

司法裁判的属人性： 人工智能司法角色的限度

陈景辉*

内容提要 人工智能甫一出现,即刻成为广受欢迎的司法辅助工具,但其原本无法承担辅助角色之外的任务。然而,生成式人工智能却可能突破辅助角色的限制,有机会成为像人类法官一样的司法主导者。这是因为,生成式人工智能已经可以像人类法官一样,理解法律的要求并生成决定,同时还具备一些人类法官所不具备的优势,于是就有了取代人类法官的可能。然而,由于司法是关于人类实践的事务,因而必须满足三种属人性的要求:人类给予人类的对待、法律给予人类的对待、个人给予人类的对待。生成式人工智能主导的司法裁判无法满足这三种属人性的要求,所以人工智能无法替代人类法官成为司法裁判的主导者,仍只能在其中扮演辅助性的角色。

关键词 人工智能 司法 司法裁判的属人性 法治 司法三段论

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2026.03.004

目 次

- 一、引言
- 二、辅助角色:人工智能与司法的最初相遇
- 三、从辅助到主导:生成式人工智能的创造性
- 四、迈向司法裁判的属人性
- 五、属人性之一:人类给予人类的对待
- 六、属人性之二:法律给予人类的对待
- 七、属人性之三:个人给予人类的对待
- 八、结论

* 中国人民大学法学院教授。

一、引言

随着技术的突飞猛进,人工智能正在以越来越显著的方式改变人类生活实践的基本样貌。这种改变既包括获得改善的部分,也包括制造问题的部分。本文与制造问题无关,只聚焦在获得改善上,尤其是人工智能对于司法的改善。仅仅作为一种极有效率的工具,人工智能也会在各个领域获得普遍欢迎,司法实践自然也不例外。人工智能已经在司法中承担了大量的辅助工作,但这就是它仅有的司法角色吗?

是否如此,取决于对“仅有”的理解:一种是事实性的仅有,受限于技术的性质和能力,人工智能只能扮演司法的辅助角色,就像盛水的杯子本来就不可能被用作交通工具一样。又由于应当蕴含着(事实上)可能,不可能也就直接等同于不应当,这将意味着,人工智能既不可能、也不应当扮演除辅助之外的司法角色。另一种是应然性的仅有,人工智能原本事实上可能承担辅助之外的工作,例如成为法官一样的司法主导者,但却不应当如此。⁽¹⁾由于不应当蕴含着(事实上)可能,除非有其他非事实性理由的加入,否则并不足以主张这种不应当。

这两种理解的关键区别体现在人工智能技术阶段的划分上。非生成式人工智能因缺乏扮演法官之类主角的能力,而不能承担除辅助角色之外的任务。但生成式人工智能已经事实上拥有了如同法官一样的能力,如果还主张它只能担任司法实践的配角,这将是一种与能力无关的不应当,也就需要其他非事实性理由的加入,而这只能是来自司法方面的理由。尤其是司法裁判的属人性(以下简称裁判的属人性)使得人工智能被牢固地锁定在辅助角色之上,无论它发展到如何高级的阶段、具备何等非凡的能力,均大抵如此。因此,本文真正的关键并非人工智能,而是司法。

人工智能式的科技进步,或其他类型的社会变迁,除了以实践方式改变人类的生活处境外,还为反省基本理论和概念提供了新的契机,从而有着重要的学术意义。就像被当作司法的默示前提,而一直未曾遭遇挑战的裁判的属人性,当面对关于司法的颠覆性看法时,它就必须浮出水面、亲自下场,以真正底层逻辑的身份,来捍卫司法实践的独特性。代表人工智能主导、而非辅助司法的智慧司法所表达的正是一种不同以往的司法观,裁判的属人性由此有了全面重申的必要。

二、辅助角色:人工智能与司法的最初相遇

由如下问题开始探讨是合理的:为何非生成式人工智能只能扮演司法的辅助角

(1) 《最高人民法院关于规范和加强人工智能司法应用的意见》中规定的“5. 辅助审判原则”,所表达的就是这种“不应当”的含义:坚持对审判工作的辅助性定位和用户自主决策权,无论技术发展到何种水平,人工智能都不得代替法官裁判,人工智能辅助结果仅可作为审判工作或审判监督管理的参考,确保司法裁判始终由审判人员作出,裁判职权始终由审判组织行使,司法责任最终由裁判者承担。

色？尽管各类正式文件已有相关规定，但它们并不可能同时出示如此规定的理由。但理由不难得出：一方面是司法的性质使然，另一方面受限于非生成式人工智能的能力。

（一）司法的理性化

可对司法作以下简要描述：这是一种特殊的人类活动，通过赋予特定人作出决定的权力或权威，使得他能够通过运用自己的理性能力，将法律体系所蕴含的规范性内容，与他人事实上的特定行动关联起来，也就是根据前者来评价后者，然后得出一个法律上有效的决定。尽管有时候，司法活动中的权威者（例如法官）并未为自己的决定提供理由，它甚至只是权威者个人意志或偏好的产物，但由于司法严重影响被评价者的规范处境，这等于将他人完全置于权威者的个人意志之下，使之成为权威者观念上的“奴隶”。为此，权威者在作出明确裁判结果的同时，必须提供为何如此决定的理由，这也可被称作理性化要求。

不过，即使提供了充分的理由，该决定的得出过程也不见得就是司法。至少在字面意义上，要成为当之无愧的司法活动，还必须证明那是一个法律的决定。这就使得具体的法律，也就是法律体系所载的特定内容，必须在作出决定的过程中扮演某种不可或缺的角色，无论它是以作为表现形式的条文出现在判决书之中，还是以作为实质内容的规范出现在法律推理之中。司法三段论因对法律扮演的角色给出最恰当的答案，成为司法的典范推理模型。⁽²⁾

一方面，由于三段论就是从一般到个别的演绎推理，而成为唯一的必然性推理：只要推理的前提均为真，且推理过程满足推理法则的要求，其所得出的结论就具有必然为真的属性。这是一种任何反对意见都无法奏效的独特逻辑力量，因而区别于归纳、类推这样的或然性推理。作为演绎推理在法律领域的具体运用，司法三段论对法律人的持久吸引力可想而知：如果能将所有司法过程均三段论化，任何裁判结果在逻辑上都不容置疑和挑战。这当然是个无法彻底实现的理想，但却不妨碍司法三段论仍是典范的法律推理形式。

另一方面，在司法三段论中，具体的法律内容——无论是法律条文还是法律规范，一定是推理前提的一部分，而且只能是大前提。这是因为，既然一般性是法律的本质，⁽³⁾ 它在一个从一般到个别的逻辑结构中，就只能扮演大前提的角色，而个别性的法律事实则只能担任小前提。既然一定是大前提，法律就会笼罩司法三段论的全过程，它的意义将不限于自身，而是通过与小前提的结合，最终传递到结论上。这使得作为结论的裁判结果，不但是由逻辑而得的结论，也是法律这个大前提所蕴含的内容，所以才被称作法律的决定。⁽⁴⁾

(2) See Luís Duarte d'Almeida, *On the Legal Syllogism*, in David Plunkett, Scott J. Shapiro & Kevin Toh eds., *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, Oxford University Press, 2019, p.335-337.

(3) 参见陈景辉：《作为法律本质的一般性》，载《法学》2025年第7期，第15-17页。

(4) 德国学者一般将这一整个推理过程称作“涵摄”。

当然,仅提及大前提、小前提和结论,并未描述司法三段论的全貌。由于它是一个从一般到个别的过程,推理者还需同时完成个别(具体)化的任务:由于一般性和个别性是两种不同的性质,它们之间必然存在性质落差,要将一般性的法律与个别性的法律事实结合起来,就必须向其中填补其他理由。不过,无论新增的理由为何,都不会动摇一般性法律的大前提地位,⁽⁵⁾司法三段论始终获得维系,且得出的结论仍为法律的决定,即司法是一种法律必然担任大前提的特殊理性化活动。⁽⁶⁾

(二) 司法的创造性

一定有人认为这高估了司法三段论的意义,类比(推)⁽⁷⁾与归纳仍对司法意义重大,或者不同于推理的解释才是真正关键。但有一点始终无法否认,最终得出的裁判结果(结论)在性质上属于未知,它在裁判者作出决定之前本不存在,从而区别于均属已知的法律(大前提)和法律事实(小前提)。由于司法是从已知条件到未知结论的过程,而从已知到未知又是推理的固有含义,司法就会与法律推理大致同义,离开推理将无以描述司法。但并非任何获得未知结论的过程都是推理。推理的独特之处在于,由此而来的结论尽管属于未知,但却仍是可靠的。这种可靠性是相对于未获得推理支持的看法而言的。这些看法可能是纯粹依赖直觉获得的结果、一时心血来潮的揣测、借助神秘力量(例如算命)所得的结论,甚至是文学化之解释的结果。

可靠性上的显著差别,在演绎推理上体现得尤其明显。作为必然性推理,它所得出的结果因百分之百可靠,而被视为必然为真。但归纳和类推这类或然性推理所得的未知结论只是可能、而非必然为真,否则它们也将是必然性推理。由于在语义上,可能为真与可能为假相容,这会使人误以为或然性推理与直觉或揣测本就是同类。但它们之所以还是推理,意在表明除非发现相反情形,否则没有理由怀疑或然性推理及其结果;对于无法称作推理的直觉或揣测,⁽⁸⁾即使存在相符的情形,也仍缺乏信任的充足理由⁽⁹⁾。

因此,尽管并非所有推理都有必然性,其结论也并非一定为真,但推理仍为未知结论提供了充足辩护,以至于在找到反例之前,最理性的选择仍是承认该结论的有效性。这就引出了司法的创造性:一个原本未知的裁判结果,因获得(法律)推理的支持,不但从无到有被创造出来,且还应当被看作是可靠的,就像它原本就真实地存在一样。⁽¹⁰⁾即使该结果可能挑战常识,但只要它是推理的产物,就必须被当作真相。当然,这再次证明司法三段论的强大吸引力,它是从已知中获得未知的最可靠方式,其他推理方式通常只在司法三段论的边缘处发挥作用,而不能彻底且全面地取代其地位。

总结刚才的讨论,值得强调者有三:其一,按照一般与个别的区分,作为大前提的法

(5) See John Gardner, *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, 2012, p.185-187.

(6) 如果一个司法活动中,虽然存在着法律规范,但它却并未扮演大前提,那么这个活动的司法属性将会成疑。

(7) See Lloyd L. Weinreb, *Legal Reason: the Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge University Press, 2016.

(8) 即使是与直觉或揣测完全不同的解释,其所得出的结果,仍然要面对可靠性上的严重怀疑。

(9) 例如,即使某次算命的结果被证实,但这仍不能证明下一次的算命行为是理性的。

(10) 这就是司法理论中经常说到的“对裁判结果的发现”。

律是一般性的唯一拥有者,但具备个别性的则有二,即作为小前提的法律事实与作为结论的裁判结果。其二,按照已知与未知的区分,唯一未知的就只有结论,且它还是个别性的未知;大前提、小前提均属已知,前者是一般性已知,后者是个别性已知。其三,作为个别性已知的法律事实是司法的唯一动因,⁽¹¹⁾然后才会有结合法律这个一般性的已知大前提,最终创造出未知的个别裁判结果的司法实践。

(三) 人工智能的司法角色

有了这些铺垫,现可考虑非生成式人工智能的司法角色。非生成式人工智能在司法中只能扮演辅助角色,这是由其技术特点所决定的。无论怎样理解人工智能,大数据一定是其中的核心,没有大数据,也就没有人工智能。数据一般代表着具体和精确,例如某人身高 180 厘米、体重 60 公斤,高瘦的形象由此得出;而体重 90 公斤的同样身高者,却会带来魁梧的形象。当大量的数据汇合起来,即使身高、体重、相貌、血型、基因等方面高度类似的孪生兄弟,也会被精准地区别开来。这就是大数据的意义,它代表着对一个事物更具体、更精确的描述。

无论大数据多精确或多具体,其作为数据有两个基本特点不会改变:一是它只能作个别描述。由于是否使用类别是个别与一般的关键区别,且数据又是类别的反面,完全数据式的描述只会拥有个别性。二是除数据是否足够大之外,描述的精确与否还取决于数据是否真实,否则不过是精确的虚构罢了,而真实的另一名称正是已知。既然大数据只能描述个别性已知,且在司法三段论中,法律事实是唯一的个别性已知,人工智能通常只能是服务于小前提的工具,这就是它主要的司法限度。或者说,裁判结果之所以是法律的决定,正是由于法律这个大前提,但大数据却无力描述这个一般性的已知,人工智能就只能扮演司法的辅助角色。

不过,以作用于小前提的方式参与司法三段论,并非人工智能的唯一角色,它还提供了重要的参考作用。由于类似案件的已生效判决也是个别性已知,大数据通过汇集、整理既有同类判决,为待决案件提供参考,但也只能是参考。在大数据的纤毫毕露之下,本案的事实一定区别于已审结案件的事实,就像两片不完全相同的树叶一样,而无法直接援引既有裁判结果,这就是参考蕴含的辅助之意。此外,还有一种毋须多言的辅助角色,人工智能承担了大量繁杂的事务性工作,辅助、甚至取代人类书记员,成为司法活动的帮手。无论辅助或取代,还是参与和参考,都不会动摇人类法官的主导角色。以作用于小前提的方式参与司法三段论,以汇集、整理既有判决为待决案件提供参考,以及辅助或取代人类书记员,就是司法人工智能辅助角色的具体表现,即使人工智能最终不能取代法官,但它仍足以完成以上三方面的任务。

(11) 如果不存在具体的法律事实,就失去了寻求裁判结果的动力;即使此时法律的确是存在的,但司法活动却是不必要的。

三、从辅助到主导：生成式人工智能的创造性

（一）司法与人的因素

既然谈到了人类法官的主导角色,但为何只能如此?这来自人类的属性。由于各种推理形式本身只是逻辑工具,无法自动落实到具体案件之上,只有作为唯一理性生物的人类,才拥有运用逻辑工具所必需的理性能力。因此,只有由人类来担任法官,才可能翻越司法的两座高山:一座是仅关于已知的一般与个别的高山,以实现从一般到个别的初步任务;另一座是已知与未知之间的高山,以完成从已知到未知的终极任务。⁽¹²⁾当这两座高山均被成功越过,一个原本未知的结论,才会获得推理的有力支持,变成宛如已知的裁判结果。

由于以大数据为核心的非生成式人工智能,无力描述一般性已知(法律)和个别性未知(裁判结果),而只能描述个别性已知(法律事实),它根本不具备翻越这两座高山的能力,最多只能担任登山装备一样的辅助角色,而人类才是唯一的攀山者。但这会遭遇有力挑战:所有这些都建立在存在大前提的假设之上,但真实的司法实践并非总是如此完美;一旦不存在一般性大前提且不能合理拒绝裁判,⁽¹³⁾就只能采取从个别到个别的类比推理,⁽¹⁴⁾通过参照由数据表达的个别性已知(类似案件的已生效判决),然后以统计学的方式,预测出个别性未知(本案之裁判结果)的大致概率。⁽¹⁵⁾由于个别性已知和概率本身就是数据,或者可用数据表达,人工智能此时将突破辅助角色的限制,向法官提供应作出何种决定的指示。

但这将有三个缺陷:第一,由于数据是个别性的且个别代表着差异,经由数据表达的本案事实,虽与已决案件的事实存在重合,但一定还存在数据差异,此时既可说二者相似,也可说它们完全不同,而后一判断将会彻底否定类比推理的合理性。第二,即使否认这一点,但已决裁判之所以是法律的决定,是因为它从自己的大前提中获得该意义,因此与已决裁判相关的法律,仍将在待决案件中间接扮演大前提的角色,这才是对类比推理的完整理解,但这个间接的大前提却是数据所无法表达的。第三,即使忽略前两个缺陷,由于本案裁判结果原属未知,它不可能以数据方式事先存在,只能来自人类法官对理性的运用,最终实现从已知到未知的创造性跨越。尽管数据所表达的概率或统计也有相当分量,但它们仍只是创造过程的参考因素而已。

(12) 也可这样来理解:所谓一般与个别之间的鸿沟,是指大小前提之间由于存在性质差别,必须通过某种理性的方式在二者之间建立起联系;所谓已知与未知之间的鸿沟,是指必须证明原本未知的结论建立在已知条件的基础上。

(13) 禁止拒绝裁判的原则,主要是一个民事上的基本原则。这是因为,受罪刑法定原则所限,如果在刑事审判中找不到大前提,那么就只能认为该案所涉及的违法行为并不构成犯罪。

(14) 之所以未提及从个别到一般的归纳,是因为其结论的一般性与裁判结果的个别性大相径庭,而不能成为司法的核心技术,只能是辅助性的司法技术。

(15) See O. W. Holmes, *The Path of the Law*, Harvard Law Review, Vol.10:457, p.465-478 (1897).

（二）人工智能的生成性

不过,使得非生成式人工智能只能担任辅助角色的两座高山——从一般到个别的具体化与从已知到未知的创造性,同样横亘在人类法官面前。它们是高耸巍峨的存在而不可轻言越过,人类也需辅以推理或逻辑之类的装备。正是因为涉及逻辑工具的使用,人类法官是否真的成功翻越,经常遭遇“使用不过是掩饰”的种种怀疑,这是法律实践充满争辩性的一个核心原因。⁽¹⁶⁾ 尽管如此,作为唯一的理性生物,人类仍是仅有的可能翻越者,否则就等于置法律纠纷于不顾,那将是更糟糕的局面。

随着生成式人工智能的发明,情形已被改变。从名称上可知,这种以深度学习和大语言模型为核心的人工智能,不但可以理解语言文本的含义,还能自动生成语言文本,这正是它被冠以“生成式”之名的原因。面对那两座司法的巍峨高山,人类不再是唯一的攀登者,人工智能也有了向上攀爬的可能:一方面,深度学习能力使理解一般性大前提成为可能,从一般到个别不再成为障碍;另一方面,文本自动生成能力使创造未知结论成为可能,从而能跨越从已知到未知的天堑。当然会有关于技术可能性的种种论辩:以上这些能力在技术上是真实的,还是只是科学家的夸大其词;或者,由于裁判必然涉及价值判断,人类的推理经常对此束手无策,更何况生成式人工智能;⁽¹⁷⁾ 如此等等。

即使再专业的学者也应保持必要谦逊,不应在不熟悉的领域轻易发言,这同样适用于法学专家。但有一种关于技术的指责,似可合理提出:如果生成过程是个说不清、道不明的“黑箱”,即使生成式人工智能的确创造出裁判结果,但其可信度仍要打上折扣,而有理由认为这显著低于人类法官的创造力。但这种指责的意义其实相当有限。一方面,这已在最低限度上承认,生成式人工智能拥有如同人类一样的创造力,足以与人类法官共同站在司法舞台的中央。另一方面,人类以理性能力运用逻辑工具的推理过程就完全透明吗?人脑不就是另一个同样著名的黑箱吗?这些争辩意在表明,即使推理活动是由特定人类作出的,但也非同属人类的他人所能够完全明了的,⁽¹⁸⁾ 仅要求生成式人工智能完全透明不免成为苛责。

最有力的反驳,或许是“中文房间”的著名思想实验:一个不懂中文的讲英语者,仅仅借助中英文翻译手册,就可对输入的中文问题输出中文答案,但他此时仍处于无法理解中文的认知状态之中。⁽¹⁹⁾ 类似的,即使生成式人工智能的确创造了裁判结果,但它仍可能无法真正理解一般性的大前提,而这才是裁判结果作为法律决定的关键。全力投入这场论辩,既超出了篇幅的许可,也难免不谦逊的指责。但下面这个“写作”的例子,至少可缓解论证压力:既然在讨论生成式人工智能,必须要试探一下它的能力,于是笔者将

(16) See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p.13.

(17) 参见雷磊:《完美的效率还是负责任的正义?——大语言模型时代数字司法的价值反思》,载《东方法学》2025年第4期,第4-16页。

(18) 尤其是从已知到未知的创造过程必须依赖于人类的判断,很难避免将说不清、道不明的神秘因素带进来,这也是逻辑或推理的结果常受质疑的原因。

(19) See David Cole, *The Chinese Room Argument*, in Edward N. Zalta & Uri Nodelman eds., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2026 Edition), at <https://plato.stanford.edu/entries/chinese-room/#Over> (Last visited on August 16, 2025).

文章标题输入 DeepSeek,它随即给出一个附带写作建议的文章框架,这虽不免俗套且与作者的规划差异显著,但仍足以撑起一篇论文。

该例子有双重含义:其一,作为问题输入者与答案接收者,笔者不但知道答案匹配问题,而且还能理解答案本身的意义。这表明,对司法的受众而言——无论当事人还是大众,类似于答案的裁判结果尽管来自人工智能,但其本身始终拥有人类可以理解的意义。其二,假设 DeepSeek 的主事者告诉笔者,为了某种实验目的,该答案其实来自伪装成人工智能的真实人类,他当然理解笔者的问题和他的答案;但笔者此时既无法判断主事者说法的真假,也无法分辨作答的究竟是真实人类还是人工智能,或者到底谁才是真正的理解者。由于这已远超“图灵测试”的要求,不去分辨理解者是人工智能还是人类,或许才是最理性的选择。

(三) 人工智能的显著优势

关于“人脑黑箱”和“写作”的例子一定充满争议,但真正重要的并非它们是否足够真实,而是它们是否可被合理提出。只要能被合理提出,生成式人工智能就可要求被公平对待:这些原本只是提给生成式人工智能的问题,也应同样提给人类。尤其是,一旦承认人工智能是对人类理性能力的模拟,几乎所有对它的批评和指责,将自动成为对人类的批评和指责。但人类之所以创造出人工智能,是因为除了先天带有的人类缺点之外,它还拥有效率之类的明显优点。尤其是在法律领域,这些明显优点甚至会放大成显著优势,生成式人工智能于是有机会成为司法、甚至法律领域的主导者。

除了效率这一常见优点之外,人工智能还可满足司法的一个重要的普遍实践要求:司法裁判应当力求一致,待决案件将要得出的未知结果,不能与已知的同类既有判决差别过大。为此,就必须尽可能统一法律适用,力求做到同案同判,即使这未必是司法的构成性义务,而只是一种道德要求。既有判决必然具备法律渊源的地位,就是对这种实践要求的法律回应方式。尽管由于法律传统的不同,既有判决或者是正式渊源,或者是非正式渊源,但只要它们必然是法律渊源,就自动成为待决案件应当参考的内容,裁判者也就有义务事先知道全部既有裁判。人类法官绝无此种能力,人工智能却可轻易做到,无论是否为生成式的。

除了认知能力的显著优势,还有一个极其强大的理由支持人工智能的主导地位,这就是法治的著名理想。无论怎样理解法治,它都会包含三方面内容:一是存在一种蕴含统治关系的人类共同生活形式,二是这种统治关系主要通过法律实现,三是由法律来实施的统治比人类的统治更好。因此,法治在字面上是法律的统治,而非人的统治。后者则被简称为人治,且普遍被认为是一种坏的统治方式。⁽²⁰⁾但法治有个巨大的困难:尽管法律占据了中心地位,但它依然必须通过具体的人来落实。⁽²¹⁾法治这种“虽在概念上与人治相反,但必须仰赖人来落实”的无解难题,因生成式人工智能的出现,终于有了破解

(20) 其中的一个主要理由,就是人类的大脑是个黑箱,支持人治就等于支持“黑箱”式的统治,因而一定是坏的。

(21) See Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, 2009, p.212.

的曙光。可自动生成结论的人工智能,不但拥有实施统治所必备的作出行为指示的能力,而且它又本非人类,法治这个内蕴关键矛盾的理想立刻有了实现的机会,而成为一种非人类的法律统治。此时,司法上的主导角色,不过是生成式人工智能的法治在司法上派生出来的必然要求。

四、迈向司法裁判的属人性

(一) 独占的主角

经过上述论证,一种由生成式人工智能扮演主角的智慧司法,不但在事实上已经成为可能,而且还获得了法治理想的大力支持,因而被看作人类未来的一部分。受到这个未来景象的号召,各种法律(司法)大语言模型开始频繁推出,与此相关的学术讨论也正如火如荼。⁽²²⁾当然,由于技术本身尚处于进化和完善的阶段,智慧司法仍是愿景大过现实,不免时有“科幻”之类的常见嘲讽。以至于坚定的支持者,也经常只能采取某种貌似公允的混合态度,一边倡导其便利、一边警惕其缺陷,⁽²³⁾或者主张合其两利、避其两害的人机交互方案⁽²⁴⁾。

这种貌似公允的态度表明,支持者所设想的智慧司法,实际上是一种由生成式人工智能与人类共同裁判的司法景象。但这会引起司法体制的设计困局:人工智能与人类在智慧司法中各自的角色究竟为何?是生成式人工智能与人类法官一起组成合议庭,还是由生成式人工智能与人类法官各自组成不同的审判庭,然后任由当事人来选择?或者由生成式人工智能担任独审法官,人类法官以审委会的方式发挥作用,或者完全相反?上诉制度又该怎样设计?初审全部交给人工智能,人类法官主要负责上诉审,或者完全相反?之所以将“完全相反”作为后缀,是因为前面那句话才是人类最容易接受的方案。但无论是哪种情况,都会引出一个根本难题:谁应拥有最终决定权。⁽²⁵⁾这个问题的出现,即已宣告共同裁判之司法景象的破产。

何况,这种共同裁判的前提本就可疑,除非人类与人工智能各自所拥有的既是完全不同的便利,也是完全不同的缺陷,才有理由取长补短。但如果人工智能不过是对人类理性能力的模拟,人类的缺陷也将是人工智能的缺陷,而人工智能的优势却非人类的优势,例如海量的记忆能力以及可以真正满足法治的要求。既然缺陷与人类共有,便利却为人工智能独享,智慧司法将是比人类司法更好的选择。此外,还有一个公认的事实,即

(22) 参见王禄生:《论法律领域对法律大模型的能动塑造》,载《中国法学》2025年第3期;李学尧:《大语言模型应用中的司法偏误与认知干预》,载《政治与法律》2025年第5期。

(23) 参见郑曦:《人工智能技术在司法裁判中的运用及规制》,载《中外法学》2020年第3期。

(24) 参见丁晓东:《人机交互决策下的智慧司法》,载《法律科学》2023年第4期;衣俊霖:《论人机协同审判的信任构建》,载《中国法学》2025年第2期。

(25) 最合理的结果,只能是由人工智能与人类组成合议庭,且存在争议时,按照少数服从多数原则来决定。但在由单数裁判者组成的合议庭中,哪一方应当一开始就占据多数呢?

人类是情感生物,且情感在法律和司法上都是负面因素,所以才有了法治优于人治的理由,也才需要在司法上克服由情感导致的自由裁量。至少到目前为止,人工智能的情感能力尚不显著,这正好是它的优势所在。因此,真正的智慧司法绝非共同裁判,而是生成式人工智能独占主角的更好司法景象。但多数人对此疑虑颇深,其中至少有一种疑虑值得尊重:作为被司法严重影响生活境遇的人类,当知道裁判结果来自人工智能时,就会本能地怀疑自己是否被给予了恰当的对待;但当裁判结果来自人类时,关于对待方式的疑虑立刻消失,所需考虑的只剩下裁判的内容及其得出过程。

(二) 人造物的归属

如果上述疑虑合理,就需仔细思考裁判的属人性。所谓裁判的属人性,是指所有裁判结果均应由人类或人给出,因而必然带有人类或人这样的主语,即它们必须是人类或人的决定。理论上讲,属人性直接关系事物的性质,自然种类事物(自然物)并不拥有属人性,只有人造物才会如此。由于必须被归属给人类,且人类能够赋予价值与意义,人造物就可拥有并传递价值与意义,例如一块心形的钻石成为传递爱意的信物,而不再是单纯作为自然物的矿石。因此,尽管人造物经常拥有物理属性,但对它的准确理解必须参照其非物理的价值与意义,⁽²⁶⁾ 属人性正是这个要求的集中表达。

当然,人造物并不都是由人类直接创造的,例如,由机器生产的背包,由于生产的机器本身也是人造物,它们仍因最终被归属给人类而成为人造物。至于裁判结果,明显是被创造出来的(从已知到未知),当然也是人造物。问题是,当裁判结果来自人工智能时,它作为人造物应被归属给人类还是人工智能?如果还是只能被归属给人类,人工智能不过如同生产背包的机器一样,只能是司法的辅助角色。但当智慧司法要求裁判结果来自且必须被归属给人工智能时,必将得出司法真正且独立的主导者只能是人工智能的结论。

裁判的属人性的意义由此可见:如果属人性才是司法的本质,一个决定之所以是裁判结果,就只能因为它是人类的决定。即使人工智能此时创造了裁判结果,但也如机器制造的背包一样,只能被归属给人类,而非人工智能,所以才成为真正的法律决定。这就是开始所言的“不应当”:即使生成式人工智能有能力给出裁判结果,但也不应当由它来主导司法,真正的主导者只能是人类法官。由于属人性是司法的本质所在,而无关人工智能和人类的各自优缺点,人脑黑箱、法治明显优于人治等人类的不完美,也不再成为质疑人类法官的合适理由。

(三) 作为决定的裁判结果

为什么裁判必须具备属人性,以及为何这在过去很少被谈到?无论答案如何,这都取决于对裁判结果的恰当理解。除了属于人造物外,裁判结果还有一个特殊之处,这可通过比照背包的例子进行说明。背包一旦被创造出来,就立刻成为脱离于人类的独立物。但裁判结果却不可与人类相分离,而是直接体现在对他们处境的影响上:通过案件裁判,

(26) See Kenneth M. Ehrenberg, *The Functions of Law*, Oxford University Press, 2016, p.29-32.

使得某种关于人类的状态,从不确定(缺乏理由支持的未知)到确定(获得理由支持的未知)。这种人类的状态可抽象为规范处境,但也不妨使用“权利义务关系”的常见表达。⁽²⁷⁾通过案件裁判,某种关于人类的未知权利义务关系,由于获得了理由支持而从不确定到确定。由于引起裁判活动的法律事实是个别的,其中的人类应替换成具体的个人,但不应当由此认为裁判只有个案意义。当事人之外的其他人也会受到影响,这至少昭示他人在类似处境中,法律将会给予怎样的对待。任何的个案裁判,将因拥有某种程度的一般性,而与一般性的人类关联起来。

由于必然影响人类的规范处境,案件裁判在性质上就成为一种决定,是一种虽针对个别当事人作出的、但具有一般性的特殊决定。这种特殊决定,以赋予法律效力的方式,将某种权利义务状态最终确定下来。由于决定意味着改变,确权式裁判就被当作反例:某种权利义务状态早就存在(已知),只是等待着司法的最终确认。虽然司法看似只是重申了既有的权利义务状态,但它实际上为该状态提供了全新的法律理由,从而改变了维持这种状态的理由,尽管未同时改变其内容。⁽²⁸⁾这在法律效力上体现得最明显,它使得一种权利义务状态获得了法律的确定,从而拥有法律效力。既然是决定,司法就只能是一种不对称的单向关系,即只能由裁判者对被裁判者单向作出,而不能由被裁判者向裁判者作出。即使事实上存在这种反向行动,那也不是决定,更无法被称作司法。这种不对称的单向关系,使得被裁判者的规范处境、甚至是命运,几乎完全取决于裁判者的意志和言行。因此,一种被称作司法的决定,一方面必须是与人类这种被决定者相匹配的应有对待,另一方面必须是一种根据法律的对待。

五、属人性之一：人类给予人类的对待

(一) 司法的给定条件

裁判的属人性之所以过去很少谈及,是因为它对于司法来说,实在过于理所当然。在智慧司法出现之前,司法有两个基本的给定条件:无论是裁判者还是被裁判者,都只能是人类。尽管司法上有很多争议问题,但均属于人类的给定条件却始终不变,也不会引起有意义的争论。由于人类给予人类的对待成为司法的自明之理,裁判的属人性彻底失去提及的必要。理论讨论与制度设计的焦点,都集中在司法的另一特征上:它必然是一种不对称的单向决定关系。随之产生三类主要的司法问题⁽²⁹⁾:其一,作为决定者的人类法官,应以何种方式对待人类,才称得上真正妥当;其二,该决定需满足何种条件,才能成为法律的对待;其三,由于妥当与法律并不同义,前两个问题的答案经常相互矛盾,该如何

(27) 参见陈景辉:《法律的道德形象:为何有些法律是主要的?》,载《现代法学》2025年第5期,第181页。

(28) See Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, 1999, p.65-69.

(29) 它们以及它们的理论变种,组成了裁判理论必须处理的核心问题。See Larry Alexander & Emily Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge University Press, 2008, p.15-18.

处理这个内在冲突⁽³⁰⁾。司法理论与实践的全部重心,都在于如何融贯回答并恰当处理这些问题。但真正重要的是,要认识到以下关键:这些问题都只围绕“作为决定者的人类法官”的给定条件展开,“作为被决定者的人类”的另一给定条件完全被忽视,但它才是司法的真正根本。

尤其是一旦出现了智慧司法的可能,“作为决定者的人类”的给定条件就将遭受颠覆,司法的基本格局完全改变,裁判不再只能是人类给予人类的对待,而可能是人工智能给予人类的对待。裁判的属人性此时立刻浮出水面,要求获得妥善的回答:将严重影响人类规范处境的司法裁判,完全交由非人类的人工智能来决定,即使这在事实上已经成为可能,但它是应当的吗?立刻会有人反对这种提问方式:单向决定的基本结构并未一同改变,司法的焦点仍需集中在决定者之上,如何处理妥当与法律之间的冲突仍然是真正的关键,这并未因人工智能成为决定者而有所不同。此时,唯一需要考虑的,只剩下原本以人类决定者为核心的理论讨论与制度设计,是否应当针对智慧司法作出相应的修正或补充。

(二) 作为被决定者的人类

这种修补式的说法看似顺理成章,但忽视了早就提醒的关键:“作为被决定者的人类”在理论上极为重要,它才是司法唯一且不变的给定条件,否则将根本不存在人类实践这回事,法律或司法也会彻底失去意义。这表明,即使决定者由人类变成了人工智能,但只要该决定过程仍是司法,所获之结果仍是法律的决定,它们就只能是针对人类实践的,这是法律和司法永远不变的给定条件。既然如此,司法及其决定者就必须与人类实践相匹配,尤其是必须匹配其中必然蕴含的人类属性。

从本质上讲,人类是一种理性的道德生物,所以给予人类的对待,也必须带有理性和道德的色彩。理性的问题前已涉及,以推理的方式决定人类的未来(知),纵然可能有很多的不足,但仍是恰当的做法。现在的关键是道德,它要求对待人类的方式,必然蕴含鲜明的道德意义,这就反向构成对决定者的强烈道德拘束,无论决定者是人类还是人工智能。必须注意,这并不是决定者本身所负担的、与被决定者的性质无关的道德义务。例如,即使动物本身并不必然拥有道德意义,但人类以某种方式对待它们,仍会获得负面评价。这种道德义务直接来自被对待者的性质,作为一种道德生物,人类应当被给予怎样的对待,这本身就是个独立且关键的道德问题。

当然,人类还是自然的一部分,必然受到自然规律的约束,这有时被称作命运或运气,道德并不适于评价命运的安排,最多只能进行以平等为核心的道德补偿。⁽³¹⁾如果命运或运气还人(神)格化了,它就会拥有道德意义,宗教哲学于是将上帝看作道德的来源。除自然规律或上帝这种不可避免的对待外,作为被决定者的人类,还会面对来自其他人类的对待,道德义务必然蕴含其中;这不仅来自作为对待者的人类,更主要是来自作为被

(30) 有两种方式思考这个冲突:其一,由于它们分别是道德问题和法律问题,司法就成为一个法律与道德冲突的场合;其二,由于它们还可被理解为实质与形式的不同,司法又被理解成实质判断与形式推理冲突的场合。

(31) See Kasper Lippert-Rasmussen, *Luck Egalitarianism*, Bloomsbury Academic, 2016, p.1-6.

对待者的人类。尤其是严重影响人类规范处境的司法,必然要求决定者拥有承担道德义务的道德能力,否则就无法匹配被决定者的人类身份。

理解了这一点,就会发生认知上的彻底改变。决定者与决定者均只能由人类担任,它们原本被视为两个相互独立的条件,但实际上却存在派生关系:作为决定者的人类,源自作为被决定者的人类。于是,只有当不损害人类作为被决定者的条件时,人类作为决定者的条件才可以改动;否则,根本不会有所谓的人类实践,自然也就无需法律和司法。因此,司法不应仅被抽象成对待方式的问题,而无论裁判结果究竟是由谁来给出;⁽³²⁾反之,究竟由谁决定才有根本的重要性,人类给予人类的对待随之成为唯一结论,这就是裁判的属人性的核心要义。

一旦智慧司法成真,司法就不再是人类给予人类的对待,而是人工智能给予人类的对待。这要么是将人工智能等同于命运或运气,要么就是在主张人工智能是一种全新的人类,是一种全新的道德生物。至于这后一种可能,取决于主张者认为人工智能在未来将如何发展。如果他们承认人工智能也会像人类一样,有能力成为司法活动的被决定者,而非仅仅只是决定者,并创造出司法和法律所必需的有意义的人类实践,这种主张才真正算得上合理,但这目前仍只属于科幻、而非科学的范畴。否则,他们就会犯下致命的错误,以为司法仅与对待方式有关,彻底忽视司法必须是人类给予人类的对待,最终将危及人类道德生物的地位。

(三) 司法程序内蕴对人类的尊重

司法作为人类给予人类的对待,这在法律上有所表现吗?当然,宪法上的基本权利、民法中的意思自治与法律行为、刑法以自由刑为核心,这些实质的法律内容,只有当被对待者是人类时方有意义。它们分别表明,人类是有能力拥有权利的道德生物,道德生物之间的合意需获得如同法律一样的地位,自由是道德生物最值得珍视的事物之一。但就司法而言,这些法律内容仍不够典型,由于程序才是司法实践的普遍内容,它才是真正的典型之处。

由于存在立法、选举、行政等并不直接关联诉讼的程序,程序与司法并不完全重合,后者必然围绕诉讼(纠纷)展开,所以关于司法的程序才又被统称为诉讼法。此时,有一个意味深长的现象:诉讼法与实体法在种类上并不对称,前者经常只有刑事、民事和行政这三类,但实体法却不限于此。这除了事关部门法的划分之外,更重要的是,这使得只有依循程序的决定过程才足以被称作司法。尽管大部分的实体法必须拥有足够的弹性,以与人类实践的未来发展保持有效的匹配,但所有可能的司法活动仍需被纳入诉讼法的基本框架。这也使得法院这个诉讼专门机关的内部结构,通常根据诉讼法的类型而设计。⁽³³⁾

那么,司法程序或诉讼法的价值和意义是什么?有两类不同的答案⁽³⁴⁾:一类是工具

(32) 前文所言的三类司法问题以及修补式的智慧司法,就是将司法仅等同于对待方式的问题。

(33) 尽管因某些法律(实体法)事务的特殊性而有专门的设置,但这些专门性事务在司法上仍只能被纳入三种诉讼法的基本结构,而不会存在无需程序的司法。

(34) 此处讨论,并不涉及立法、选举、行政等程序,它们可能存在相当不同的答案。

性的价值,即程序会减少裁判者的错误,有助于公正裁判结果的得出;另一类是内在的价值,这主要用以表达对人类的尊重。⁽³⁵⁾ 理论上的主要关节点,在于程序(诉讼)权利是否真实存在。⁽³⁶⁾ 如果程序内蕴着权利,它就不可能只是工具性的,而是作为被对待者的人类,要求被给予恰当对待的特定方式。因此,决定者与被决定者都只有通过程序才能一同进入司法,且被决定者还必须同时拥有程序权利,这些都表明最终的裁判结果,并非只是决定者的个人判断,而必须表达出被决定者也一同参与其中的色彩。这样一来,只有作为被决定者的人类不再只是受审判的对象,而是像决定者一样的共同参与者时,他们才被真正当作人,而非物。⁽³⁷⁾ 简单地说,司法及其所必需的程序,使得人类真正成为有尊严的道德生物。⁽³⁸⁾

只有认识到司法所必须的程序内蕴对人类的尊重,以下具体制度才可充分理解:其一是审判公开。司法所表达的尊重,并不仅限于当事人,而是针对人类实践的所有成员。而且,这还会让所有的人类来一同监督庭上的人类是否被给予了应有的对待。其二是上诉制度。既然司法必须表达对人类的尊重,且人类的尊严是终极价值,司法就必须以充分的方式予以表达。尽管上诉制度带有重复计算的明显理性缺陷,⁽³⁹⁾ 但它仍为充分表达对人类的尊重所必需。其三是司法的终局性。尽管法律带有上诉、抗诉、再审等纠错(监督)机制,但司法本身仍有终局性,即使经常有引起强烈争议的裁判结果出现,但仍不能用其他方式予以替代。无论那些做法有着怎样的明显增益,但都天然带有以不恰当方式对待人类的嫌疑,而无法成为真正的司法。

此时,自然就会出现一个貌似有力的批评:这只能说明被裁判者必须是被时刻予以尊重的人类,但这并未同时说明裁判者必须也得是人类。本文之所以一直使用“人类给予人类的对待”这一完整的表述,就是为了避免引发上述不当联想。如果必须表达对人类的尊重,决定者自然需要具备表达尊重的道德能力,这种道德能力不仅体现在对他人的尊重之上,也同样体现在对身为人类的自己的尊重之上,所以才会得出“自我尊重”这个新的道德概念。⁽⁴⁰⁾ 如果人工智能也可通过程序对人类表达尊重,⁽⁴¹⁾ 并且这个尊重还会恰当地反馈至自身,它们也就成为需要自我尊重的真正道德主体;进而,它们之间也会形成像人类实践一样带有价值与意义的实践。但这已经是完全不同的景象,一种目前还无法脱离科幻指责的景象。

(35) See T.R.S. Allan, *Procedural Fairness and the Duty of Respect*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.18:497, p.497-515 (1998).

(36) See Christopher Heath Wellman, *Procedural Rights*, Legal Theory, Vol.20:286, p.286-306 (2014); N. P. Adams, *Grounding Procedural Rights*, Legal Theory, Vol.25:3, p.3-25 (2019).

(37) See R. A. Duff, *Trials and Punishments*, Cambridge University Press, 1986, p.116-118.

(38) See Jeremy Waldron, *Thoughtfulness and the Rule of Law*, Harvard University Press, 2023, p.76-78.

(39) See Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, 1986, p.57-62.

(40) See Thomas E. Hill, Jr., *Autonomy and Self-Respect*, Cambridge University Press, 1991, p.19-24.

(41) 还有一个已无篇幅继续讨论的话题:程序对于智慧司法仍然是必需的吗?即使如此,它还是主要用以表达对人类的尊重吗?

六、属人性之二：法律给予人类的对待

（一）法律的统治

即使司法必须是一种用以表达尊重的、人类给予人类的对待,但这不见得就只能跟司法和法律有关。不难想象一种充分表达对人类尊重的道德实践,但其中却缺乏法律的因素,更不会有司法。之所以必需法律和司法这种人类给予人类的特殊对待,一定是因为其中有着某种独特的要素,以至于尊重可能会名存实亡。一个明显的理由是,法律所参与的是一种必然涉及不对称决定关系的特殊实践。占据优势地位的决定者可能打着尊重的旗号,给予那些作为被决定者的人类以不适当对待,这就为法律的出现提供了最初的必要性。⁽⁴²⁾

只要承认这种不对称关系是广泛存在的,法律的出现就将成为一个普遍的人类事实。不止于此,法律还必须被看作是一种拥有特殊重要性的事物,即它是在不对称的决定关系之中,唯一可能同时满足尊重人类之要求的事物。即使法律最初很少带有关于尊重的内容,但只要出现了法律,它必然要求决定者需照此行事。这至少以消极方式表达了对人类的尊重,尽管程度相当有限,但比起根本不存在法律的情形而言仍是显著的进步。也只有先存在这个开端,接下来才有理由继续主张法律应以更多的内容或应以更明显的方式表达尊重,法律才逐渐有了今天这副为人熟知的模样,也有了关于法律的各种想象和向往。

在各种想象和向往中,法治一定是最著名和最重要的。于是,一个有法律、但无(或不追求)法治的人类实践,就会被认为存在明显的道德缺陷。既然法治是必须主张的理想,且法治的字面含义又是法律的统治,这就使得人类实践有了以法律为名的属人性,它就必须成为一种由法律来统治的实践,或者一种法律的实践。司法作为法律实践的一部分,也因此有了派生的属人性。它必须被看作是一种法律给予人类的具体对待,其所得出的裁判结果不再只是个决定,而必须是法律的决定。于是,法律之所以必然扮演大前提的角色,不只是由于它拥有一般性,更是因为法律或司法的属人性,它必须覆盖法律实践全部的内容。⁽⁴³⁾

然后就有了公认的难题:法律的统治究竟是一种真正的主张,还是理论家的修辞术?这是因为,统治必须是一种基于能力的行动,所以才有统治行为之类的说法。但徒法不足以自行,法律并非拥有统治能力的主体,只有理性生物才可如此,此时只能借助人类与生俱来的理性能力,作为人类统治人类的法治方始可能。但这仍只是话术,人类作为抽象的种类名称,虽在理论上拥有作出决定的理性能力,但却不能事实性地作出决定,而是必须由具体个人来完成这个任务。如果法治必须借助具体个人的理性能力来落实,法治也就不再是由法律真正实施的统治,只能是由具体个人实施的统治。

(42) 另一种无关道德的解释是拉兹的“天使社会”思想实验。See Joseph Raz, *supra* note 28, 159-160.

(43) 这也是类比推理必须间接参照类案大前提的实质原因。

一旦将这些看法带入对司法的理解,虽然司法必须是一种人类给予人类的对待,但同样由于人类的种类名称属性,真正的决定者只能是作为法官的具体个人,司法就完全成为一种个人给予人类的对待,法律决定的色彩将会显著减退。面对这种情形,生成式人工智能立刻就会受到欢迎。一方面,由于人工智能的生成性,它开始有了作出指示和决定的能力,而这正是统治行为所必须的。另一方面,人工智能更有可能克服个人的偏私与认知不足,尽管有着“幻觉”之类的缺陷,但只要语料库足够好且伴随科技的持续进步,人工智能仍可能是缺陷更少的理性主体。此时,在生成式人工智能的主导下,才有机会克服那种隐藏更深的个人实施统治的缺陷,法律的统治才真正成为可能。⁽⁴⁴⁾将这些优点带回司法,生成式人工智能就应取代作为法官的具体个人,成为司法实践的真正主宰者,裁判的属人性此时不过是痴人说梦。但这种讨论完全未考虑法律人格化的可能,即法律就是一种真正的人,所以拥有了统治所需的各项能力,因此法治的意义其实就是法律的统治的字面含义,即真正的统治者就是法律这种人格化事物。

(二) 司法与法律的人格化

法律的人格化⁽⁴⁵⁾有一些明显的迹象:其一,有为数不少的非人类事物,事实上被人格化了。法人是常见的例子,它在法律上就是真正的人。⁽⁴⁶⁾此外还有作为国际法主体的国家,它们也会宛如人类一样宣称自己是权利的主体。其二,同案同判或统一法律适用,也可作人格化理解,即法律必须是以同一个声音说话且言行一致的真正人类。因此,由法律来真正实施统治的状况,不但是名词化的法治,更是一种“法律的帝国”。⁽⁴⁷⁾其三,由于法律必须是制度化事物,而非一群文件或规范的集合,它就拥有制度化所必需的机关,并透过组成机关的人类官员不断对外宣称自己的道德正当性,而作出道德宣称正是人类才有的能力。⁽⁴⁸⁾

虽然这些仍不足以充分证明法律的人格化,但至少表明这是一种合理的理论构想,尤其是在说明司法的基本属性上,法律人格化更是必备条件。与立法、执法、守法和法律监督一道,司法也被视为法律动态过程的一部分。其中,司法与执法容易混淆,其间的区别成为法理学教材的重要内容。但这些讨论主要是现象描述,要么只能提供程度、而非性质的区别,例如司法的程序性要求明显较执法更高;要么就是同义反复的论证循环,例如一个是司法机关的行动,一个是行政(执法)机关的行动。更值得重视的区别在于前提条件上:司法以纠纷为前提且需当事人提出诉求,因而是被动的;执法无需纠纷这个前提,也不以被请求为介入条件,所以是主动的。但只要承认以下共同点,二者仍无法彻底分开:无论是对司法还是执法而言,法律都是等待被运用的独立标准,因为都属于对法

(44) See Gerald J. Postema, *Law's Rule: The Nature, Value, and Viability of the Rule of Law*, Oxford University Press, 2022, p.301-305.

(45) 参见陈景辉:《法律人思维与法律观点》,载《中国法学》2024年第2期,第199-203页。

(46) 虽然并非完善的人类,例如并不能结婚,但法人却拥有自己的姓名(名称),也可拥有财产,还能进行交易,甚至还会有出生(成立)或死亡(解散)的问题。

(47) See Ronald Dworkin, *supra* note 16, 164-174.

(48) See Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, 1994, p.217.

律的运用,才会有囊括司法的广义执法概念。

一旦无法区分司法与执法,以下常识问题终将无解:为何执法的问题需通过司法来解决,而不能反向操作?这个问题预示着,司法与执法之间存在性质的、而非程度的区别。此时,就需要从各自的完整名称上找到线索:司法即法律的适用,执法是法律的执行。表面上看,它们均可被动语态化,司法是法律的被适用,执法是法律的被执行。但如果二者存在本质区别,这将表明被动语态化可能会犯错误,由于执法的确是法律的被执行,因此错误只可能在于司法是法律的被适用。进而,司法就应作法律在自己适用自己的理解,执法则应作其他机关或主体落实法律要求的理解。因此,一旦执法引起争议,则需交给司法来作最终的判断,但那其实是法律自己的判断。其他并不针对执法的法律适用,同样也是法律自己的判断,这就是司法的终局性。

司法和执法的区别,既不在于表面现象,也不在于所使用的方法,⁽⁴⁹⁾而在于司法是内在于法律的,执法则处在法律之外。于是,司法就成为法律是否存在的标志物,但执法却不具备这个意义。当然,这也使得执法可考虑且必须考虑法律之外的因素,例如当事人的处境、社会观感与未来的可能影响等;但司法最多只将它们当作参考,除非这些因素也是法律的一部分。即使执法机关错误执行了法律,或对某些因素作了不适当的考虑,但只要存在司法就仍可救济,即通过法律自己适用自己来予以纠正。这使得司法和执法的结果虽然都是决定,但裁判结果还是个别规范。⁽⁵⁰⁾一方面,个别规范不同于作为事实的决定,而有着规范才具备的效力属性;另一方面,它又不同于常见的一般性法律规范。

就效力而言,作为个别规范的裁判结果,当然属于法律的一部分,从而获得了法律渊源的身份,成为法律的表现形式之一。⁽⁵¹⁾这就严格不同于执法结果与法律的关系,它们并不拥有这样的身份,且法律始终是独立于执法的外在标准。当然,在表现形式上,这世界上多数的法律均由立法行为创制,并以文字方式表达,⁽⁵²⁾作为个别规范的法律只是其中的一小部分。这是否意味着立法也是法律存在的标志物?这样理解通常没问题,但立法仍不如司法重要。因为司法还代表着法律自己正在作决定,这标志着法律是正在持续表达自己关于某事看法的真正生命体,⁽⁵³⁾这就是法律的人格化。换言之,立法只能表明法律的确存在,但对于它是否是活生生的存在,则无能为力。这也说明了为何对法律来说,司法是极为重要的内容。

于是,司法就只能以法律为名,裁判结果必然是人格化的法律自己所作的决定,而不能归属于任何其他主体,无论是个人、人的联合或者是人工智能。当然,法律仍然是人类

(49) 一个错误示范,可参见 Luís Duarte d'Almeida, *What is it to Apply the Law?*, Law and Philosophy, Vol.40:361, p.361-386 (2021)。

(50) See Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, translated by Anders Wedberg, Harvard University Press, 1945, p.78.

(51) 当然,在某些传统之中,裁判结果如同其他法律规范一样拥有一般效力,但这完全取决于具体法律制度的自我设定,并不像必须被表达为法律渊源一样必然。

(52) 参见卢俊安:《意图是制定法解释的核心吗?——对交流意图论的批判性检视》,载《法制与社会发展》2024年第6期,第204页。

(53) See Joseph Raz, *supra* note 28, 132-141.

实践的参与者,也就是人类给予人类之对待的一部分。不过,由于人类是抽象的种类名称,而必然会被特定的个人具体化,从而当出现个人实施的统治带来的各类危险时,法律就会主张由自己来担任人类实践(人类给予人类的对待)的真正主宰者,于是就有了法治。此时,作为不对称关系中之决定者的个人、人的联合甚至是人工智能,都必须匍匐在法律之下,如同不对称关系中被决定者的人类一样,都不过是人格化法律的子民。

七、属人性之三:个人给予人类的对待

(一) 个人对待及其问题

从现象上讲,司法是一个由已知的个别性法律事实所驱动的,以已知的一般性法律为大前提,得出未知的个别性裁判结果的完整过程。不过,在司法活动中拥有个别性的,并不限于已知的法律事实与未知的裁判结果。由于人类是抽象的种类名称,裁判者只能由具体个人来担任,⁽⁵⁴⁾或者说法官必须是真实的个人。由于真实个人是人类的具体化,这也相当于由人类来担任法官。于是,裁判的第三个属人性,就从人类给予人类的对待中派生出来:具体的裁判结果由作为法官的个人给出,它是属于那个具体个人的。

当只有个人才能担任法官,一个常见难题出现了:由于个人与个人不同,他们在面对相同案件时,很可能作出完全不同的决定,而这似乎与法律给予人类的对待相悖,后者总是带来同案同判、整齐划一的联想。但这本身就是错误的提问方式,同一案件不可能由两(多)个单独的法官同时作出裁判。⁽⁵⁵⁾另一常见难题也有明显缺漏:由不同个人充任的法官,会对类似案件作出并不相同的裁判。其一,类似本来就是不同,不同裁判本属题中应有之义;其二,案件裁判还受制于诸多事实性条件,如当事人的诉求、律师的辩护策略、证人的证言证词等,这使得裁判结果必然相异。

真正的难题是:当同一个人以法官身份面对同一案件时,他受个人因素影响所作的决定,与未受此影响所作的决定,二者存在可以想见的不同。而且,个人法官还会辩称,该受个人因素影响的决定本来就是法律的决定,反而是批评者被个人因素蒙蔽了双眼,才会对此视而不见。此时,很难找到客观的标准来判断究竟是谁受到个人因素的影响。面对这种以个人判断取代法律判断的困境,唯一选择似乎是将具体个人从法官的职位驱离,但这在事实上并不可能。生成式人工智能恰好是完美的替代者,智慧司法由此成为更好的选择。至少,人工智能并不拥有个人因素,而且一旦它们给出了不同的决定,就可以客观地说人工智能出错了,然后只需在算法上迭代或更新。

(二) 个人对待的优点

以上这个难题,其实就是自由裁量的传统司法难题,这将留待本节最后再作处理。

(54) 当然,法律也是抽象的种类名称,所以真正适用于案件的法律也得是具体的法律,例如某个具体的民法规范。

(55) 合议庭虽然由多个法官组成,但仍可被视为由(作为合议庭的)一个法官在审判;并且,原审和上诉审虽然是两个独立的审判,但应被理解成同一个审判的不同阶段。

现在所需要考虑的是,必须由真实的具体个人来充任法官,这相对于人工智能,会有什么明显优势吗?至少有两方面。

其一,当法官是真实的个人,他们既能理解当事人的喜怒哀乐,也能体会自己的决定对他们的影响和意义。表面上看这似乎不可能,因为对于人类的完整描述,除理性生物与道德生物外,还需加上情感生物。正是情感上的不同,一个具体个人才是拥有个(别)性的特殊之人,而能清楚地区别于他人,但这也制造了相互理解的障碍。反而只有依据人工智能也具备的理性能力,似乎才能真正地相互理解。但既然个人拥有理解自己情感的能力,他自然也可将这种能力运用于他人来感同身受。⁽⁵⁶⁾因此,面对吐他人口水的侮辱行为,同样的法官可能对普通人轻罚数百元,而对知名人士重罚数万元,这种数额上的区别,由于对侮辱者的意义大致相同,很少招致同案不同判的批评。简单说,只有个人担任法官,才能真正满足人类给予人类之对待的要求,那是一种以同情理解为中介的对待,是一种对个体尊严、生活处境与情感冲突的切身理解,而这正是理性所无法涵盖的部分。尽管一定会有在此情形中,知名人士与普通人对何种法律对待的(理性)统计,但表达为数字的概率还是无法透露出这究竟意味着什么,⁽⁵⁷⁾只依赖理性能力的人工智能应当就是如此。

其二,涉及责任与归责的问题。严格说来,关于情感能力的讨论仍与真正的个人相去甚远,因为那是人类所普遍拥有的能力,是一个可适配人类的种类名词。而个人的对待指的是目前担任法官的那个人的决定,即法官李四的决定。由于是李四这个具体个人,而非抽象的法官或人类的决定,因果式地使当事人承担了具备法律效力的后果,他也就成为应对此具体负责的那个人,并且这个责任还在性质上是职业性的,这决定了李四是否有资格继续担任法官。但职业责任同时具备道德属性,因此一旦将他从法律职业中驱离,这本身也在表达一种道德上的谴责。

并非任何具体个人都是道德责任的承担者,他必须具备道德能力,所以精神残障者引起严重后果的行为,只能被看作意外事件。这表明道德责任的意义,需同时适用于加害者与受害者,如果这对加害者没有意义,就必须找到具体的意义承担者,例如精神残障者的监护人,动物饲养者与产品生产者。只有如此,责任所蕴含的道德谴责才会通过指向具体个人而有的放矢,受道德谴责的对象才会有悔恨、内疚、不服或愤怒等反应性态度,而这正是情感生物所必需的;这种反应性态度随后会通过同情理解的中介,反向转递回谴责者身上,让他产生释然、宽恕或继续谴责的进一步反应性态度。⁽⁵⁸⁾但仅以理性为基础的人工智能,在道德责任上经常无动于衷,即使有着类似悔恨、内疚的反应性态度,也很难传递到谴责者的身上,从而激发他们的进一步反应性态度。

(56) 甚至对某些道德哲学家来说,道德能力其实就是情感能力,或道德是以情感为基础的。See Mark Schroeder, *Slaves of the Passions*, Oxford University Press, 2007, p.1-23.

(57) 例如,无论是统计(概率)还是人工智能,都无法理解为何一个乐善好施的富人,因别人说他假慈悲而吐人口水,却只会承担区区数百元的罚款。

(58) See P.F. Strawson, *Freedom and Resentment and Other Essays*, Routledge, 2008, p.1-28.

（三）唯一正确答案

现在需处理最后的问题,即个人的对待与法律的对待之间的天然矛盾,这也是常见的自由裁量问题。其中的关键,不在于个人法官的自由裁量是否受法律约束,而在于是否存在不受法律约束的自由裁量。⁽⁵⁹⁾如果司法裁判必须是法律的对待,即使待决案件无法找到适配的大前提,也依然不能说这是一种没有法律的对待,或者个人法官拥有了不受约束的自由裁量。⁽⁶⁰⁾此时,必须考虑法律在内容上的复杂性:其一,在可使用类比推理的情形中,仍存在类似的大前提,且它必然是待决案件裁判的关键;其二,在不可使用类比推理的刑事裁判中,没有大前提就等于无此犯罪;其三,实在法体系必然蕴含宪法这一独特法律,宪法将以最高法的身份来判断那些没有法律根据的裁判是否符合法体系的要求。因此,这些似乎无法可依的判决,仍足以被理解为法律的决定,所以并不存在不受法律限制的自由裁量。

之所以如此,是因为三种属人性之间,仍有轻重缓急之别,个人的对待只是人类的对待的派生物,而人类的对待又与法律的对待关系复杂。一方面,法律的对待服务于人类的对待,如果不存在人类实践,也就无需法律和司法,更无需法律的对待;另一方面,法律的对待又不完全是工具性的,它是一种良好的人类对待的构成性条件。如果只有前一方面,法律的对待与个人的对待均将派生自人类的对待,个人法官就会拥有不受法律限制的自由裁量;但后一方面却表明,法律的对待优先于个人的对待,个人法官的自由裁量必须受到法律的拘束。

认识到这一点,“唯一正确答案”这个关于自由裁量的进一步说法,⁽⁶¹⁾虽看似荒谬、但仍可成立。由于法律的对待优先于个人的对待,在真实的法律实践中,个人法官通过当事人的诉求、律师的辩护策略、证人的证言证词等个案因素,获知了法律事实的基本状况,然后根据他已掌握的法律知识,对裁判结果将会有大致的构想,无论这是否蕴含他自己的好恶。但该构想此时并非真正的裁判结果,他还必须结合法律这个大前提,来证明那就是法律的决定。如果未能做到这一点,他需要在反省的基础上重作构想,最终找到那个能被证明是法律的决定裁判结果。尽管其中仍会有他的好恶,但它已被证明是法律的决定,而成为唯一正确的法律决定。也可这样说,裁判结果的唯一与正确的指向不同,唯一是针对个人法官而言的,正确是针对法律而言的。

八、结 论

人类无疑是一种理性生物,理性是个显而易见的好东西,人类运用理性发明了很多改善生活状况的器物。人工智能(尤其是生成式人工智能)是目前为止人类理性的最

(59) See Aharon Barak, *Judicial Discretion*, Yale University Press, 1989, p.27-35.

(60) See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p.31-39.

(61) See Ronald Dworkin, *No Right Answer?*, New York University Law Review, Vol.53:1, p.1-32 (1978).

佳造物之一,它们不但已能大致模拟人类的理性,且有一些额外的显著优势。但人类生活毕竟是由人类组成的实践,这是一个永远不会改变的基础条件,尽管其中必然存在不对称关系,但它始终得是人类给予人类的对待。为时刻保证这一点,此种对待必须是一种法律给予的对待,这就成为法律的统治或法治的规范基础。同时,又由于人类是个种类概念,作为对待者的人类必然具体化为作为法官的真实个人。这样一来,司法实践必然蕴含三个相关联的属人性:它是人类给予人类的对待,是(人格化)法律给予人类的对待,是个人给予人类的对待。尽管生成式人工智能已有能力创造出裁判结果,但由于它无法满足三重属人性的要求,而不应当成为司法裁判的主角。换言之,任何具体的司法裁判结果,都不能是人工智能给予人类的对待。⁽⁶²⁾即便在日常生活中,“属于谁”的问题也非常重要,所以人们才会关心背包的品牌。裁判结果显然是远比背包更有价值的人造物,它的“品牌”就更值得关心,无论其具体内容如何,都必须获得人类、法律和个人的三重担保,这就是裁判的属人性的全部意义所在。

Abstract: Upon its emergence, Artificial Intelligence (AI) quickly became a popular judicial assistance tool, but it was originally unable to undertake tasks beyond its auxiliary role. However, Generative Artificial Intelligence (GenAI) may break through the limitations of its auxiliary role and have the potential to become a judicial leader like a human judge. This is because GenAI can understand legal requirements and generate decisions in a manner similar to human judges, while also possessing certain advantages that human judges lack. Thus, there exists the possibility of GenAI replacing human beings as judges. Nevertheless, since justice pertains to human practices, it must fulfill three personality requirements: treatment by human upon humans, treatment by law upon humans, and treatment by individuals upon humans. Judicial decisions dominated by GenAI fail to meet these three requirements. Therefore, GenAI cannot replace human judges to become the dominant force in judicial decisions. Instead, it can only play a supporting role within the process.

(责任编辑:赵毅宇)

(62) 因此,那些认为人类可任意选择法官由人类还是人工智能来担任,并将这种选择视为权利或人权的主张,也将缺乏充足的成立理由。See Aziz Z. Huq, *A Right to Human Decision*, Virginia Law Review, Vol.106:611, p.611-688 (2020); John Tasioulas, *Artificial Intelligence, Humanistic Ethics*, Daedalus, Vol.151:232, p.232-243 (2022).