目的是:在信息化和智能化时代,通过法治对大数据、互联网和人工智能扬长避短,维护人的尊严、改善人的生活。

Abstract: Modernity is not only the modern practices and tasks we are engaged in, but also the way we solve the challenges we face. According to ontological philosophy, human existence is a generative existence, and human is a life that creates existence, man is a large number of living, not only rational, but also emotional, mental and spiritual individual life. The values of modernity, including the rule of law and spiritual beliefs, are significant for us to deal with the relationship between people and big data and artificial intelligence. The scientificity and humanism of law constitute the character of law and the position of humanism of law. The essence of big data, Internet and artificial intelligence is technological rationality, and their development has a great impact on human life and law in many aspects. We can inject the modern values including personal freedom and dignity, justice, democracy, accountability and tolerance into the practice of regulating big data, Internet and artificial intelligence through law from five aspects.

Key Words: technological rationality, artificial intelligence, modernity, humanistic legal science, rule of law

责任编辑 王虹霞

^① [美]凯文·凯利:《失控:全人类的最终命运和结局》,张行舟、陈新武、王钦等译,电子工业出版社 2016 年版,第 137 页。