

被告人有罪的标准是事实清楚,证据确实、充分,事实清楚就是要排除合理怀疑,把内心存在的疑惑或不合理之处通过证据一一排除。尤其在被告人否认犯罪时,没有被告人有罪供述这一关键证据时就需要其他证据来相互印证,而人工智能被设定的证据标准固定性和统一性恰成为它的不足。因为此种案情具有个案的显著差异性,证据的不确定性,甚至最终可能需要依靠间接证据来形成完整证据链。这一过程是法官过滤、筛选和重新组合证据来进行综合判断证据证明力的过程,人工智能无法做到。例如,被告人在合同诈骗罪中辩称其没有非法占有的目的,那么不仅需要收集和证明被告人是否提供虚假合同和抵押物、骗取款项的用途的证据,还需收集将钱款用于消费、归还债务等不可回收性的行为证据,以及被告人作案时的经济状况以综合推定被告人的非法占有目的,但若有证据证明被告人将钱款用于生产经营则会阻却对其非法占有目的的认定。换言之,合同诈骗罪的认定并不仅是收集预先设定的证据,为准确认定被告人的主观目的需要根据相关补充证据进行综合认定才能确保不冤枉无辜的人。同时一些证据材料并不是始终固定的,会在一定阶段或一定情形下发生变化,例如犯罪嫌疑人供述、证人证言、鉴定人的鉴定意见等言词证据,这就要法官结合其他证据进行综合判断言词证据的真假,尤其通过听取控辩双方在开庭时对证据的质证、考察被告人供述真伪以获取内心确信。而人工智能是线性的,不具有思维的跳跃性和创造性。因此,人工智能只能对海量证据进行初步筛查、提取和判断,却无法做到证据的深加工和有机组合;更不用说法官依据审判经验对证据证明力的有无和大小的判断和取舍,以及对社会危害性和危害后果之间因果关系刑法规范性的认定。更何况,一些案件处于罪与非罪的边缘,能否定罪并不是证据本身的问题,而是法律适用的问题。

## (二)人工智能难以实现审判经验的复制

审判经验是法官在长期审判实务中积累的知识或技能,它贯穿于法官认定事实、采信证据和适用法律的逻辑判断全过程,是法官在面对案件时凭借多年办案积累的经验主观选择最佳处理路径和确保裁决公正的自觉意识,甚至可以说是一种应激反应。简言之,它是法官审判实践智慧的结晶,这里所说的智慧并非来自精妙的理解力或紧张的思考,而是出自从长期审判实践的经验和丰富的观察中获得的可靠而周密的判断力和裁决力。<sup>[17]</sup>若对审判经验进行归纳和提炼可以形成共识性经验和法则并可以上升为法律规范,例如刑事诉讼法中对回避管辖、诉讼时效、诉讼流程、合议庭评议等立法规定说到底均是一种经验的规范。“法律固然包含了一个民族经过若干世纪逻辑演化的过程,但是我们不能仅仅将其当作数学教科书中的公理和推论来加以研究。就现状而言,在任何特定的时期,法律的本质基本上是当时被理解为适当的东西,也就是人们所说的经验。”<sup>[18]</sup>审判经验是否具有普适性又可分为共性审判经验和个性(隐形)审判经验。对于共性审判经验,法官可以通过书本学习、他人传授承继下来,但对于个性审判经验(本文论述的对象)需要集合自我品格、法律修养、知识背景、生活阅历以及各学科交叉和教训与悟性并通过岁月的积累和案件的锤炼以形成的智慧集合体,它属于私人订制,具有一定的隐秘性,而这恰恰是法官在办案过程中能够做到游刃有余的关键抓手。人工智能当然是对审判经验的总结并以介质符号为载体实现智能化的应用,但这仅限于共识性审判经验、法则和规则,无法完全匹配具体案件以及应对案件背后复杂的社会关系和刑事政策的考量。此时就需要隐性审判经验的智慧应用,因为由于抽象和内嵌逻辑的法律必须应用于包罗万象的社会现实才具有生命力;尤其当下处于转型时期的中国,阶层多元、利益分化、贫富差距成为引起问题和矛盾纠纷具有群体性、敏感性和易激性,更是犯罪高居不下并呈现新型犯罪特点的原因所在。因而对案件的处理并不能局限于以法论法,而是要考虑社情民意、社会关系修复,这并非是对法律的忤逆而是对法律更深层次的遵从,简单粗暴的判决带来的并不是正义而是体现法律的蛮横和无知。法律必须服务于和谐社会的构建,这是中国特色社会主义法治的要求。

[17][英]冯·哈耶克:《经济、科学与政治——哈耶克论文演讲集》,冯克利译,江苏人民出版社2003年版,第584页。

[18]人工智能能够代替人类法官,带来最终的公正吗? [http://www.360doc.com/content/17/0731/23/34413325\\_675713216.shtml](http://www.360doc.com/content/17/0731/23/34413325_675713216.shtml), 2017年10月1日。

隐性审判经验是一种运用智慧追求公平裁判的技巧和能力。因而具有强烈实践性特质的法律在古罗马被视为一门技艺,有了这些隐性审判经验法官就可以少走弯路和规避错误,正如“法律的生命不在于逻辑而在于经验”这句霍姆斯的经典法律名言所揭示的审判经验在审判工作中的作用。虽然获取隐性审判经验需要师傅的亲历指导,但更需要师傅的言传身教和潜移默化,以及徒弟的察言观色、自我省悟和善于总结以融化到办案模式中并形成自己独有的风格。徒法不足以自行,法律只有在案件中具体适用才能打破机械和僵化,随之条文背后的法律精神和人文情怀才能得以释放。尤其当法官发现认定事实的证据尚显薄弱或者缺乏直接证据时,应当根据与此相关的经验法则来填补这种证据上的不足。英国高等法院首席法官里尔曾说,那些经由聪颖博学的人士根据各种各样的经验而对法律作出的修正和补充,一定会比人们根据机智所作出的最佳发明更好地适合于法律的便利运行。<sup>[19]</sup>当法官将法律规范适用于个案事实时,必须将两者之间的契合性进行反复的比较和权衡;同时需要大量实践性和非专业性的知识谱系结合法律、常识和情理进行有益的修正以及必要的创新,显然若没有丰富的社会生活经验,很难期待法官作出明智而公正的裁判。<sup>[20]</sup>法官只有对事态人心具有深刻的洞察力和敏感度,并怀有仁爱之心和情理之心,才能处理突发的、不确定的或价值冲突的纠纷和矛盾。例如涉众型非法集资案件,法官除了综合案件证据准确认定各被告人的作用、将非法吸收公众存款和集资诈骗归属不同被告人并合理分配责任以实现公正处罚外,还要努力追缴赃款、安抚投资人的焦躁情绪甚至承受无赃款发放所面临的抱怨,并极力防止判决后演绎成群体事件的发生。显然在认定事实与证据采信、法律适用与情理考量、社会正义与个别正义之间需要法官审判经验的捏合和舒张。故除了法律知识与审判经验,法官还应当具有丰富的社会经验和对社会现象的深刻了解,广博的社会知识与社会经验是法官智慧得以拓展更广阔空间的依托。<sup>[21]</sup>人工智能对审判经验的吸收和设计者对经验的标准化和规范化总结仅是审判所需经验的很小一部分,人工智能仅是对智性部分模仿的初级阶段。案情的复杂疑难、思维逻辑的变换、判断方法的不同等均非人工智能所及,它是法官智性、心性和灵性的有机统一。

### (三)人工智能无法替代法官的自由裁量

自由裁量权是法官面对具体案件程序和实体上的问题以公正合理的法律思维酌情作出处理的权力。它成为法官裁判权特有的标志和特征,并深受法官意志、思维、知识、习惯、情绪、政策、舆论的影响。尽管立法机构试图通过立法压缩和避免法官自由裁量权的行使,但美国学者梅里曼在《大陆法系》一书中提出避免法官自由裁量权的先决条件:立法机关要制定出一个无所不包的法典、法典的规定必须是明确无误、法典条文之间的规定不能相互矛盾,<sup>[22]</sup>显然这些条件立法者根本无法做到,从反面证实法官自由裁量权存在的必要性。换言之,人工智能即使不断发展,仍无法左右(但可影响)法官的自由裁量权,它本质上是法官依据法律思维和隐性经验作出判断的内心写照,可以说自由裁量权被赋予法官行使是司法规律的主动选择。法律条文的抽象性、稳定性、滞后性和不确定性使其无法完全对应纷繁复杂的社会情况,况且社会生活又始终处于变动中,必然会出现法律适用上的漏洞或模糊。此时法官若使案件得到公正信服的裁决,必须首先搞清楚法律条文的准确内涵和适用边界。换言之,法律规范只是法官裁判活动的出发点,具体到个案适用规范的归属和张力价值则只能由法官来最后完成。此项活动正是法官自由裁量的价值所在,它确保了法律条文适用周延性和伸缩性,以防止条文被频繁修改所引起的法律不确定性的担忧。法律的适用解释是法官结合法律原则、词语语义、审判经验和价值取向对条文进行的规范解读,一定程度上具有造法的性质。若想真正实现法律对社会秩序的控制和调整,法律必须给法官留下一合理的自主决断空间,让法官能够根据社会价值观的

[19] [英]冯·哈耶克:《自由秩序原理(上册)》,邓正来译,三联书店1997年版,第66页。

[20] 潘庸鲁:《人工智能介入司法领域的价值与定位》,《探索与争鸣》2017年第10期。

[21] 王申:《法官的实践性知识与智慧导向》,《法制与社会发展》2011年第6期。

[22] [美]约翰·亨利·梅里曼:《大陆法系》,顾培东等译,西南政法学院出版社1993年版,第127页。

变化而作出利益的权衡,以弥补由于立法者认识能力的不足而导致法律适用的盲区。例如,虚拟财产的法律属性并没有明确规定,对于盗窃游戏装备、游戏账号、QQ币、比特币等虚拟财产的行为与刑法传统上规制的盗窃对象又有本质区别,刑法似乎难以作为,但若从财产属性的价值判断出发则可以解决法律适用的难题,至于虚拟财产的价值如何评估则是另一个问题。客观地讲,有时刑法条文的适用常常存在理解上的难点,此时更需要法官结合法理来解释。例如,淘宝店主甲利用淘宝购物规则对淘宝店主乙进行差评、退货等方式导致对方经营损失巨大,这种行为是否构成破坏生产经营罪?从该罪的构成要件看,由于泄愤报复或者其他个人目的,毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营的才构成此罪,而上述行为是否符合破坏生产经营的“其他方法”需要论证,这就需依赖法官结合时代语境进行自由裁量以确保所作的裁决符合生活智慧的检验。正如萨宾娜等人所揭示的,虽然法学院在教学生像律师那样思考以及理解众多法学理论方面功勋卓著,但法学院却很少教学生如何找到适用的法律。<sup>[23]</sup>实际上法官的适用解释并不与罪刑法定原则相冲突,因为“明文规定”进行解释并不意味着逾越“明文规定”。<sup>[24]</sup>

当然,法官可以将证据的初步筛查和判断交予人工智能来减少基础事务工作量,但事实清楚、证据确实充分的定罪标准却是法官自由裁量的结果。因为法官眼中的事实并不是客观事实而是法律事实,它需要法官以充分确实证据为基础、利用审判经验遵循诉讼程序和逻辑法则并通过当庭质证和合议庭决议来判断事实是否查清,判断每一个证据的固有性质以及与案件的关联程度。这一过程是法官的自由心证过程,也是对裁决获取内心确信的过程。这种确信程度不同于丝毫不犹豫的自然科学证明,而是只要通常人们在日常生活上不怀疑并且达到作为其行动基础的程度就行。<sup>[25]</sup>在案件的证据审查判断中,法官都需要发挥自身能动性,在进行自由心证时综合采用判断分析、逻辑推理、排除非法证据、价值比较等多种手段的配合来决定证据材料的证明力及大小。<sup>[26]</sup>尤其针对被告人不认罪或待证事实证据不充分的情况下有必要启用刑事推定,推定的基础在于法官的审判经验,它依据一定的经验法则和逻辑规则判定两种事实之间存在高度概然性关系。即当出现某种事实(基础事实)时通常会有相应事实(推定事实)出现,刑事推定可以看作是证据证明的一种补充手段。例如,犯罪嫌疑人在盗窃现场留下一枚烟蒂,经DNA比对是犯罪嫌疑人留下,虽然他否认犯罪,但无法对作案时间的活动轨迹作出合理解释并排除第三人进入现场的可能性后,完全可以推定犯罪嫌疑人实施了盗窃。推定是法官创智性活动,必须对所涉及各种相关因素进行反复斟酌和权衡,人工智能无法进行如此复杂的思辨活动。但人工智能并不是对自由裁量权无所作为,而是可以对法官的恣意进行限制,对逾越程序设定、逻辑规则和经验法则的行为进行规制,例如对非法证据的采用、证据之间的矛盾、量刑区间的突破等都可以通过人工智能的预设规则来设防。法官自由裁量权是司法特性的必然选择,好比医生可以依靠人工智能对病人的病情进行化验和诊断,但对病人的诊断结论、药物用量或手术方案和操作必须由医生亲自完成,毕竟腹腔被划开各种意外情形都有可能存在。同样,尽管民众对法官自由裁量权的行使颇有抱怨,但作为纠纷和矛盾的诉讼主体仍愿意选择法官作为定纷止争的裁判者,人的问题只能由人解决,至于实现路径可以要求工具的帮助。

#### (四)人工智能无法实现实质正义

正义是人类认识世界和改造世界过程中具有永恒意义的价值追求和理想状态。它既是社会制度的首要美德,也是社会的德性之基,正如亚里士多德认为在众多德性中正义是最重要的,它比星辰更加光辉。<sup>[27]</sup>社会主义核心价值观之一即为公平正义,它是法治中国的灵魂和主题。简言之,法治视角

[23][美]沙伦·E.桑尼特、萨宾娜·克洛芬尼:《蜕变——从学生到律师》,王娟译,中信出版社2007年,第61页。

[24]周少华:《刑法解释的观念和方法》,《东方法学》2009年第2期。

[25][日]兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》,白绿铨译,法律出版社1995年版,第101页。

[26]李永升、陈婕:《法官的刑事自由裁量权研究》,《海峡法学》2011年第1期。

[27]参见《亚里士多德选集(伦理学卷)》,中国人民大学出版社1999年版,第103页。

下的正义是对个体行为恰如其分的责任分配,正义根据表现形式和实现目的可分为形式正义和实质正义。尽管形式正义(程序正义)很重要,也是法治国家建设的重要内核和诉讼审判的外在保障,但对于当事人来讲实现实质正义才是获取真正满足、自由和快乐的最终诉求。它的实现除法律制度上的安排外,还可以通过人工智能这一科技手段来确保和增强,因为人工智能通过程序性设计可以将法官的误差、弱性和恣意以及人为干扰进一步降低。当前人工智能可以依托大数据、云计算等技术,发现证据上的瑕疵,抓取影响裁判结果的量刑要素,同步给法官推送案情统计分析、匹配数据库中全国相似的案例,提供量刑参考区间及一旦逾越量刑区间系统将自动报警,解构分析裁判文书,并自动生成司法文书。例如,贵州刑事司法大数据系统试运行六个月,已审结了151起试点案件,运用大数据分析系统作智能辅助分析,判决结果偏离度均为零或者在合理数值区间,保证了同案同判,实现量刑均衡,且一审服判率达到93.38%,与同期审结未纳入试点范围的其他案件服判率相比高出8.15%。<sup>[28]</sup>显然,人工智能所具有的客观优势在一定程度上克服了法官的弱性。

但是,每一个案件和每一名被告人都是微观具体和个性化的,世界并没有相同的两片树叶。诉讼主体所需求的正义是个别正义、实质正义和温度正义,而人工智能只能提供一般、机械和毫无情感的正义。换言之,人工智能在提供正义产品时只能提供出基本的素材或粗加工的产品,而法官的正义是法官在准确把握事实和证据的基础上,运用经验法则、逻辑规则和审判技巧,综合各种情节,是经过法官凭借良知、敬畏之心和正义理念反复斟酌、多方权衡和精心打磨为被告人私人定制的结果。即使相同或相似的案情还要考虑到被告人的人身危险性、主观恶性以及法定和酌定的情节,认罪悔罪态度、退赃退赔、是否被谅解等情形,此外对被害人(单位)造成的伤害或损害、被害人态度、案件所引起的社情民意以及被告人能否适用缓刑也是需要考量的。这背后深刻展现了法官对被害人和被告人的人文关怀,而人工智能无法关联人类的情感、价值和对错,它不理解裁决背后是对被破坏社会关系的修复和对社会正义的恢复。例如,天津赵春华非法持有枪支案,一审法院以其非法持有非军用枪支6支,被判处有期徒刑三年六个月,即使案情输入人工智能,其量刑结果不会相差无几,因为一审法官严格准确地适用了刑法条文,并无明显过错;但是气枪打气球的游戏摊位在当今天国大街小巷随处可见,摊主的经营行为突然被追究刑事责任(动能大于等于1.8焦耳/平方厘米时一律被认定为枪支),民众一时难以理解,法学界也颇有争议。一审判决体现了司法人员在侦查和审理此案中过于机械,欠缺对社会常识、常情的考虑。其判决不仅没有提供正确的价值导向,反而因为被热议损害了司法权威。二审法院则综合了具体案情和社情民意对该案进行了改判,充分展现司法对弱势群体的关注、修补了被撕裂的司法公正。可见任何裁决绝不能脱离社会具体生活,这是法官日常生活和汲取智慧的环境,只有作出的裁决与具体的生活环境相适应,才能使裁决获得广泛的认可,因为真正打动人的是生动的事实、鲜活的生活,而不是法律本身。正如美国卡多佐大法官所说,司法职能坚持回应了人的需求,而正是这种需求,司法职能繁荣起来了并坚持了下去。<sup>[29]</sup>事实上,人工智能被嵌入的是证据收集规则、法律适用条款、量刑参考、类案推送以及自动生成的裁判文书等均与社会环境无关。被告人需求的不是人工智能千篇一律格式化的裁判文书输出,而是能体现法官独立思考、深厚法律功底和浓浓人文情怀的说理展开,<sup>[30]</sup>实质正义本身隐含了对案件独特性、差异性和鲜活性的考量和追求,唯有法官的裁量智慧才能保持天平的衡平。或许人工智能比法官更聪明,但始终不能复制法官智慧的真谛。

[28] 贵阳研发政法大数据办案系统打破侦查中心主义, <http://www.chinanews.com/gn/2017/07-04/8269041.shtml>, 2017年12月10日。  
马春晓:《贵州法院打造大数据办案“智慧样本”》,《法制生活报》2017年12月10日,第1版;《贵州开启大数据办案模式》,《民主与法制周刊》2017年5月。

[29] [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2005年版,第7页。

[30] 最高人民法院《关于全面深化人民法院改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要(2014—2018)》针对裁判文书的说理性提出对加强对当事人争议较大、法律关系复杂、社会关注度较高的一审案件,以及所有的二审案件、再审案件、审判委员会讨论决定案件裁判文书的说理性。

## 结论:人工智能无法承受司法亲历性、责任性之重

苏格拉底说,法官应具备四种素质:认真地听、聪明地答、仔细地想和公正地判,即使这一要求放在当下也不过时。法官作为正义之权力的符合代表,被冠以正规化、职业化和专业化身份外衣,必须以法律专业素养并依靠社会沉淀的生活智慧和充满温暖的人文关怀来向被告、被害人和社会民众传达正义和司法权威,这源于它关系到民众对社会正能量的内心向往和对国家秩序的信赖遵从。如果法官将安身立命的本职工作交给毫无情感的人工智能,无疑是对“人民”两字的背弃,将实质正义的追求消褪为空心化的外壳。这就要求司法必须由法官亲历。所谓司法的亲历性是指法官应当亲身经历案件审理的全过程,直接听取诉讼参与方关于事实、证据和法律适用的主张、意见、理由、辩解等,重点听取控辩双方对证据的质证意见(案件事实从诉辩双方的证明向裁判者心证位移),尤其获取言词证据笔录与被害人陈述、证人证言和被告人陈述的一致性的内心确信,将心证的运用和裁判结论建立从庭审中获取有效信息的基础上。因为对证据与事实的直接感知,能够使事实判定者掌握丰富而生动的信息内容,而这些信息内容是形成合力心证最重要的保证。<sup>[31]</sup>事实上司法亲历性是对直接言词原则的引申,该原则之所以成为现代法治国家普遍适用的原则,原因就在于它能确保中立的裁判者在平等控辩对抗机制下最大程度地还原客观事实。如果法官仅躬耕于办公室翻阅卷宗材料,不认真听取或实际考察,就难以对证据的真伪或证明力大小作出准确判断,司法不公或冤假错案的发生就很难避免。司法亲历性与当前正在进行的以审判为中心的诉讼制度改革深谙契合,以审判为中心就是要激活实质的庭审,确保控辩双方对抗效果,通过有效质证和辩护以防止无辜的人被冤枉。<sup>[32]</sup>这是司法改革的着力点和落脚点。同样,面对法官裁判权有效行使,司法责任制给法官戴了一个紧箍咒,法官必须对其履行职责的行为承担责任,在职责范围内对办案质量终身负责,以责任为导向来管制法官自由裁量权的行使,实行权力与责任相互匹配的制度设计。人工智能的设计只有是否更完善的评价,并无过错或瑕疵的认定,法官在使用人工智能过程中若有案件上的瑕疵或过错,并不是人工智能的责任,而是使用者办案经验不足造成的。毕竟人工智能的定位只是将它作为推进以审判为中心诉讼制度改革和法院信息化建设时设计的一个审判辅助手段,并不替代线下刑事司法活动,真正决定案件的还是要发挥法官的作用。<sup>[33]</sup>人工智能不会脱离人创造智能的范畴,因而发挥作用的大小取决于使用它的法官。显然人工智能无法承受司法亲历性、责任性之重,唯有准确划定人工智能适用区域,“让审理者裁判、由裁判者负责”,才能真正实现人工智能与法官审判的深度融合、效能发挥。

综上所述,笔者对人工智能介入司法领域持肯定乐观的态度,但它的介入必须坚持介入有限、运用有度、辅助有力的科学立场,以确保法官主体地位不被削弱。

[31]参见朱孝清:《司法的亲历性》,《中外法学》2015年第4期;龙宗智:《论建立以一审庭审为中心的事实认定机制》,《中国法学》2010年第2期。

[32]质证是证明的过程、内心的确信和裁决的依据。它是在法庭审理过程中控辩或当事人双方在法官的主持下,采用询问、辨认、质疑、辩驳、核实等方式对证据的效力进行质辩的诉讼活动。参见陈光中:《证据法学》(第2版),法律出版社2013年版,第292页。

[33]原上海高院院长崔亚东对话法学专家:人工智能代替不了法官, [http://www.sohu.com/a/145997716\\_260616](http://www.sohu.com/a/145997716_260616), 2018年1月20日。