

成,也必须是先于国家拟制,相互主观所构成的现实”。<sup>[38]</sup>总而言之,追究责任的一方和被追究责任的一方要处于相互对等的立场,也即,相互立场的交换可能性是责任(以及自由意志)的前提。进一步来说,处于对等位置的人,基于共同认识,来决定自由的意思,才能够将此作为拟制予以假定。那么,讨论机器人的责任、自由意志的前提条件,也即追究责任的一方(自然人)和被追究责任的一方(机器人)需要被认定具有对等性。然而,至少在目前,我们人类和机器人之间的主观交流和探讨的基础尚不存在。因此,自然人状态下,承认将自由意志予以拟制,这一理论原封不动地导入到机器人领域,尚不可行。

## (二)传统刑法修正应对策的评价

自控型机器人的行为是无法进行预测的,所以具体的预见可能性是无法被认定的。因此,承担过失责任的话,只以注意义务违反作为要件。对于该机器人,负有注意义务的人承担责任,只有被证明违反了注意义务的人,才能承担过失的罪责。如果没有证据证明任何人有注意义务的违反的话,虽然会出现责任的空白地带,但是鉴于刑法的谦抑精神,应该将这种空白地带让社会全体来承担。

我国刑法学中的过失论是从苏俄引入的,其特点是以法条关于过失犯罪的规定为中心进行注释性论述。随着将过失的本质确立为违反注意义务,我国的过失理论最终完成了从苏俄刑法学话语到德日刑法学话语的转变,由此而使我国刑法中的过失理论获得了生命力。在过去三十年间,我国对过失犯的研究从以法条规定为中心到以违反注意义务为中心,经历了一个过失犯理论的全面提升。

那么日本的过失犯到底是怎样的现状?日本学者认为,日本的判例对于过失责任的要件,虽然要求预见可能性,但是也并没有要求达到具体的预见可能性,只要对“因果关系的基本部分”有预见的话,即已足够。<sup>[39]</sup>所以最后的问题是,在日本的判例当中,什么是“因果关系的基本部分”?什么是预见可能性的对象?

日本的判例,预见可能性的对象被理解的范围相当广。比如,没有认识到车辆货架上有人,而驾驶机动车,因为超速导致无法操纵,进而冲撞到信号柱,使得货架上的人死亡的案件中,日本最高裁判所认为“对于鲁莽地驾驶机动车会导致人的死伤等交通事故,这是应该能够予以认识的”,因此认定被告人成立业务上过失致死罪。<sup>[40]</sup>另外,在最近的判例中,在以前经常发生塌陷的人工沙滩,在新的其他地方发生了塌陷,被害人因为掉进陷坑死亡。作为市政府职员的被告人被认定,因懈怠而存在过失。相关的判例肯定过失时,要求必须有预见可能性,其预见对象是“因果关系的基本部分”。只要能够认识到该人工沙滩的其他地方以前曾经发生过大规模的塌陷,那么就能够预见对人的生命的危险,这就足以驱动(被告人)采取充分的结果回避措施,因此认定成立业务上过失致死罪。<sup>[41]</sup>

以上述判例的立场为前提的话,在所谓“懈怠该注意义务,就可能出现该结果”的情况下,就会肯定预见可能性的存在。对于注意义务,并不要求对具体结果的预见,只要预见到充分的危险性,就肯定需要履行结果回避义务。这样的话,预见可能性和结果回避义务并不是相互独立的成立要件,预见可能性是用于划定结果回避措施、注意义务的内容的前提。<sup>[42]</sup>在日本的判例中,如果是将预见可能性作为划定注意义务内容的下位标准的话,Beck教授所说的,不需要预见可能性来修订过失概念的必要性,至少在日本缺乏基础。

过失犯是风险社会中典型的犯罪之一。所谓的风险和危险不同,它是指因实施或者不实施某种

[38]增田豊《規範論による責任刑法の再構築——認識論的自由意志論と批判的責任論のプロジェクト——》勁草書房2009年版,第477—478页。

[39]参见札幌高裁昭和51年3月18日判決昭和49(う)219号;最高裁第一小法廷平成28年5月25日決定平成26(あ)1105号的补足意见。

[40]参见最高裁第二小法廷平成元年3月14日決定昭和61(あ)193号。

[41]参见神戸地裁平成23年3月10日判決平成22(わ)25号。

[42]参见樋口亮介:《注意義務の内容画定基準-比例原則に基づく義務内容の画定》,载《山口厚先生献呈論文集》,成文堂2014年版,第227页。

行为而产生的危险。比如说,受到地震侵袭的是危险,而虽然知道要发生地震,建造抗震的住宅,并继续住在哪里,这就是承担风险。而这里所言的实施某种行为或者不实施某种行为,是指在法律规范中,不得为何种行为,或者应该为何种行为等禁止、命令被规范化。在故意犯当中,这种禁止、命令规范,包括构成要件、行为人等的规定,对于一般人来说都是比较明确的,但是在过失犯当中,构成要件上,只规定了“基于过失而导致”这样的描述,因此法官对于具体的案件,必须要补充的构成要件的范围就比较大,这也就是为什么说过失犯是“开放的构成要件”的原因所在。因为过失犯是开放的构成要件,对于过失犯的把握要非常谨慎。实际上,过失犯论的学说演进从旧过失犯论的主流地位到新过失犯论和修正的旧过失犯论的并立格局,与目前对新过失犯论的批判,都显示出法学界对过失成立予以限缩的趋势。<sup>[43]</sup>

在德国,2005年曾经就针对医疗过失的过失处罚的限定,进行过激烈的讨论。<sup>[44]</sup>并且在此之前,就过失处罚的限定的争议,积累了大量的成果。不管是什么领域,对于过失犯的处罚都应该予以限定。比如德国学者科赫就认为,不仅是医疗过失等特定的领域,即便是一般的过失犯,其处罚也应该予以限定。其后,德国学者都深受这一观点的影响。科赫以过失致死伤罪为例,认为应该限定处罚的根据包括:1.能够减轻司法的负担;2.过失犯中,行为者的人格非犯罪人格;3.过失在事实上不具有回避的可能性;4.和其他领域中的评价相抵触;5.存在所谓的偶然要素;6.在追诉的实务中,存在不平等现象;7.对于过失犯的处罚没有任何实际意义等。<sup>[45]</sup>

显然,日本对于过失的认定过于宽泛,通过日本理论和判例所形成的过失犯的判断框架,容易导致人工智能时代,人类所承担的过失责任范围过广。在互联网的背景下,不加限制地严格遵循扩张化的过失犯构造,或许会导致网络时代技术开发的萎缩效果。人工智能技术是现代工业文明发展的必然产物,自动驾驶汽车、人工智能医疗等将会对人类带来诸多便利与福祉。人工智能的健康、快速发展,对于人类整体来说,利大于弊。因此,我们在处理人工智能的刑事归责问题时,必须要维持秩序与变革、守护与创新、价值与事实之间的动态平衡。<sup>[46]</sup>

### (三)人工智能初期归责问题中刑法的定位

如果说刑罚是对责任进行非难的话,存在“归责的间隙”的时候,因为不存在对无责任进行处罚的观念,所以不能直接适用现行刑法来解决问题。这就必须要慎重地讨论通过现行刑法解释进行解决的可能性及其界限。

刑法要应付完全自控型机器所带来的法益侵害,可能只有两种选择路径。其一是,如前所述的那样,现行刑法中的规定,因为无法对完全自控型的机器人进行抓捕以及处罚,只能通过将过失概念作宽松化理解,让制造者、贩卖者以及使用者来承担责任。但是,将刑法作为对犯罪进行非难来理解的话,尚处于初级阶段的技术产业都没有明确的规制标准,而这种需要予以追责的行为还没有明确的细则的话,刑法是不能够予以介入的。<sup>[47]</sup>另外现实上也是如此,完全自控型的机器这一技术自身是非常复杂的。因此,基于前述的累积效应,即便是在经过了开发、制造阶段之后的利用阶段,也可能会陷入无法预测的事态当中。在使用这种完全自控型的机器时,虽能够认识到会有一些危险性,但是这种极为抽象的预见可能性是不能作为过失责任的基础的。而且因为技术的复杂性,使得结果归责的证明变得几乎不可能。另一个可能的路径就是,比如在医疗、护理、道路交通等和人的生命息息相关即便是再小的失误也不能够被允许的领域当中,将完全自控型的机器一律作为刑法所禁止的对象。但是,这样的话,通过刑法来表明禁止的态度过于宽广了,这就会对自由造成过度的限制。这无论是对

[43]参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2017年版,第280—287页;高橋則夫:《刑法總論》,成文堂2016年版,第215—218页。

[44]参见甲斐克則:《医療と過失責任の限界》,《法律時報》2010年第9号。

[45]Vgl. Koch, Die Entkriminalisierung im Bereich der fahrlässigen Körperverletzung und Tötung, 1998, S. 77ff.

[46]参见郑戈:《人工智能与法律的将来》,《探索与争鸣》2017年第10期。

[47]参见陈兴良:《刑法的明确性问题:以〈刑法〉第225条第4项为例的分析》,《中国法学》2011年第4期;周光权:《积极刑法立法观在中国的确立》,《法学研究》2016年第4期。

于医生或者患者来说,都是弊大于利的事情。<sup>[48]</sup>另外,被禁止的领域中的机器人的开发、研究,在事实上就被制约了,这便严格限制了研究和学问自由的发展。<sup>[49]</sup>大凡尖端技术都会蕴含有不确定的要素,如果都通过刑法的介入来勉强进行解决的话,那么就会使得尖端技术可能给人类社会带来的利益也被消解掉了。

因此,通过现行刑法来应对完全自控型机器非常困难。虽然可以通过刑法的修正或者补充立法,来对部分自控型机器人的法益侵害行为找到归责主体。但是,这种立法也并不是完全没有限制。因为,罪刑法定原则的存在,对于行为要素必须要有严密且明确的规定,否则就视为违反了明确性原则。也即,如前沿技术那样,在很多领域还有大量未知的因素,不应该通过刑法这种回顾的视点,而应该求诸其他法当中那种展望性视角,即软化的对应策略,通过刑法来规制并不是适当的方法。另外,完全自控型的机器,使得人类的判断一部分被让渡,因此部分承担了人类的责任,这使得责任性被扩散开,这进而导致对值得非难的行为无法单独地予以定义。此时刑法还不是出场的最佳时机。不管是对完全自控型机器自身进行处罚,还是让相关自然人承担“连带”处罚责任,都是违反刑罚的目的。所以,刑法的目的不仅仅是消除危险性,还有保障行为者自由的一面。在面对行为人的自控性和人的尊严的基础上,刑法只能对明确应该非难的行为进行补充性地处罚,这才是刑法的目标。基于这种明确性的原则、责任主义和补充性原则的考虑,对于先端技术,刑法应该秉持谦抑的态度。

虽然如此,由先端技术所引起的,明确应该非难的行为而导致的法益侵害之情形,并不是无法想象。比如通过远程操作机器人来抢劫银行就是其中一例。这种只是将机器作为犯罪手段的场合中,将责任归于操纵者并无特别的障碍。

关于对部分自控型的机器进行远程操纵的过失责任,比如通过互联网来进行操作,但是由于互联网服务提供商技术上的漏洞,而使得通信变得不稳定,导致操作滞后进而出现自动驾驶汽车冲撞使人受伤的场合。原则上,可以挪用信赖原则,以操纵者信赖能够稳定地使用网络这样的基本理论来寻找归责的主体。但是,如果同样的案件发生在农村地区,能够容易想象到信号不稳定,无法信任通信的稳定性的时候,使用人知道存在能够使得现场的人陷入操作不能的风险,似乎没有任何可以避免侵害产生的时候,那么使用人可以被课以节制使用这种机器的义务。但是即便如此,比起刑法,活用道路交通安全法等公法或者民法中的赔偿性规定更为妥当。

## 结 语

在完全自控型的机器的情形中,基于他们具有把人类的判断被部分转移进而减轻人类的负担这一性质,人类的责任要相对地减少。另外,处罚机器自身没有任何意义,刑法出面的必要性已然不大。但是也有极少数例外,在一定领域中使用完全自控型机器的危险性能够非常容易估计到,该机器的利用并非对社会有益,而只是有利于利用者个人的利益,且非常容易陷入无法控制的状态的话,是可以通过过失来追究自然人的责任的。鉴于有追究完全自控型机器利用者的责任的例外情形,虽然可以通过制定应对机器人的特别刑法的可能,但是不限于刑事规制,通过其他法律制度来进行规制也是可以解决问题的。如果该机器的侵害性很高,无法获得社会的一致认可的话,也可以对这部分机器的利用予以禁止。如上所述,刑法对于先端技术,不应该过于积极地介入。刑法不应该对于先端技术的发展产生使之萎缩的危害效果。但是反言之,刑法也有保障国民自由的使命,因此为了技术发展而导致社会不安定显然也不是社会所期待的。刑法也必须在一定程度上进行回应。

[48] 参见王皇玉:《论医疗刑责合理化》,《月旦法学杂志》2013年第213号。

[49] 参见王德志:《论我国学术自由的宪法基础》,《中国法学》2012年第5期。