

## 论建构中国自主法学知识体系的本土资源 以中国古代律学的传承与创新为视角

### 前沿观点

何勤华 路培敏

发展法学学科,在当下需要全力构建中国自主法学知识体系。构建中国自主法学知识体系,不仅需要深入研习马克思主义法学基础理论,吸收借鉴世界各国法治发展的成功经验和成果,积极关注、调查、把握和提炼当下中国正在蓬勃发展的中国特色社会主义法治建设实践中所涌现出来的各种热点和难点问题,也需要从中华传统法律文化中发掘优秀的本土资源,其中,最为优秀的可传承利用的本土资源,就是中国古代律学。

#### 中国古代律学之内涵辨析

作为中华传统法律文化中的中国律学知识体系,因其历史悠久、长期积淀,故内涵非常丰富、厚重,不仅构成律学体系之概念术语,还有奠定中国古代律学知识体系之基础的各项原则与制度,促进律学体系化、精致化、科学化的方法,丰富、繁荣律学体系的分支学科等。中国古代律学作为一门学科、一门学术,从开始对律法进行研究,到慢慢形成体系,最后获得学界之一致认可,是一个长期知识积累的进程。

由于律学的内涵受中国古代律学体系的影响,所以显示出鲜明特点:第一,有当时朝廷最高层的指示以

及对法律的制定和实施的看法、理念,这表明了每一本律学作品中都已经贯彻了律学研究的目的是指导思想;第二,君为臣纲,父为子纲和夫为妻纲的“三纲”这一封建正统法律指导思想的“灵魂”得到了充分反映;第三,律学知识体系中的法律注释学技术水平已经达到炉火纯青的程度,不仅对每一条律文,而且对相关的条例也都作出了诠释;第四,为了使执法、司法官吏乃至民众学习、理解、遵守律例,在律的注释中附加了图表和文字说明;第五,中国古代律学的知识体系,通过唐、宋、明的发展,尽管至清代已经达到异常精密周详之程度,但基本上局限于律典之框架体系之内,比较狭窄,有比较大的局限性及内容上的封闭性。

#### 中国古代律学的固有缺陷

自秦汉时期诞生,在魏晋时期获得发展,至隋唐时期达到巅峰,在宋元时期得以延续的中国古代律学,虽然在中国历代律家的努力下,形成了一个比较发达、完备的知识体系,但是具有一些固有的缺陷。其一,中国古代律学受中国古代正统律学世界观的引领和制约,完全服从于皇权政治。其二,道德说教占有重要的比例,中国古代各王朝在法律实施中,突出道德的作用,强调道德教化,是一个普遍的现象。其三,受宗法家族主义影响很大,宗法家族制度经过历代统治者的经营和强化,慢慢融入中华传统法律文化之中,也成为中国古代律学的重要内核,至唐代更是成为法律注释学的基本原则。其四,学科体系和学术体系比较狭窄,主

要局限于对律典的解释层面。其五,刑事比率高,民事比例低。其六,律学教育时断时续,官方教育未能进行到底。其七,由于受法律虚无主义的影响,在统治阶级的心目中,法的地位始终不高,与此相关联,律学在中国古代知识体系中所占比率大小,受到轻视。

#### 中国古代律学的创造性转化与创新性发展

克服中国古代律学的上述缺陷,梳理出它的精华,予以转化与发展,就能在新时代为我国自主法学知识体系的建构提炼出本土资源。具体而言,可以从以下四个方面入手。

第一,建构在法典化基础之上的律学知识体系。中国古代律学所依托的律典化成果,则是可以参考借鉴的重要本土资源。除了对刑法原则进行解读阐述以外,中国古代律学对一系列的法律制度也作出了阐释。这些律典成果、解读和阐述,直到现在对我国法律制度的实施都有重要的参考价值。第二,促进律学体系化、精致化、科学化的方法,包括注释的方法、疏议的方法和比较的方法。第三,以历代刑法志为表现形式的法史学研究。中国自主法学知识体系的构建,必须有历史基础。中国古代律学知识体系中的法史学,就是一个非常重要的历史资源,值得梳理、辨析和借鉴。第四,总结司法鉴定实务经验的法医学,对中国古代法医学知识体系进行创造性转化和创新性发展。

对中国古代律学知识体系进行创造性转化和创新性发展时,必须对这一知识体系的本质属性有一

个清醒的认识。中国古代律学知识体系的经济基础是小农经济,具有狭窄性和封闭性;其政治基础是君主专制、皇权政治,具有保守性和落后性;其文化基础是农耕模式和家族本位,因而缺乏开放性和包容性。当前对中国古代律学知识体系的创造性转化和创新性发展,只能是从这一体系中提炼其精华,为当下构建以自由、民主、人权、法治和开放包容为核心的中国特色社会主义法学知识体系服务。

建构中国自主法学知识体系,需要突出的核心之一就是“自主”二字。以马克思主义的基本原理作为指导,关注、调查、研究和凝练当下中国社会中的法律热点和法治难点问题,是最为基本的途径。与此同时,吸收、借鉴国外先进国家的法治经验和法学知识体系的成果,也是一个重要的途径。因为,任何知识体系的建构都离不开对人类整体文明成果的吸收借鉴。而传承中国古代律学知识体系,无疑是更为直接、更为现实、更为方便的路径。因为,“自主”永远是和“本土”紧密相联的,本土色彩越浓,自主性就越强。当然,这种本土色彩应当是符合人类整体文明的发展步伐和发展方向的,而不能是“逆文明”的走向。中国古代律学知识体系,在古代表世界中具有唯一性,它以其丰富的范畴、厚重的内容、众多的作品、逻辑相连的分支学科、精密周到的律典注释学技术,成为中国自主法学知识体系建构的直接来源以及创造性转化和创新性发展取之不尽、用之不竭的知识宝藏。

(原文刊载于《华东政法大学学报》2024年第2期)



## 论人工智能生成内容的著作权法平等保护

### 前沿话题

徐小奔

坚守人工智能工具论的治理思路,导致大量来源于普通用户的AIGC(人工智能生成内容)无法作为适格的作品参与市场交易。随之而来的是关于AIGC的属性争议以及由此产生的客体识别问题、权利设置问题、权属安排问题、交易规则问题等法律难题。在AIGC与人类作品之间,看重差异性还是强调共同性是理论分歧的根源。笔者主张对AIGC与人类作品给予相同的法律评价,实现著作权法的平等保护。

#### AIGC著作权法平等保护的实践意义

(一)有利于降低法律制度摩擦成本。对于市场主体而言,平等保护在法律效果上实现了无论是AIGC的供给方,还是AIGC的需求方,都可以按照作品创作模式进行交易,这就最大程度地减少了权利识别成本。有观点认为,可以在著作权制度之外为AIGC新设财产权利,并对之实行与普通作品不同的差异化管理。但笔者认为这一观点有待商榷。首先,这些方案的实施依赖于市场中存在AIGC与人类作品泾渭分明的区分市场。其次,应对比作品的著作权保护与AIGC的特别权利保护在权利内容、权属安排、交易规则上是否存在显著差别。

(二)有利于打造统一的著作权交易市场。第一,有利于维持著作权法基本概念的稳定。创作与独创性是著作权法中的基本概念。AIGC著作权法平等保护意味着在著作权法上将人机互动作为一个法律关系整体,并以此为基础认定创作行为,进而判断独创性。这样可以在AIGC与PGC(专业生成内容)、UGC(用户生成内容)之间最大程度地保持独创性标准的统一,维护著作权法概念的内在一致性与稳定性。第二,有利于维持著作权法作品类型的稳定。作品类型为独创性判断提供了具体指向;独创性的判断方式也成为决定作品类型的重要依据。对AIGC进行著作权法平等保护的方案,就是在不同的创作领域,将AIGC划分为相应的作品类型,以与同类作品保持法律概念上的一致。

当下,需要通过著作权法机制对AI使用者进行

制度性激励。在输入端,对于AI使用者(尤其是企业用户)而言,AI技术极大提高了生产效率并降低了生产成本,这是其愿意支付高昂的定制购买AI服务(如个性化的数据训练)的动力之源;在输出端,AI使用者将AIGC作为自己的交易成果进行市场交易的意愿愈发普遍。在许多场合,对AIGC的支配性使用甚至成为AI使用者付费的决定性因素。

#### AIGC著作权法平等保护的规范原理

对著作权归属而言,作者是当然的著作权人,是作品著作权利益分配的逻辑起点。对于作品而言,创作者无疑是最早接触并占有作品的主体。立法者设定了法人作品、委托作品、职务作品、视听作品等规则,将原本需要由创作者与非创作者缔结的合同关系改为由法律直接规定利益转移的效果。这就降低了创作

者与非创作者之间的交易成本,在实现著作人身权法转移的同时还可以避免效率违约的出现,增强投资者获得作品完整利益的确定性。通过法律推理构建的著作权二元主体结构能够简化创作者与非创作者间的法律关系,提高交易效率,维护交易安全。

(三)有利于鼓励标识真实来源并塑造AIGC市场价值。在著作权法上,署名是作者彰显作者身份的首要形式,也是市场中识别作品来源的主要方式。受权利规则的影响,通过署名区分AIGC与人类作品不具有可操作性。由创作者署名还是由非创作者署名,背后遵循的是有利于市场的逻辑。在AIGC著作权法平等保护模式下,AIGC与人类作品不会因署名的差别而受到区别对待,也就避免了不真实署名的道德滑坡。

法律主体除了具有确认利益实体功能外,还存在构建法律关系的法律推理功能,即存在着“作为利益实体的法律主体”与“作为推理要素的形式主体”的区别。分析法学上这种将主体的法律性与道德性相区分、探究纯粹逻辑上的主体功能的主体观,为著作权二元主体结构奠定了理论基础:在原始取得层面,可借由形式主体的法律推理功能实现将包括著作人身权在内的著作权由作者(创作者)向著作权人(非创作者)的转移。

(二)著作权二元主体结构中形式主体法律推理功能的应用。对著作权归属而言,作者是当然的著作权人,是作品著作权利益分配的逻辑起点。对于作品而言,创作者无疑是最早接触并占有作品的主体。立法者设定了法人作品、委托作品、职务作品、视听作品等规则,将原本需要由创作者与非创作者缔结的合同关系改为由法律直接规定利益转移的效果。这就降低了创作

者与非创作者之间的交易成本,在实现著作人身权法转移的同时还可以避免效率违约的出现,增强投资者获得作品完整利益的确定性。通过法律推理构建的著作权二元主体结构能够简化创作者与非创作者间的法律关系,提高交易效率,维护交易安全。

(三)作者与著作权人的分离:著作权二元主体结构的制度表达。为投资者提供创新激励的制度需求催生了著作权法上的二元主体结构——由投资者(非创作主体)原始取得著作权。我国著作权法即采用了著作权二元主体结构的制度设计,表现为作者与著作权人在著作权原始取得上的分离,即通过法律推理实现特殊情况下著作权由创作者向非创作者的原始转移。

AIGC著作权法平等保护的实现机制

(一)以人机互动的法律关系整体作为AIGC独创性的来源。作品版权性的实质标准是独创性。AIGC的个性化表达源自算法黑箱的随机性与不可预见性。可借助形式主体的法律推理功能将人机互动视为一个法律关系整体,以此检验AIGC的独创性。这实际上是将AI背后无数的用户参与和海量的数据训练拟制为一个功能性的创作主体。由此,AIGC作为人机互动整体法律关系下产生的结果而具有了独创性,AIGC也就此成为适格的著作权法客体(作品)并顺利地参与著作权市场交易。

(二)通过法律推理实现著作权由AI向人类转移。由AI使用者原始取得AIGC著作权更契合著作权二元主体结构的规范原理。借鉴二元主体结构的机制,在人机互动关系中,将AI视为作者,AI与AI使用者之间可发生人机合作的共同创作关系或机器受托的委托创作关系;又因为AI只是形式主体而非利益实体,仅在法律关系中发挥法律推理功能,最终将直接发生作品利益向AI使用者集中的效果。AI的作者身份仅发挥法律推理功能,不参与著作利益的分配。

(原文刊载于《中国法学》2024年第1期)



## 电子证据在民事诉讼中的适用性研究

### 前沿关注

刘磊

在当今信息技术高速发展的时代背景下,电子证据在民事诉讼中的应用日益成为法律实践与学术研究的焦点。电子数据的生成、存储和传输已成为日常生活的常态。作为一种新型的证据形式,因其独特的属性和在民事诉讼中的重要性,引发了广泛的讨论和深入的研究。电子证据,包括但不限于电子邮件、社交媒体信息、在线交易记录、数字图片和视频等,由于其易于生成、存储和传输的特点,在诉讼过程中提供了重要的证明功能。

#### 加强电子证据的真实性鉴定

关注电子证据鉴定机制的建立与完善,这个过程的核心在于应用严格的技术标准和程序,目的是有效地验证电子证据的真实性。具体来说,需要制定一系列专门针对电子证据的鉴定规则和标准,为法庭在处理电子证据时提供明确的指引。比如,通过技术手段仔细检查电子文件的创建时间、修改历史和来源等信息。电子证据的生成、存储和传输已成为日常生活的常态。作为一种新型的证据形式,因其独特的属性和在民事诉讼中的重要性,引发了广泛的讨论和深入的研究。电子证据,包括但不限于电子邮件、社交媒体信息、在线交易记录、数字图片和视频等,由于其易于生成、存储和传输的特点,在诉讼过程中提供了重要的证明功能。

明确电子证据的收集和保全规则

需明晰电子证据的采集范畴及其方式。电子证据的搜集必须符合法律所规定的界限与方法,以确保其在法律程序中的合法性与适用性。这一点涵盖对电子证据的类型、来源及获取方式的具体规定。例如,法院应该清楚指明哪类电子数据能够作为证据,如电子邮件、社交网络帖子、在线交易记录等。此外,对于电子证据的搜集方法也应有明确规范。例如,应通过法定程序来获取电子通信记录,从而避免侵犯隐私权或违反数据保护的相关法律。

记录数据变更,为电子证据提供额外保护。同时,设立加密的电子证据存储系统也很重要,防止未经授权访问和数据泄露。

制定电子证据的标准化保存程序。这一程序旨在保证电子证据的保存过程符合法律规定。相关措施包括但不限于对电子证据的存储格式、保存期限以及负责保管的人员作出具体规定。

优化电子证据的法律规则

电子证据在法律上的明确界定和分类。要确保电子证据在民事诉讼中正确使用,其在法律中的定义和范围需明确。目前,电子证据的具体定义和界限在法律文献中还不够清晰,造成了一些实践上的困惑。因此,区分电子证据的各种类型变得非常重要。例如,把通信记录、社交媒体内容和电子交易记录等分开,并为每种类型明确其法律属性和使用场景。这样的分类有助于法官和律师准确评估不同电子证据的相关性和证明价值。

对现行证据规则进行改进,以顺应电子证据的独特属性。考虑到传统证据规则主要是为物理证据设计,在处理电子证据这种更为现代的形式时,往往显示出局限性。因此,对现行证据规则作出适当的调整和完善,以匹配电子证据的特征变得必要。例如,针对电子证据的易变和可复制特性,可以设立专门的证明力评价标准和规则。同时,法律规则还应涵盖对电子证据真实性验证的具体评估方法以及明确电子证据在各种不同情形下的可接受性标准。

通过这些调整,法律体系可以更加有效地适应和利用电子证据。

确立电子证据在民事诉讼中适用的法律框架。明确界定电子证据的适用范围对于其在民事案件中的高效运用极为关键。这涉及规定电子证据在哪些案件和情境下可以作为证明材料使用以及何种情况下电子证据可能不适宜单独使用,需要配合其他形式的证据。

提升法律实务人员对电子证据的认识和应用能力

对法官和律师等法律工作者进行专业培训。这对电子证据的理解和应用至关重要。电子证据在民事诉讼中扮演关键角色,培训应覆盖电子证据的基础知识、分类、搜集和审查方法。这些内容在提升法律工作者对电子证据相关性和证明力的准确判断。通过培训,使他们在案件处理中的效能得以提高。

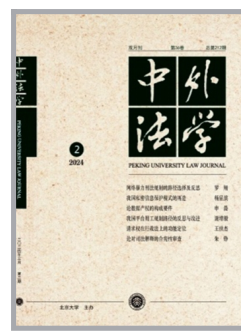
法律工作者需在技术层面提升自身理解和适应能力。随着信息技术的飞速发展,电子证据呈现多样化和复杂性。这就要求法律工作者不仅要深谙法律知识,还应具备必要的技术洞察力。面对涉及数据加密或先进取证技术的案件,法律工作者应掌握这些技术的基本原理和应用方法,以便更加有效地处理和评估相关电子证据。

实践操作中的经验积累对法律工作者而言同样重要。除理论学习和技术理解外,通过实际案例处理来积累经验是不可或缺的。



### 观点新解

## 杨显滨谈我国私密信息保护—— 建立人格利益与财产利益二分保护模式



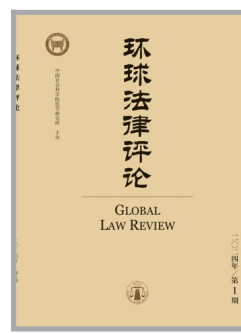
华东政法大学杨显滨在《中外法学》2024年第2期上发表题为《我国私密信息保护模式的再造》的文章中指出:近年来,“个人信息”“隐私”“私密信息”“敏感个人信息”等关键词频繁出现,民法典等相关立法的陆续出台进一步激发了学界的研究热情,其中,作为“个人信息”与“隐私”交叉部分的“私密信息”,因其与“敏感个人信息”存在交叉重合引发法律适用争议而成为学界关注的焦点。

隐私与个人信息区分的关键在于私密信息的归属,私密信息归属的重点在于划定其与敏感个人信息的边界。私密信息归于隐私,则适用隐私权规则;归于敏感个人信息,则适用个人信息保护规则。基于私密信息与敏感个人信息存在交叉重合,私密信息与敏感个人信息难以分清你我,私密信息同时适用,即采用聚合规则保护模式;四是兜底性条款的法律地位,对私密信息没有规定的,适用个人信息保护规则。

在人格要素商业化理论和实践同步发展的当下,应对现有保护模式进行反思,建立人格利益与财产利益二分的新型私密信息保护模式。在人格利益与财产利益二分保护模式下,私密信息保护的法律适用不但可以远离私密信息与敏感个人信息必然二分的纷争,去因因克合规则保护模式奉行法律适用二选一而无法全面保护信息主体权益的弊病,也可以充分发挥隐私权规则和个人信息保护规则的优势。同时,也可以实现与聚合规则保护模式的互动融合,制度优势可见一斑。

二分保护模式的实现应立足于解释论,在分析法定化需求与参考范式的基础上,兼采聚合规则保护模式,以民法典第一千零三十四条第3款为中心对其法定化路径进行具体建构。体现在:一是私密但不敏感的私密信息适用隐私权规则;二是敏感但不私密的个人信息的适用个人信息保护规则;三是既私密又敏感的个人信息的适用隐私权规则,财产利益适用个人信息保护规则。私密信息处理同时侵害人格利益和财产利益的,隐私权规则和个人信息保护规则同时适用,即采用聚合规则保护模式;四是兜底性条款的法律地位,对私密信息没有规定的,适用个人信息保护规则。

## 于洋谈化解规范性文件附带审查制度的实效困境—— 应遵循规范主义进路调整法官裁判思维



上海财经大学法学院于洋在《环球法律评论》2024年第1期上发表题为《规范性文件附带审查制度的实效困境及化解路径》的文章中指出:

为解决长久以来法院审查规范性文件正当性不足的问题,2015年行政诉讼法增加了规范性文件附带审查制度,即公民、法人或者其他组织在对行政行为提起诉讼时,可以附带请求对行政行为所依据的规范性文件进行审查,以期实现监督行政规范性文件、从源头解决纠纷、保障公民权利之目的。

根据相关规定,规范性文件附带审查制度的运行主要包含两个阶段:一是法官对原告的附带审查请求进行审查,以决定是否启动附带审查程序;二是法官对符合启动条件、进入附带审查程序的规范性文件进行全面实质的合法性审查。然而,在司法实践中,规范性文件附带审查制度呈现启动率低、违法认定率低的运行样态。通过案例分析发现,法官倾向采用不予审查、形式审查却实质审查、诉诸法外因素替代合法性审查等方式进行模式回避附带审查规范性文件,引发这一制度的实效困境。

面对规范性文件附带审查制度的实效困境,既需回归该制度的内在属性进行分析,也需考量该制度所处的权力场域等外部因素。通过对这些制约因素进行揭示,将有助于理解法官回避附带审查规范性文件这一实效困境的原因,从而寻求可能的突围方向。

如何激发法官的审查动力,提升规范性文件附带审查制度的实效,无疑是实现该制度设立目的的关键。为化解规范性文件附带审查制度的实效困境,首先,应遵循规范主义进路调整法官裁判思维,遵循规范性文件附带审查制度的规范框架,积极履行审查义务;通过自觉运用方法论避免形式审查;经由法律论证实现法外因素的合理考量。其次,应借助司法管理体制改革激发法官审查动力。需要通过持续性的司法改革改变法院行政化的组织结构,转变“弱激励、强监督”的内部管理方式,实现激励与监督相平衡,激发法官附带审查的动力,提升附带审查制度的运行实效。最后,通过国家权力关系的优化改善法官审判环境。党政机关应当支持与维护法院参与国家治理的方式与运行逻辑;行政机关通过行政自治制度与规范性文件附带审查制度相衔接;借助司法机关的高位推动,共同推进规范性文件附带审查制度的落实。

(赵珊珊 整理)