

[DOI]:10.19685/j.cnki.cn11-2922/n.2021.01.002

智能互联网的法律风险及其立法应对

邢鸿飞,吕汉东

(河海大学 法学院, 南京 211100)

摘要:智能互联网技术的快速发展和应用带来了诸多变革,虚拟社会、人机互动、算法规则使得现行法律制度面临一系列风险和挑战:法律价值上,传统法律正义观难以衡量一些抉择;法律关系上,既有的法律规范无法涵盖和调整一些新权益;法律适用上,司法制度遭遇障碍,等等。出现这些挑战的症结在于现行法律的过度滞后,除了法律天然的滞后性,保守的立法原则和繁复的立法程序也是重要影响因素。因此,有必要确立立法的适度超前原则,探索网络技术标准法律化,促进网络立法智能化,制定网络“基本法”,建立适合智能互联网时代的网络法律体系。

关键词:智能互联网;法律风险;滞后性;网络立法;适度超前性;未来法治

中图分类号:D 901;D 916;D 922.17 **文献标识码:**A **文章编号:**2096-9783(2021)01-0010-09

引言

不论你是否已经做好准备,一个全新的时代——智能互联网时代早已来临。以互联网、大数据、人工智能为核心的智能互联网技术渗透进了人类生活的每个角落,凭借其众多的创新性颠覆,深刻地改造、重塑当今社会,推动了生产方式、生活方式、社会关系、价值观念的全面变革。技术从来都是把双刃剑,智能互联网技术也不例外,在带来进步与福利的同时,也给人类带来了风险与挑战。正像依恩·C·巴隆(Ian C. Ballon)所说:互联网不仅改变了我们的生活方式、商业行为和娱乐方式,还在并将继续改变着我们所实践的法律以及我们实践法律的方式^[1]。从法学角度看这场变革,传统的法律制度和体系面临着一场前所未有的挑战。智能互联网时代传统法律的滞后性凸显是其受到挑战的症结,挑战亦是机遇,针对这种挑战而提出的适度超前立法的应对之策,不仅是对传统法律制度的反思和升级,对时代命题的回应,更是对未来法治的一种有益探索。

一、智能互联网技术引发的法律风险

“这是最好的时代,也是最坏的时代”^[2],用这句话来定性智能互联网时代是再合适不过了。智能互联网是基于物联网技术和智能平台等载体,在人、智能终端、云平台之间进行信息采集、处理、分析、应用的智能化网络,具有高速传输、大数据挖掘和分析、智能感应与应用的综合能力^[3]。一方面,它将带给我们一个更加智能的、便利化的“最好时代”。在大数据、云计算和深度学习技术的催化下,人工智能可以学习人类智慧,模拟人类行为,并以超过人类的工作效率,协助人类解决各种各样的问题,人类智慧的创造力与人工智能的超高效率实现了完美结合。智能互联网对传统产业也进行了一系列变革,大量新兴产业和细分行业相继出现,创造了巨大的经济价值和社会财富。渗透进生活每个角落的智能互联网正在帮助人类创造“万物皆互联,无处不计算”的精准生活。但另一方面,智能互联网也带了风险和挑战,也许我们正处在一个危机四伏、麻烦不断的“最坏时代”。首先,智能互联网打破了时空限制,通过网络将无数个终端点相互连接构成了虚拟的网络社会。然而,这个虚拟社会并不独立,它与现实世界相互交织、难以区分,给

作者简介:邢鸿飞(1963—),男,江苏南京人,教授,博士,研究方向:行政法、公用事业法;

吕汉东(1995—),男,安徽六安人,硕士研究生,研究方向:科技法、行政法。

社会交往和社会秩序带来一系列的问题。其次,随着人工智能技术应用的快速推广,智能机器人逐渐融入人们的现实生活,与人们的日常行为产生诸多不可分割的关系。机器人的“工具”属性逐步淡化,人与机器人的关系不再是单纯的“使用”与“被使用”,集合人类智慧的机器人使“人机关系”变得复杂,这必然会引发关于权利义务关系、法律责任,甚至主体身份等方面的重大法律变革与秩序重建。最后,以算法和数据为核心的智能互联网在给人类带来信息化、数据化、智能化的便利生活的同时,也迫使人类接受了它所制定的一套规则,重构人类社会秩序,但是这套规则是否公正却要打一个大大的问号。

毋庸置疑,智能互联网时代是一个风险社会的时代,风险度高、风险丛生、风险叠加是其显著特征。自1986年社会经典著作《风险社会:新型现代的未来出路》(*Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*)问世以来,“风险”便成为诠释社会变迁绕不开的一个概念,“风险社会”也成为一种理解世界的全新范式。智能互联网时代,人类面临的风险不仅仅是大自然带来的风险,更有现代性的、人为的风险,其中新兴技术带来的风险不容小觑^[4]。智能互联网技术带来的风险实际上是作为工具的技术与人的关系的异化以及由此带来的现代性危机。风险社会的最大特点是人为制造的不确定性,它会冲击、解构甚至撕裂当前的社会关系、社会秩序与社会制度。智能互联网技术对原有社会关系和社会秩序的冲击在所难免,这必然也会冲击着传统法律制度和法律秩序,法学观念、法律制度以及司法体系正面临前所未有的风险与挑战。风险社会的风险核心在于其不可控性和未知性,智能互联网技术给传统法律带来的挑战可能是全面的、未知的^[5],但实践中已初见端倪。以法律价值风险、法律关系风险、法律适用风险作为切入点考察智能互联网技术带来的法律风险,可见一斑。

(一)法律价值风险:传统正义观遭遇困境

正义,是人类古老的话题之一。提到正义,最容

易让人联想到的是1967年伦理学家菲利普·福特(Philippa Foot)提出的“有轨电车难题(Trolley Problem)”^①。面对这类道德两难问题(moral dilemma),不外乎两种选择,一种是道义主义选择,不推胖子,让电车按照原来的轨道运行;一种是功利主义选择,将胖子推下去,用1个人的牺牲换取5个人的生命。在功利主义者看来“能够实现最大多数人的最大幸福才是正义”^[6],但在实践中,法律逐渐倾向于道义主义,最典型的案例莫过于2006年德国宪法法院针对《航空安全法》作出的判决。判决主要涉及以下问题:是否允许击落一架被恐怖分子挟持作为大规模杀伤性武器欲撞向城市中心的飞机?法院对此持否定意见。其判决主要依据飞机上无辜乘客的人性尊严,从而排除了轻易将他们的生命与其他人生命“计量”的可能。

法,是或应当是实现正义的手段,法律最重要的价值在于实现正义^[7]。在智能互联网时代,传统法律正义观必将遭受困境。在自动驾驶汽车上,“有轨电车难题”会演绎出现代版本,系统该如何预设在这两难情形下的选择:保护车内的乘客,还是保护路上的行人?保护年轻人,还是保护老年人?保护多数人,还是保护少数人?或许按照传统的法律正义观,系统可以设定选择保护没有陷入危险的人。但如果双方均处于危险共同体中,从传统法律正义观“生命禁止量化比较”的逻辑出发,不论程序员如何编写代码都是“不正义”的。

代码是预设的,这种预设实际上确定了后面的所有规则。“代码就是法律”^[8],代码决定了什么样的人可以接入什么样的网络,并规定着网络中人与人之间的关系。智能互联网时代法律正义某种程度上需依赖于代码正义去实现。代码的设计者可以被控制,进而代码就可以被操控。因此,规制代码编写的价值偏好和代码的恶意控制是保障代码正义的重要途径,但前提是必须通过法律正义为代码正义提供依据,为程序员编写代码的行为提供规范。如何克服传统正义观的困境在智能网络时代显得尤为重要和紧迫。个人

^①又译为“电车难题”,其大致内容是:你站在天桥上,看到有一台刹车损坏的电车。在轨道前方,有五个正在工作的工人,他们不知道电车向他们冲来。一个体重很重的路人,正站在你身边,你发现他的巨大体形与重量,正好可以挡住电车,让电车出轨,不至于撞上那五个工人。你是否应该动手,把这个很胖的路人从天桥上推落,以拯救那五个工人,还是应该坐视电车撞上那五个工人?

可以选择“逃避自由”^②,法学研究可以不进行价值判断,但法律必须定分止争,为人们预测自己的行为后果提供依据。针对自动驾驶的“电车难题”,不论是理论上,德国学者埃里克·希尔根多夫(Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf)提出的“不法分级”^③,还是实践中,英国保险公司 Adrian Flux 尝试的自动驾驶保险责任制度等,均需要在立法中予以认可。

(二)法律关系风险:新权益难以涵盖

数据和算法是智能互联网技术的核心,智能互联网的发展离不开大数据。从人工智能的技术原理来看,大数据分析系统是其核心技术,拥有数据的多少很大程度上决定了人工智能功能的强弱,人工智能的发展需要大量来自不同主体的数据作为支撑,数据的抓取和利用在人工智能技术发展过程中无时不在^④。围绕着“大数据”至少能够产生三类新型权益。

1. 人格类权利

大数据不仅记载了过去和现在我们所做的一切,并能够在分析这些数据的基础上准确地预测我们的未来。生活在现代社会的人无时无刻不在“裸奔”,我们的一切都有可能被“监视”,“淘宝监视我们的购物经历,百度监视着我们的网络搜索偏好,而微信似乎什么都知道,不仅窃听到了我们心中的‘TA’,还有我们的社交关系网”^⑤。智能互联网不仅收集个人数据,还对这些数据进行分析、处理,并在此基础上开发出各种产品。伴随着大数据技术的高速发展和应用,诸如访问权、被遗忘权、免受自动化决策等人格类权利急速迸发,越来越受到社会公众的关注,但现有法律却无法将其涵盖或完全涵盖,由此引发的新型社会关系也难以调整。

2. 数据产权

作为市场经济运行的基本要求——产权明晰,在智能互联网时代备受挑战。伴随着智能互联网中数据应用价值的逐渐增长,数据产权主体与权利属性的明晰越来越受到社会的关注,规范数据移转和利用的呼声日益高涨。因此,解决数据产权问题是智能互联网发展进程中无法回避的问题。从占有方式来看,智

能互联网应用中的数据有三类,即个人所有、私组织所有和公共机构管理。有观点认为:谁的数据即归谁所有,没有主体指向的数据则是一种公共资源^⑥。但实质上,作为数据的“所有者”,往往会因为无法掌握作为基础的信息技术,实际上无法掌控信息且无法施加影响。数据是没有实体的,占有和转移均是无形的,同时也缺乏有效的权属凭证。因此,数据产权有其独特的不同于传统产权的内涵和外延,用传统的财产权、物权或者债权保护方式显然不合适,必须寻求对其实施管理和保护的特别模式。

3. 衍生的“知识产权”

智能互联网会在收集、储存原始数据的基础上对其进行加工处理,进而形成衍生数据。一方面,人工智能利用大数据创作音乐、诗歌、绘画等。例如,微软公司的人工智能产品“小冰”出版的人工智能诗集《阳光失了玻璃窗》,日本东京大学研发的自动作曲系统 Orpheus 创作的歌曲等。如果这些图画、稿件和诗歌等由人工智能生成的事实没有被披露,人们往往不会怀疑其非人类所创作^⑦。这就带来一系列问题:人工智能生成的内容是否构成受知识产权法保护的“作品”?如果受保护的话,知识产权的所有者是谁?是人工智能的设计者、生产者、所有者,还是人工智能自身?另一方面,人工智能进行创作是一个利用大数据深度学习的过程,收集、储存的这些数据本身就包含大量的知识产权,在创作过程中可能会侵犯他人的知识产权。但侵权的结果由谁负责、如何负责又成了难题。在腾讯起诉“网贷之家”侵害著作权及不正当竞争纠纷一案^⑧中,深圳市南山区法院认为腾讯公司的 Dreamwriter 软件生成的文章具有一定的独创性,是原告腾讯公司主持创造的法人作品。尽管这个判例具有一定的开创性,但我国现行法律中还没有人工智能生成物是否具有知识产权的说明。因此,一方面该判决是否能够经受住实践的考验尚且是个未知数;另一方面,实践中的情况远比判例中的要复杂,其可操作性仍然缺乏。有必要在此类问题大规模涌现之前,通过立法加以明确和细化,以便更好地保护人

② “逃避自由”的概念由社会心理学家艾瑞克·弗洛姆提出,主要是指现代人获得自由后,却又逃离自由决策的异化心理。

③ 不法分级是指根据行为人是否履行降低损害原则,对其不法程度进行分级,这意味着尽可能少的危及或者夺走无辜者的生命的导向。

④ 广东省深圳市南山区人民法院(2019)粤0305民初14010号民事判决书。

工智能生成物,维护各方的合法权益。

(三)法律适用风险:司法制度面临障碍

智能互联网时代的司法制度面临前所未有的新情况,针对这些新情况,现行司法审判手段明显“力不从心”。

1. 法律适用出现真空

法律的真空会导致司法活动因失去法律依据而难以开展。以网络抢票软件为例,抢票软件本质上和传统的倒卖车票行为没有区别,只不过是其利用了互联网手段而已。抢票软件确实造成了购票秩序的混乱,这就好比正常购票队伍中突然有人插队加塞,严重损害了购票的公平性,损害了公众的利益,并且抢票软件还损害了车票分配的公平、公正。铁路部门规定,不具备资质的单位和个人以非法牟利为目的,倒卖铁路客票,由公安机关依法给予治安管理处罚;构成犯罪的,追究刑事责任。但网络抢票软件因缺少法律的规制成了一个灰色地带,执法和司法活动也因缺少依据而显得无能为力。

2. 罪名认定存在类推风险

一些建立在互联网上的犯罪行为难以用传统罪名予以追究。虽然司法实践中常常通过解释法条的方法,试图让原有罪名涵盖新的犯罪行为,但此举往往陷入“以扩张之名,行类推之实”的危险境地。2017年6月20日,杭州市余杭区人民法院审理了我国首例刷单炒信案件^⑤,以非法经营罪判处被告李某有期徒刑5年6个月。判决结果一出便引起了热议,以非法经营罪评价李某的刷单炒信是否合适成为社会讨论的焦点。

3. 因果关系判断出现问题

智能互联网的信息化、数据化等特性也导致了行为表现、因果关系、证据链条、管辖范围的复杂化。例如,因果关系的认定。如果将人工智能视为工具和手段,人工智能系统的指令、机器人的行为完全依附于人类的意志,将人工智能的行为归因、归责于生产者和使用者无可厚非。但通过深度学习,导致人工智能行为产生变化很可能是人工智能开发者无法预测和掌控的。人工智能具有独立的自由意志不是科幻小说家的想象,实践中已经出现了相应的表征^[13]。例

如,微软曾推出的人工智能聊天机器人Tay在没有系统事先设定和人类行为指令的情况下,通过深度学习,不到24小时便爆出大量反犹太人、性别歧视、种族歧视的言论,迫使微软不得不将其暂时下线。智能机器人的行为不完全依赖系统的代码设计和人的指令,行为后果也就与生产者和使用者没有直接因果关系,此时就会陷入将人工智能侵权结果归责于个人不妥,归责于机器显然没有说服力的两难境地。

4. 案件无法有效管辖

传统的地域管辖和级别管辖在针对网络空间的大数据犯罪时就无法形成有效的管辖。在智能互联网中,划分区域的标准是IP地址和域名,地域疆界已经被瓦解,只要软件和硬件技术允许,互联网用户就可以在世界任何一个地方登录任何一个国家的网站^[14]。实践中,利用智能互联网跨境犯罪已经呈现出一种常态化。相当一部分的犯罪嫌疑人隐匿境外,涉案的证据大多甚至全部是电子证据,分散存储在境内外的计算机服务器中,导致案件取证、侦破难度大,犯罪嫌疑人难以抓捕归案,最终能够进入司法程序的案件数量有限^[15]。

智能互联网时代带给法律的挑战是空前的,尽管稳定是法律固有的本分,但面对瞬息万变、颠覆创新的智能互联网技术发展、变革,容不得我们守成待毙^[16]。正视并积极应对智能互联网技术给现行法律带来的挑战和风险是我们的唯一选择,正如霍姆斯所言:“在法律的故纸堆里皓首穷经之人或许眼下大行其道,运用统计学之人以及经济学的行家里手则能引领未来”^[17]。

二、法律滞后性凸显的制度症结

与高速发展的智能互联网技术相比,传统法律的滞后性显得尤为突出,这也是智能互联网时代传统法律制度面临挑战的症结。

(一)法律具有天然的滞后性

在马克思主义法学看来,法的本质是由特定的社会物质条件决定的,法是特定社会关系的调节器。“从一般意义上来讲,社会变化要比法律变化快的多”^[18]。

^⑤ 杭州市余杭区人民法院(2016)浙0110刑初00726号刑事判决书。

因此,法律只能伴随着社会的发展而发展,滞后性由此决定。汉斯·摩根索(Hans Morgenthau)曾指出,“经由法律制度规定的某种特定的现状会得到稳定和永存”,而且由于法院是制度的主要工具,所以“他们一定是作为这种现状的代理人行事的”^[19]。尽管汉斯·摩根索的观点忽视了法律与社会之间的互动关系,但却揭示了一个重要的道理,法律是一种不可朝令夕改的规则,滞后性深植于法律的本性之中。

(二)立法观念的保守

虽然我们不可否认法律天然的滞后性,但是也不得不承认智能互联网时代法律滞后性凸显离不开人为因素的影响。法社会学家尼克拉斯·卢曼(Niklas Luhmann)在研究应对风险社会带来的挑战时指出,“法律使规范性期望稳定化的功能远超调解冲突概念所能把握的内涵”^[20],也就是说,法律的功能不仅仅在于调整矛盾纠纷,更在于应对风险。从我国立法实践来看,过去我国立法时侧重于强调法律解决纠纷的功能,总是亦步亦趋,针对已经发生的问题进行立法。虽然这样更具有针对性,但法律一般不能溯及既往,难免陷入被动的局面。于志刚教授曾指出,在几乎所有的法学学科之中,关于网络法学的研究基本上都是由青年学者,甚至是青年学子完成的,导致此种现象的根本原因,是两代学人之间对于技术和网络的接纳程度的差异^[21],这一原因也影响着立法活动。除了对技术接纳程度的差异之外,强调立法可操作性的“成熟一部,制定一部”的传统立法原则,也是导致法律滞后性凸显的重要因素。我国有学者极力推崇将这一原则适用于网络立法领域,主张:“网络法律制度应当具有可操作性,不可以只是宣言性的,不仅要对权利和义务关系进行确认,还要设定具体可行的救济措施与途径。如果不这样,就会丧失法律的规范性、可操作性价值,演变为空谈和口号,甚至会损害法律的尊严。因此,凡是技术手段尚未实现的,就不要急于制定法律规范”^[22]。然而,技术的发展和更迭往往会超过人类的想象,网络法律规范的立法时机何时到来难以衡量。如果网络立法依然固守传统思维,等风险转变为现实危险后才考虑立法问题,就会陷入“不成熟不立法,不立法更不成熟”的困境。

(三)立法程序的繁复

与法治相对发达的西方国家相比,我国的立法程

序并不算繁复,其合理性应予以肯定,但在智能互联网时代,这种即便不过于繁复的立法程序,也变成了一种妨碍法治进步的桎梏,造成了网络立法的严重滞后。按照全国人大常委会现有的立法程序,一部法律要想通过颁行,至少需要3次上会审议,现有记录中最快的立法周期是2年,一般都需要3~5年。如《公司法》从起草到颁布先后经过了15年,《商业银行法》通过用了10年的时间^[23]。根据“摩尔定律”,智能互联网等高新技术的更新周期是2年,技术2年便换代,以这样的立法程序进行网络立法,结局只能是新的法律规则的生效就意味着其实质意义上的过时。在网络犯罪立法中类似的情况频频出现,经过复杂冗长的立法程序,好不容易可以对某种网络行为进行法律规制时,却发现该种行为在网络上早已销声匿迹了,取而代之的是某种新型的、法律尚未关注的行为。虽然相较于立法,我国的政策性文件、行政命令出台的速度快很多,但如果如果没有法律,单纯依靠这些零散的行政命令,显然会给网络法律制度带来危害。

法律天然的滞后性是不可消弭的,但面对智能互联网时代法律滞后性凸显的问题,我们却可以通过减少人为因素的影响来尽量减少这种滞后性。在智能互联网时代,提出适度超前的网络立法设想是必要且切合实际的。适度超前性应该作为智能互联网立法的一项原则,贯穿网络立法始终。

三、适度超前性原则指引下的网络立法

事实上,网络立法的适度超前原则在“网络法”诞生之初就已经被间接提出。1996年发生在美国芝加哥大学的“马法之议”,在激烈地讨论网络法的地位时,实际上已经提出了“网络法的超前性”的理念。“马法之议”在当时叫“网络空间法研讨会”,尽管与会的大多数法律专家学者尚不知道“网络是何物”、“网络有法无法”,却济济一堂共谋网络法的百年大计。虽然时任美国联邦上诉法院法官的弗兰克·伊斯特布鲁克(Frank Easterbrook)否认了网络法的独立地位,抛出了“马法非法”^[24]的爆炸性观点。毋庸讳言,关于网络法是否能够独立的争议,在世界各国并没有因“马法非法”的断言而平息,相反“马法之议”所带来的网络法的超前性对智能互联网立法却有重要的指导意义。应对智能互联网立法的过度滞后性给传统法律

带来的挑战,适度超前立法可能不是最好的方法,但应该是最有效的举措。在试图寻找最佳方案之前,我们更应该直面现实和未来,思考如何在适度超前性原则的指引下进行智能互联网立法。

(一)探索技术标准的法律化

建立在代码设计基础上的网络形成了一套属于自己的架构,内嵌于代码中的技术规则实质上控制着接入互联网中的个体的行为。网络社会技术治理已经成为客观现实,这就促进了网络绝对主权思想和网络无政府主义的兴起。在网络无政府主义者看来,“网络是不需要法律的”。约翰·P·巴洛(John P. Barlow)在《网络空间独立宣言》(*A Declaration of Independence of Cyberspace*)中宣称:“你们不了解我们的文化和伦理,或者我们不成文的法典(编码)——与你们的任何强制性法律相比,它们能够使我们的社会更加有序”^[25]。虽然约翰·P·巴洛认为网络不需要法律,但却无法否认网络空间应受规则的约束。“网络空间(Cyberspace)”一词本意是指控制,而非指自由。技术标准是网络空间无法回避的人为规则。网络技术标准是保证网络顺利运行的标准化协议,适用于所有与因特网相连接的网络。从来源上看,网络技术标准并非是由某一个国家的政府或政府间国际组织制定的。1986年,在拉里·罗伯茨(Larry Roberts)、罗伯特·卡恩(Robert Kahn)、文特·瑟夫(Vint Cerf)、约翰·波斯特尔(John Postel)和大卫·克拉克(David Clark)等互联网工程先驱们的不懈努力之下,负责制定互联网技术标准的机构——国际互联网工程任务组(Internet Engineering Task Force,简称IETF)正式成立,这标志着网络技术治理模式的正式确立^[26]。随后,万维网联盟(W3C)、国际标准化组织(ISO)、国际电讯联盟(ITU)、美国电器和电子工程师协会(IEEE)等组织的参与使得网络技术标准更加全面,技术治理模式更加成熟^[27]。网络技术标准具有很强的实际执行力,因为不遵守这些规则,就有可能无法进入网络世界。相较于法律治理,技术治理在网络社会中更具有优越性。

显而易见,技术治理并不能取代法律治理发挥作用。技术治理遵循的是自我偏好的逻辑,法律治理遵循的是社会共识的逻辑;技术治理遵循的是分权逻辑,法律治理遵循的是集权逻辑;技术治理遵循的是效率的逻辑,法律治理遵循的是权利的逻辑;技术治

理遵循自律的逻辑,法律治理遵循他律的逻辑^[28]。单纯依靠技术治理,不仅会因缺少国家强制力作为保障,使得技术规则难以推行,而且很难防止设计者、开发商为了追求自身利益,通过技术优势,在网络技术治理中设置自我偏好和利益。但是,将法律治理和技术治理相结合,让网络技术标准与法律进行良性的互动就能达到完美的效果。一方面,利用法律蕴含的价值导向和法律治理的相关手段可以对技术治理进行归化,防止技术治理助力以技术优势垄断信息权力;另一方面,技术治理能够促进法律治理的结构、边界和治理手段的调整,为其提供不竭的动力和持续的约束力。从“代码即法律”转向“法律即代码”,不仅解决了网络技术标准的弊端,而且很大程度上减少了网络立法的滞后性。

(二)促进网络立法的智能化

智能互联网时代立法面临着变革,这些变革反过来又要求立法工作与智能互联网技术深度融合,利用智能互联网实现科学立法、民主立法,适度超前立法。

1. 利用大数据分析发现需要通过立法解决的问题

避免法律真空是智能互联网立法的重要目的。智能互联网时代,“无处不计算”,从发现问题,到提出相应的解决方案,再到预测以后将要发生的结果,都有可能借助智能互联网技术来实现^[29]。立法是一项发现问题、分析问题、制定规则应对问题,达到有效治理目标的工作。如何发现真正的问题、把握问题的实质是立法者们面临的难题。在智能互联网时代,这些难题可以由智能互联网解决。立法可以被计算,问题可以通过大数据分析被发现,部分立法决策也可以由智能互联网做出。利用智能互联网和大数据分析技术可以及时发现问题、预测未来,在此基础上进行适度超前立法,能够最大程度地规避立法滞后性,提高网络法律的针对性和实效性。

2. 通过大数据提高立法的精细化、民主化程度

减少法律的滞后性是智能互联网立法的重要价值取向。通过大数据和算法可以针对差异化的权益关系进行精细化立法,立法者可以最大限度的将权利与义务在法律条文中写清楚,增强法律的可操作性和可执行性,让守法成本和执法成本尽可能的降低。利用大数据进行立法还可以发挥“众智”的力量,让大众解决自己的问题。在智能互联网时代,只要立法者有

这个意愿,几乎所有人都可以参与到立法、修改和完善法律的过程中来,公民可以通过网络表达立法诉求,针对法律运行中出现的问题提出自己的意见和建议。立法者在采集、分析、处理这些“众智”成果的基础上再进行立法、修法,完善法律,以此来减少法律的滞后性和不适应性。

(三)制定网络“基本法”

适度超前立法面临一个难题:如何把握“度”?即一方面如何能够最大程度的减少立法的滞后性,发挥超前立法的效果;另一方面怎样提高法律的适用性,避免法律被弃用,降低过度超前造成的立法资源浪费。不可避免的是,现实中存在着一定数量的法律规范在实践中得不到应用,造成立法资源的浪费。超前立法在应对风险的同时,极有可能将这种浪费加剧。所以在进行超前立法之前,立法者必须进行这样一番比较:与风险发生后的治理成本相比,超前立法更加经济,其带来的负面影响甚至是微不足道的。应对这一问题最好的办法就是制定一部网络“基本法”。

作为网络“基本法”,一方面,它需要吸收一定的伦理规范。伦理规范对社会关系的调整具有先导作用。相较于以现实生活为基础生成的、制定过程繁复、处于滞后境地的法律规范,伦理规范可以先知和预设,及时对已经产生变化或者可能变化的社会关系做出反映^[30]。纵观全球,对智能互联网的伦理研究一般早于立法研究,如欧洲机器人研究网络(EURON)发布的《机器人伦理学路线图》,韩国工商能源部的《机器人伦理宪章》。一些国家的人工智能研究机构内部设立了伦理委员会,来自不同机构和学科的专家基于共同的理念结成人工智能伦理社群,智能互联网公司在业界发起并联合成立了道德委员会,提出了智能互联网开发和应用的一系列原则、信条和伦理标准。我国2017年颁布实施的《新一代人工智能发展规划》亦明确提出,要围绕人工智能展开行为科学和伦理等相关问题的研究,推进人工智能产品研发设计人员道德规范和行为守则的制定,逐步建立伦理道德多层次判断结构及人机协作的伦理框架。实践证明,伦理规范可转化为法律规范,实现道德的法律化,同时可以为后续法治建设提供重要法律渊源,实现立法的超前性。

另一方面,网络“基本法”应当是框架性法规(Rahmenordnung),其条文多是宣示性的。网络“基本

法”的目的不在于针对具体问题的可操作性,而在于为网络立法提供宏观的指引。相较于我国,美国的网络立法汗牛充栋,从联邦法到州法,从成文法到判例法,涵盖了网络交易、网络电子签名与认证、网络隐私、网络知识产权、网络信息安全、网络犯罪实体和程序法等各个领域,美国似乎已织就了一套密集的网络法律体系。但实际上美国网络法的适用性不强,大部分网络法律并不会被使用。正如富勒(Lon Fuller)所言“制定模糊不清、支离破碎的法律,也是危害法治的”^[31]。那种针对已经发生的问题采取“兵来将挡,水来土掩”的立法理念势必会造成立法内容的碎片化。缺乏全局性、整体性和关联性的立法,导致立法新增和修改的内容只能解决个别或某一类特定的问题,无法解决一些具有共性的和潜在性的问题^[32]。没有基本法统领的碎片化立法,往往在造成法律规定重合交叉,增加司法适用难度,导致部分法律被弃用的同时,也会因没有基本原则的统领而导致法律漏洞难以填补。缺少一部宣示性的基本法作为统领而造成的立法碎片化是导致美国网络法陷入窘境的主要原因。宣示性的好处还在于能够为后续的立法提供原则和指引,避免过度超前或者达不到实际效果,这在我国《网络安全法》中已经得到了一定程度的彰显。我国《网络安全法》通过一些宣示性条款为后续的网络立法、自主规制、行业标准的制定提供了原则和指引。例如根据《网络安全法》第三十三条第一款的规定,国家对关键信息基础设施实行重点保护,但对于关键信息基础设施的具体范围以及如何对其进行保护则需要国务院出台相关的规定。

“法律必须把它的一部分归于过去、归于现在,并且要预见将来”^[33]。智能互联网方兴未艾,相关技术和产业还有很大的发展空间,需要对其进行一定的激励和引导,同时也要避免过度规制打压研究者、企业的积极性和能动性,阻碍智能互联网的发展。因此,必须为智能互联网发展预留法律空间,允许其存在错误并及时纠正错误。吸收伦理规范和具有框架性特点的网络基本法,具有最大的弹性,能够针对智能互联网的发展实际做出相应的调整,硬法、软法兼施,治理手段多模态化,为智能互联网发展提供充足的法律空间和制度安排。

结 语

智能互联网的迅猛发展带来了众多的变革,也给传统的法律制度造成了空前的冲击,既有的法学观念、法律制度和司法体系正面临着前所未有的挑战。传统的法律正义观在自动驾驶技术面前遭遇困境,大数据技术的应用产生了一系列新的权益,法律的真空使得司法活动失去依据,传统司法制度难以适应新情况,出现这一系列挑战的症结在于智能互联网时代法律所凸显的滞后性。虽然法律天然具有滞后性,但人为的因素却导致了滞后性的加剧,传统的立法观念和原则以及繁复的立法程序在智能互联网时代已经显得捉襟见肘。应对日益凸显的滞后性,倡导适度超前立法势在必行。只有制定网络基本法,探索网络技术标准法律化,利用大数据和算法促进立法的智能化,才能更好地应对挑战。智能互联网技术打破了时空限制,实现了跨越国界的互联互通。一方面,国家主权在网络上得以延伸,超出了原有的物理空间,即领土的限制,相应地,一国的法律必须向其主权范围扩展。另一方面,智能互联网发展带来的相关利益、风险和不确定性也会产生跨越国界的连锁反应。因此,智能互联网社会的治理应该是全球性的,不可能仅仅局限于某一国的范围内。我国《新一代人工智能发展规划》特别指出,要积极参与人工智能全球治理,深化有关法律法规、国际规则等方面的国际合作,共同应对全球性挑战。挑战亦是机遇,适度超前的网络立法不仅能为生活在智能互联网时代的公民提供行为准则,更能进行法律输出,主导智能互联网时代的国际规则,抢占未来法治的先机。

参考文献:

- [1] [美]依恩·C·巴隆著:《电子商务与互联网法》[M],张平,译.北京:中国方正出版社2005:1.
- [2] [英]查尔斯·狄更斯.双城记[M].石永礼等,译.北京:人民文学出版社,2004:1.
- [3] 史忠植,董明楷,蒋运承,等.智能互联网[J].计算机科学,2003(9):1-10.
- [4] 刘志强,方琨.论人工智能行为法律因果关系认定[J].学术界,2018(12):76-92.
- [5] 徐翕明.网络时代刑事立法:理念转型与规范调整[J].新疆大学学报(哲学·人文社会科学版),2020,48(1):31-38.
- [6] Bentham, Codification proposal, in: The Works of Jeremy Bentham, Bd.IV, New Yourk1962 ,S.535 ff.
- [7] 张文显主编.法理学[M].北京:高等教育出版社、北京大学出版社,2011:273.
- [8] [美]劳伦斯·莱斯格.代码2.0:网络空间中的法律[M].李旭、沈伟伟,译.北京:清华大学出版社,2009:6.
- [9] 王利明.人工智能时代对民法学的新挑战[J].东方法学,2018(3):4-9.
- [10] [英]维克托·迈尔-舍恩伯格.大数据时代[M].盛杨燕等,译,杭州:浙江人民出版社,2012:193.
- [11] 吴晓灵.大数据应用:不能以牺牲个人数据财产权为代价[J].清华金融评论,2016(10):16.
- [12] 王迁.如何研究新技术对法律制度提出的问题?——以研究人工智能对知识产权制度的影响为例[J].东方法学,2019(5):20-27.
- [13] 季卫东.人工智能开发的理念、法律以及政策[J].东方法学,2019(5):4-13.
- [14] 张平.互联网法律规制的若干问题探讨[J].知识产权,2012(8):2-16.
- [15] 皮勇.论新型网络犯罪立法及其适用[J].中国社会科学,2018(10):126-207.
- [16] 马长山.智能互联网时代的法律变革[J].法学研究,2018,40(4):20-38.
- [17] 霍姆斯,姚远.法律之道[J].厦门大学法律评论,2015(2):156-173.
- [18] Hary W. Jones, "The Greative Power and Function of Law in Historical Perspective", 17 Vanderbilt Law Review 135, at 139 (1963).
- [19] Hans Joachim Morgenthau .Politics Among Nations: The struggle for power and peace [M]. New York: Random House, 1967:418.
- [20] [德]尼克拉斯·卢曼.社会的法律[M].郑伊倩,译.北京:人民出版社,2009:70.
- [21] 于志刚.信息时代和中国法律、中国法学的转型[J].法学论坛,2011,26(2):37-40.
- [22] 张楚.关于网络法基本问题的阐释[J].法律科学·西北政法学院学报,2003(6):80-87.
- [23] 吴志攀.“互联网+”的兴起与法律的滞后性[J].国家行政学院学报,2015(3):39-43.
- [24] Frank H. Easter book. "Cyberspace and the law of the Horse"[J].Chi.Legal,1996U:207.
- [25] 约翰·P·巴洛,李旭,李小武.“网络独立宣言”[J].清华法治论衡,2004(00):509-511.
- [26] Jack Goldsmith&Tim Wu, Who Controls the Internet? Illusions of Borderless World [M].Oxford: Oxford University Press, 2006:23.
- [27] 刘品新.网络法学 [M].北京:中国人民大学出版社,

- 2015:4.
- [28] 郑智航. 网络社会法律治理与技术治理的二元共治[J]. 中国法学, 2018(2):108-130.
- [29] 江必新, 郑礼华. 互联网、大数据、人工智能与科学立法[J]. 法学杂志, 2018, 39(5):1-7.
- [30] 吴汉东. 人工智能时代的制度安排与法律规制[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2017, 35(5):128-136.
- [31] [美]富勒. 法律的道德性[M]. 郑戈, 译. 北京:商务印书馆, 2005:75-77.
- [32] 王燕玲. 中国网络犯罪立法检讨与发展前瞻[J]. 华南师范大学学报(社会科学版), 2018(4):128-191.
- [33] Nobles, Richard, and D.Schiff, "Luhmann: Law, Justice, and Time", *International Journal for the Semiotics of Law-*Revue internationale de Sémiotique juridique**, 27.2 (2014), pp.325-340.

The Legal Risk of Intelligent Internet and Its Legislative Response

Xing Hongfei, Lü Handong

(Law School, Hohai University, Nanjing 211100, China)

Abstract: The rapid development and application of intelligent Internet technology has brought many changes. Virtual society, human-computer interaction and algorithm rules make the current legal system face a series of risks and challenges: in terms of legal value, it is difficult for the traditional concept of legal justice to measure some choices; in terms of legal relations, the existing legal norms cannot cover and adjust some new rights and interests; in terms of legal application, the judicial system has encountered a lot of obstacles. The crux of these challenges lies in the excessive lag of the current law. In addition to the natural lag of the law, conservative legislative principles and complicated legislative procedures are also important factors. Therefore, it is necessary to establish the principle of moderate advance in legislation, explore the legalization of network technology standards, promote the intellectualization of network legislation, formulate the network "basic law", and establish a network legal system suitable for the era of intelligent Internet.

Key words: intelligent internet; legal risk; hysteresis; network legislation; appropriate advance; the future of the rule of law