



# 论数字行政法——比较法视角的探讨

是它们往往更直接和更迅速地反映时代变迁中的政治、经济和社会需求。

同时,数字行政法的兴起受到诸多方面的影响和制约,行政法体系性变革具有明显的被动性。由于新技术革命、新产业革命、社会形态变革和公共行政变革都在持续的演进之中,数字行政法的兴起和成长可能充满不确定性,所以在制度形成方面需要以发展的目光和不断更新的视角进行观察和评价。

## 二、数字行政法的形成条件

数字行政法的形成需要一些基本条件,其中数字政府的规模、数字化行政时空和数字化时代法律体系的新结构几个方面的重要程度比较高,它们共同为数字行政法提供了基于数字技术的统一行政环境和数字法治的法律体系环境。

其一,规模化数字政府的发展目标,是根据行政统一制度和数字行政技术标准,通过推进政府数字化平台的互联互通,实现上下级政府之间的有效统一领导和同级政府机构之间的协同合作,建立基于数字技术的整体型政府。所以,数字政府的规模化建设也是新型政府结构的形成过程。

其二,数字化行政新时空的建设,包括数字技术和标准规则两个方面,以便为现实行政时空向虚拟行政时空之间的转换和利用提供技术可能和行为准则,也为在适应虚拟时空的数字行政法提供必要的条件。因此,统一的技术标准是建设高度协同和统一的整体化数字政府的基础,分散的或者各行其是的部门信息化建设体制应当进行调整。

其三,公法与私法二元化的法律结构,是行

政法的存在前提。在数字化进程中,电子商务与电子政务的分向发展,反映了工业时代形成的法律体系的现实影响力。同时,传统法律体系对数字化经济社会的不适应也日益凸显。公法与私法分离基础上的融合和共生也是势在必行的,但是应当不断寻找和尝试新的内容和形式。

## 三、向数字行政法的转型

在向数字行政法转型的过程中,需要清晰把握转型的途径、主要场景以及关键议题这三个方面的问题。

首先,关于向数字行政法的转型途径,大致上可以有行政改革回应型、个人信息权益保护型和行政法结构再造型三类。数字化进程中行政规制的变化,使行政法关于行政规制的合法性假设的基础发生了动摇。目前看来,程序与实体并重的混合型规制是一个重要趋势,它将是数字行政法系统化的基本内容。

其次,数字行政法转型的主要场景集中在行政规制。对市场的行政规制是当代政府的基本职能,回应市场失灵是行政规制的基本依据。需要注意的是,行政规制领域发生的重大变化,是无形财产对有形财产的嵌入并形成对各类财产的主导力。使既有的行政法体系面临前所未有的严重挑战。

最后,数字行政法转型的关键议题是基于人工智能的自动化行政决策。行政机关利用人工智能进行决策的合法性基础,包括人工智能的可控性、可信性、可解释性和透明度。值得注意的是,数字行政法只能为更高层次的行政正义提供支持,而不应当降低行政正义的质量和水平。

## 四、数字行政法的系统化

系统化是数字行政法的重要形成方式,也是行政法对整体化数字政府的制度性反应。系统化的途径如何选择,是形成数字行政法的基本问题。数字化政府是一种基于数字技术应用的公共行政转型过程,这一转型过程存在着现实性、持续性和不确定性,它对构建结构稳定的数字行政法体系带来了难度。与此同时,产生于工业化时代的行政法教义学框架,对数字化行政的适应性是相当低下的,尤其是对不确定性和阶段性发展的适应能力不够。

基于数字政府发展的长期性和不确定性特点,数字行政法的系统化构建可以考虑采用双价值体系和阶段性制度体系两个方面,形成数字行政法体系的发展路径。双价值体系是指行政法一贯坚持的价值和数字化过程中产生的新价值;阶段性制度体系是指基于数字技术应用更新期形成的制度体系。

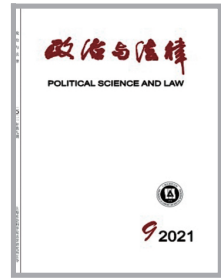
## 五、未完的结语

在数字行政法的系统性框架问题方面,数字行政法尚在演化形成之中,目前还难以形成清晰稳定的框架。在我国行政法的特殊性和回应性上,以经济建设为中心的发展议题一直是待充分开发的关键领域。数字经济、数字社会和数字政府建设,将为形成基于数字化的发展型行政法体系提供条件。

(原文刊载于《华东政法大学学报》2022年第1期,刘洪阳稿)

## 观点新解

### 刘崇亮谈分层量化的量刑机制构建——对于保证量刑公平具有重要价值



上海政法学院刘崇亮在《政治与法律》2021年第9期上发表题为《量刑机制的分层量化实证研究——以防卫过当案件为例》的文章中指出:

分层量化的量刑机制构建对于保证量刑公平具有重要价值。实质的量刑基准是分层量化的根本前提,是责任刑层次优于预防刑层次量刑根据。量刑起点实质为与基本犯罪构成事实相对应的基准刑,其他影响犯罪构成的犯罪事实为依据的基准刑实质为第二层次的基准刑。责任刑与预防刑的明确界分是分层量化的外在根据。分层量化的实体在于量刑要素的规范化整合。司法实践中防卫过当分层量化的量刑机制存在着非理性因素,只有注重对分层量化的原理与经验的双重建构,才能在真正意义上建构起标准化的量刑机制。

### 苏宇谈爬虫的行政规制——通过行政立法明确规制立场



中国人民公安大学法学院苏宇在《政法论坛》2021年第6期上发表题为《网络爬虫的行政规制》的文章中指出:

网络爬虫包含爬取工具和“反爬措施”,容易引起多方面的法律风险。网络爬虫的法律治理跨越多个法律部门,在民事与刑事法律责任之外,行政规制亦必不可少。依据现有法律规定,对爬虫的行政规制可从以下着手:通过行政立法明确规制立场及爬虫的具体合法性边界;平衡刑事处罚与行政处罚的运用;以制定技术标准等多种手段引导爬虫技术的合理运用;提升公共数据与智慧公共服务的供给能力以减少数据爬取压力。行政规制所包含的立体化治理能力对于网络爬虫的法律治理可以起到不可替代的作用。

### 裴炜谈跨境数据取证——已经成为打击犯罪的新常态



北京航空航天大学法学院裴炜在《比较法研究》2021年第6期上发表题为《论网络犯罪跨境数据取证中的执法管辖权》的文章中指出:

网络犯罪的急剧增加,传统犯罪与网络信息技术的快速融合深刻转变了犯罪治理的运行场域,跨境数据取证已经成为打击犯罪的新常态,但其因受到执法管辖权的强地域限制而难以有效开展。此时惯性地扩张立法管辖权不仅无助于提升跨境取证效率,还可能模糊跨境数据取证制度建构的重点,甚至严重阻碍打击犯罪的实践运行。基于此,有必要清晰界分立法管辖权与执法管辖权,在后者的理论框架下探索传统刑事司法协助机制以外的跨境数据取证新路径。

### 张启飞谈数字货币——改变了传统金融的运行模式



浙江警察学院法律系张启飞在《法治研究》2021年第6期上发表题为《论数字货币犯罪的刑法规制》的文章中指出:

数字货币作为数字经济时代的产品,改变了传统金融的运行模式,能够促进实体经济和数字经济的融合,引领金融科技创新。作为一种新的货币形态,我国法律尚未确立数字货币的法律属性。私人数字货币面临盗窃、诈骗、敲诈勒索等侵害财产类犯罪、非法集资类犯罪和洗钱、恐怖融资类犯罪风险;法定数字货币面临侵害法定数字货币本身和假冒法定数字货币犯罪风险。我国刑法现有货币类罪名不足以规制数字货币犯罪,在立法上应增设数字货币犯罪罪名,司法上出台司法解释与数字货币典型指导性案例,以规制数字货币违法犯罪行为。

(赵珊珊 整理)

## 前沿话题

□ 于安 (清华大学公共管理学院教授)

2021年8月,中共中央、国务院印发了《法治政府建设实施纲要(2021—2025年)》,提出了在我国“全面建设数字法治政府”的国家法治建设新命题。数字法治政府正在成为法治政府现代化建设的主体性新方向,数字行政法的演化和形成是行政法发展史最重要的一次变迁。对传统行政法进行制度更新和构建数字行政法体系,是我国行政法发展的新使命。

### 一、数字行政法的兴起背景

数字技术的应用,新产业革命和信息社会及其公共行政数字化新范式所产生的影响,为数字行政法的兴起提供了重要的驱动力和时代背景。

在现代行政法的发展历史上,公共行政改革常常是行政法变迁的前提条件。公共行政改革及其形成的新行政范式也总会构成对行政法的挑战并促使其创新发展。这不但因为公共行政改革总是根植于行政运行的效率需求,而且更重要的

# 超越数据界权:数据处理的公法构造

## 前沿观点

□ 陈越峰 (华东政法大学教授)

### 一、数据界权的问题意识

如今,数据作为数字经济要素的关键地位和重要价值已毫无疑问,数据财产权也日益成为立法和学术讨论的关注焦点。然而,数据财产权益如何界定成为难题。为了促进数据要素流动,实现数据的公平获取使用和利益分享,在进行数据界权之外,存在一种超越数据界权的制度选择,即在现有的合同法、侵权责任法和反不正当竞争法的制度基础上,形成关于数据处理的公法秩序。如果进行数据界权,特别是就数据确立财产权,那么可能会不利于数据的公平获取使用。数据要素的流动始终需要一种公法构造。

### 二、数据界权的内外视角

在我国,几乎与个人信息保护立法同步,在对个人信息权益进行讨论的同时,关于对数据如何界权、为何界权的讨论,就已从内外两个视角充分展开。

其一,数据界权的内部视角是探析权益的构造。有研究者从完善数据财产权益保护法律体系的角度,提出有必要考虑在法律上提供额外的财产权保护。但如果充分认可和认同平台、场景、架构的意义,关于数据界权的主张就会发生立场迁移。果断

地搁置企业数据财产权争议,设立企业数据的利用与分享规则,似乎就成为了一种理性的可能选择。

其二,数据界权的外部视角是明确权益的基础。讨论数据是否应当财产权化,外部分析视角,特别是经济分析视角不可或缺,然而,其呈现出来的是类似于光谱的多维结论。采用数据界权的思路,看起来必然使规则走向碎片化,即引入个人数据、企业数据、公共数据的分类,在数据的类型化和场景考量中妥当配置财产权益。

### 三、数据处理的公法审视

首先需要明晰数据处理的公法构造。与无形物的价值在于稀缺不同,数据的价值在于实际控制。在没有法律确认或赋权的情形下,数据控制者对所控制的数据享有事实上的使用权,这种使用权是基于其合法获取控制权而产生的。对基于控制的数据处理的公法构造是数据的合法获取,即在没有任何公法规范调整的情况下,遵循平台禁止即自由的原则,因此数据获取的合法性是默认事实。然而,随着数字经济的发展,法律规范很快显现出不相适应的状态。数据的流动性和数据处理的“丛林状态”使得法律的保护机制显得笨拙而无用。于是,关于数据处理的公法构造兴起。

另外,数据界权不能解决有效性问题,真正能够形成支撑的是公法机制。公法对平衡私主体间不对称的能力,有效治理数据治理风险,保障数据公平获取和使用,促进数据价值分享等有着不可或缺性。市场逻辑无法完全解决要素获得合

理分配的机制,特别是当市场可以被数字平台系统地创设和控制的时候,如果不对应的社会机制进行反哺和加强,数字经济将是不可持续的。

### 四、数据处理的公法构造

我国的互联网立法不断完善,数据处理的公法构造逐渐形成。

第一重构造指向数据处理的规制体系。针对互联网失范行为的多样性,立法机关应当针对相关领域法律介入的必要性有选择地进行立法。数据处理的规制体系,至少应当包括数据治理风险规制和数据处理行为规制。其一,数据治理风险规制。这是保持和促进数据自由流动的基础机制,也是数据治理秩序的基本组成部分。由于存在信息和风险控制能力的不对称,个人很难自行判断个人信息是否用于正当目的,因此需要导入政府规制。其二,数据治理行为规制。为促进平台间的公平竞争,需要通过公共机构的外部力量重新规制市场各类核心机制(如定价、流通、信用、支付等)。值得特别关注的是数据交易所的创制,是试图通过独立的、中立的、可信任的第三方机构、平台或者交换机制以及相应的法律制度安排,确保数据交易安全,促进数据交易和流通。

第二重构造指向公共数据的开放利用。随着互联网政府服务的广泛应用,数字政府建设走向深入,政府不再只是数据处理规制者,政府乃至国家机关也成为最大的个人信息控制和处理者。其一,公共数据开放是一项具有普惠意义的数据

利用制度。公共数据开放经历了从政府部门间流通到数据对外开放的跃迁,与此同时产生的新问题也亟待解决。其二,公共数据开发利用与公共数据开放,应当属于并行不悖的制度体系。各地的地方性法规和规章对公共数据开发利用进行了探索性的规定,特别是政府和资本合作开发利用的方式。其三,关于公共数据的授权运营,应当在授权范围、方式、程序、绩效评估、退出等方面形成完整的机制。

公共数据开放和利用,以数据公共服务的方式推动了数据的自由有序流动和数据价值的公平分享,是一种有益的数据财产权益价值发现、分配和促进的公法机制。

### 五、结语:促进数据要素流动的秩序构造

无论是否就数据要素进行确权,确立数据财产权,市场的有效运作都需要通过公法构造的支撑和规制加以实现,其目的在于平衡平台、其他市场主体和个人之间的不对称能力,规制数据治理风险,数据的自由有序流动以及数据价值公平分享。数据处理的公法构造或许可以帮助我们在此法政策上超越数据界权,保障和推动数字经济、数字政府建设持续发展。随着数字经济、数字政府的深入发展,商业实践、公共管理和服务的模式在探索和竞争中逐渐定型,数据财产权益的构造也许可以逐步得到厘定。

(原文刊载于《华东政法大学学报》2022年第1期,刘洪阳稿)

# 人工智能推送新闻信息的法律风险及对策研究

## 前沿热点

□ 孟玉

### 一、人工智能推送新闻信息的内涵和特点

“人工智能”(Artificial Intelligence,简称“AI”),是作为研究、开发用于模拟、延伸和扩展人的智能的理论、方法、技术及应用系统的一门新技术科学,旨在了解智能的实质,并生产出一种新的能以人类智能相似方式做出反应的智能机器,其研究领域包括机器人、语音识别、图像识别、自然语言处理和专家系统等。“新闻信息”是对社会公共事务和有关社会突发事件的报道、评论。

人工智能信息推送是指通过一定的技术标准或协议,在互联网上能主动根据用户的需求,将最新信息分门别类、定期传送到相应用户设备中,减少用户的信息过载,提高互联网信息使用效率。人工智能推送新闻信息技术作为信息推送的一种全新方式,正在改变着人类现存的信息交流和获取方式,其有着人工智能技术共有特点外,还有其独有特征,主要体现在针对性、便捷性、共享性、方式灵活性、无缝连接性和及时性。

### 二、人工智能推送新闻信息面临的法律风险

由于大数据具有多维度 and 全面的特点,它可以从很多看似支离破碎的信息中完全复原一个人或者一个组织的全貌。其中最大的法律风险是因公开报道而泄露个人信息或侵犯个人隐私。虽然我国宪

法中没有明确规定个人信息权为公民的基本权利,但现行宪法的诸多条款和民法典可以为个人信息提供依据。需要关注的是机器对数据的收集是否坚持了授权与最小必要原则,是否对数据进行了匿名化与脱敏处理等。如何在推进文化产业化智能化的同时,保护个人隐私、数据是一个重要的问题。

人工智能参与传媒内容生产将会带来信息产能的极大释放,无限的信息生产和有限的人类处理能力之间的矛盾会进一步激化。信息过剩带来的问题具有连锁效应,信息硬性地堆砌,庞大的信息量将淹没人们真正需要的信息,造成信息表面丰富,实则信息匮乏的局面。大量不相关信息的推送会给人脑带来超负荷的压力,降低人的注意力、思考力、筛选和转化有用信息的能力,人们会因此变得懒惰、分析能力下降。从而出现身处“信息茧房”不自知的情形。

随着大数据、深度学习的应用以及智能软硬件的不断迭代,人工智能创作能力不断提高,导致创作成果权利归属问题较为突出。机器人的行为是否构成法律意义上的“独创性”或“主观能动性”还有待考究,同时,针对广大受众群体的不同需求,推送新闻信息的内容不可避免地会涉及众多领域及部门。不产生监管机构的叠加冗余,也不留下监管的真空地带,是当前对利用网络进行人工智能新闻信息推送规制的难点所在。

### 三、我国针对人工智能推送新闻信息应采取的对策建议

技术的发展是一把双刃剑,必须承认“智能推荐”服务为公众带来了极大便利和全新体验,但是媒体服务提供商在运用人工智能技术推送

新闻信息的同时,应明确自己的社会责任并采取有效措施保护个人信息。由于智能推送的海量信息处于实时更新的状态,网络服务提供商根本不可能实时监控并发现所有侵犯个人信息及隐私的内容,不妨借鉴网络服务提供商的“避风港制度”。智能系统后的新媒体服务提供商,提供商在发展过程中,不只要注重自身建设,加强思想道德修养,更要充分认识到在当今和谐社会建设中自身所肩负的责任。

关于人工智能的生成作品,通过智能技术设计并生成的作品是否享有权利?如果有,该项权利应归属于生成作品的机器系统还是创制机器系统的人?根据专家研究,人工智能生成的作品,目前还处于在特定的格式和写作模板下传达信息、表达意思的阶段,尚不能无限定格式地写作内容。尽管机器人稿件的表达技巧有限,但仍可视为著作权法意义上的作品。依世界知识产权组织的权威解释,作品须具独创性。即人工智能生成之内容,只要由机器系统独立完成,即构成受著作权保护的作品,至于其用途、价值和社会评价则在所不问。所以,该项著作权应归属于机器人的制作者或所有人。或许机器享有知识产权毫无意义,整体目标应通过授予创作者的排他权以引诱其创新,如果无须奖励也能产生创新,则权利就无保护之必要。可参照著作权法关于职务作品或雇佣作品的规定,由创制机器人的“人”而不是机器人去享有和行使权利。因此,不难得出人工智能模式下推送形成的新闻作品的著作权,也应该由操纵该系统的人去行使。

法律具有滞后性,而伦理规范可以先行和预设,对已变化或可能变化的社会关系作出反映。制定并完善涉及各方面安全等内容的相关法律法规及其他规范性文件必不可少。如何运用政策及

法律从各方面完善规制人工智能推送信息技术,使其更好地服务于社会,是重要研究问题。传统行业在使用人工智能技术时,务必要保持个人信息收集及使用克制,重视个人信息及隐私保护的合规问题,严格按照法律法规及监管实践,谨慎设计,开发商业模式及产品,防范侵犯公民个人信息及隐私权的刑事、行政及民事法律责任。应当密切关注社会现实,积极回应大数据、人工智能等新兴科学技术所带来的一系列法律挑战,从而为立法的进一步完善提供有力的理论支撑。特别是要充分认识到科学技术对社会生产和生活带来的结构性、革命性的影响,尽早观察和预测未来法治发展的方向,促进良法制定,使我们的法律尽可能地契合未来的发展,成为未来科技发展的一股制度支持力量,而不能成为科技发展的障碍。

