



# 数字法治的三维面向

## 前沿话题

□ 马长山 (华东政法大学教授)

数字化转型已成为驱动生产方式、生活方式和治理方式变革的核心动力,置身其中的现代法治,也在三个维度上迈向了数字法治。

### 一、厘定数字政府/数字公民新框架

在当代时代,从衣食住行到生产生活都已全面数字化,每个人都拥有自己的数字身份和数字人格,从而深刻改变了政府与公民的互动关系。

其一,确立数字行政的合理性、正当性。随着数字政府和数字社会建设的加快,越来越多的国家和社会事务都要进行大数据归集和全流程在线办公,这就形成数字化公共服务和数字化公共参与的新形态。但也出现了一些挑战与问题:一是“数字鸿沟”和公共服务的“数字化障碍”,增加了不平等、不公平的社会风险。因此,如何让技术促进数字政府的公平性、民主性,就成为重要的时代课题。二是自动化行政中的算法决策,固然具有很高的工作效率、一致的标准和客观的计算结果,但算法黑箱、算法错误、算法偏见等问题也难以避免。因此,亟须规制公共算法,促进数字行政和数字治理的合理性、正当性。三是公共数据具有重要的经济和社会价值,因此,它一方面应面向社会开放利用,进而克服数据孤岛和壁垒,增强数字政府透明性、问责性和民主参与,确保其“取之于民、用之于民”;另一方面,又要维护数据安全,保障个人信息权利,确保国家安全利益。

其二,确认数字公民权身份。数字时代的公民更多地通过在线方式,按照数字政府流程来办理申请、申报、审批等各项私人事务;通过在线听证、在线投票、电子选举方式参与公共事务和投身政治过程。其在线流程中的身份认证、信息交互、信息处理等,已经超越了人的生物属性和物理空间,其活动方式也呈现为“屏对屏”的虚实交融状态,这些都是公民的数字身份、数字表达和数字行为,需要法律的确认和维护。

其三,保障数字人权。一是自动化的不平等,信息鸿沟、算法黑箱、算法歧视等问题越来越突出。二是诱导推送的政治操控。在美国总统大选中,脸书、推特等平台公司通过抓取、分析大量用户信息,进行数据画像和个性化推送,从而操纵选民的意识和行为,英国的脱欧同样如此,这就侵蚀了公民的自主性和自由民主权利,带来新型的人权威胁。三是算法决策的劳动操控。算法日渐成为数字社会秩序的构建力量,但它并不是工业机器那种“无意识”替代和控制,而是“有意识”的计算机操控,“对外卖骑手”的劳动计算和控制就是典型一例。四是国家层面开始关注“数字人权”,制定出台了保护政策和规范。

### 二、塑造数字治理新范式

网络化、数字化、智能化的交融发展与深度融合,催生了数字治理新模式。主要表现在:

其一,共建共享共治属性。首先,数字社会的基础是数据信息的流通、控制与分享,同时加强相应权利保护,这是数字治理的基本准则。其次,代码成为一种新“法律”,是共建共享共治的根本动力,展现了新型内生自发生秩序。再次,各种新业态、新模式

和平治理中的民间治理规则,倒逼监管部门将其纳入国家立法之中,促进了国家与社会力量的秩序共建。

其二,三元结构平衡机制。平台拥有制定平台规则的准立法权、管理平台的准行政权、解决平台纠纷的准司法权,既是裁判员又是运动员。它既是社会的power,又是社会的right,这就形成了数字政府、平台经营者、数字公民(用户)之间三元平衡的数字治理框架和运行机制。

其三,交互回应型规则。各类平台规则、代码等技术规则以及行业规则的规制,重在针对数字经济发展的纷繁业态和个性化要求,转向场景化的专项定制,回应性的弹性框架、自主性的多元规约等,来实现类型化、精细化、多元化规则的数字治理。

其四,智慧司法可视。其关键是要进行数字化的机制再造和制度重塑,如司法平台化与分工制约机制改革,司法区块链与诉讼证据制度改革、算法决策与审判监督制度改革等,进而打破物理时空限制,促进司法阳光透明、技术规范、智慧可视。

其五,呈现数字正义。即在国家/平台/社会的复杂框架中,法律通过数据、信息这一“中介”来分配社会资源,解决社会纠纷、传递社会价值,因此信息是权力的中心。此时法律所呈现的不仅是分配正义,而更多地加持了基于分享/控制的数字正义。

其六,坚持以人为本。一是应客观认识到任何技术应用都是有价值偏好的,需要确立并完善“以人为本”的行业规范和职业伦理。二是不宜把人类的行业规范和职业伦理中,植入法治理念和人权精神,秉持数据正义准则,塑造数据正义观和保障“数字人权”。



### 三、构建“数字主权”新形态

网络空间中的民粹主义、数据黑灰产,犯罪活动等等,打破了网络自由主义的理想,各国的国家权力也纷纷介入其中,而且越来越演变成大国竞争的政策工具,实施长臂管辖策略。美国就通过“云法”明确规定美执法机构可直接获取境外数据,同时,应外国政府请求向其提供美国公司控制的非美国人数据,这无疑是在规避所在国管辖的“治外法权”。

对我国而言,立法也并未从物理“范围”或“地域上”来对网络空间主权进行界定,而是从行为上来规制,展现着数字法治理念下的体系化逻辑,构

建了新时代的“数字主权”。一是对网络空间主权进行价值设定,体现了分享与控制的数字法治价值。二是确定了网络空间主权边界,即在属地原则之外确立了效果原则,只要对我国产生社会后果,就纳入法律管辖,从而超越了物理边界来向域外主张网络空间主权的疆域。三是确立网络空间主权的规制方式,除国家安全法是关系法外,网络安全法、数据安全法都是行为法,构建了相应的规制方式。当然,还需要阻断外国“长臂管辖”“规避管制”的不当适用,增强网络空间主权的适用效力,并积极参与国际规则和制定。总之,确立“数字主权”是一种时代要求,也是数字法治的重要发展面向。

文章节选自《北大法律评论》2022年第2辑(第21卷)

# 数智化社会的法律调控

## 前沿观点

□ 齐延平 (北京理工大学法学院教授)

数智化社会是“架构”于后设机制之上的社会,其为我们提供了一种基于后设机制的时空环境和生产生活方式,确立了社会生产生活的社会组织模式与样态。后设机制成为人与外部世界之间、人与人之间联系的统一纽带、互动的统一后台、归化的统一机制,人在创造着数字社会,数智化世界也在缔造着人的新本质、新形象,即数智人本质和形象。

在数智化社会中,信息和数据的“公共性”“可共享共用性”“用后不贬值性”等属性使得形成于工业文明时代的生产资料所有制关系发生根本动摇,这是数智化社会关系和法律关系将与既有定式告别根本经济原因。

在数智化社会中,社会关系主干形态将由垂直等级化向扁平化、由集中化向分散化演变,传统法律关系公共领域权力运行的主干逻辑不再是一种人与人之间直接的垂直命令与服从关系,而是所有人与数智化工作平台之间的互动工作关系。

在数智化社会中,私领域内的权利形态以及权力与权利关系质变引发的法律功能失调可能更具颠覆性,政府权力、社会权力、私人权利的界限越来越模糊化,因为三者都已屈服于数智化后设机制的统一规制。在三元力量中,国家权力可能会在数智化技术加持下极化,也可能在数智化社会权力面前不堪一击;社会权力在数智化技术加持下可能成为个体权利的最大侵害源;而私人权利在制度设计、操作与运行层面的功能正急速衰退。

数智化后设机制提供了一体化的基础架构,一切社会关系均基于此而生,互动和发展,这就为我们重整法律调控提供了必要性与可能性。

### 数智化社会的法律先行介入

数智化社会是时空脱域的社会,一方面,其彻底拆除了时空界限和领域边界,将社会关系从实体世界中脱嵌出来,同时将其抛入无边无际的人机互融、虚实同构、算法主导的时空背景和环境之中。另一方面,其赋予了社会关系在时间维度上的不可测度性,在空间维度上的流动性以及在社会维度上的互联性,将之抛入无限延伸的超大规模、超复杂关系之网中,开放性和不确定性成为数智化社会的典型特征,这必然导致聚焦于事后的传统监管机制的降效失能和传统法律调控模式的功能失调。

数智化生存是一种时空流动中的虚实同构生存。流动的空间和无时间之时间成为人类生产生活新的时空背景,一切社会关系要素都是流动性的和数智化的,而且都是通过后设机制这一中

继系统发生的,数智人主体作出行为、创设社会关系均基于该机制以及该机制提供的共识公信而进行,无需知道另一方的生物性、社会性、物理性状态。而且该中继系统本身还具有“第三方”隔离功能,隔离了发生关系的各方主体,也隔离了行为原因与行为后果之间的直接联系,法律事后处置逻辑中主体间的因果关系分析不再奏效,或曰会陷入无限循环困局之中,这就为脱责提供了理由,为传统进路的法律责任认定和归结制造了不可能。

数智化社会关系本质上是一体“架构化”的,不存在脱离后设机制这一架构的社群规范、市场和架构。在法律工程中,施工重点将前移到底层逻辑的法律与技术同构上。法律对人与关系的调整完全可以通过直接规制、塑造后设机制以及规制作用于该机制的行为而实现,我们不再需要律师,需要的是将法律直接植入我们的设备及周边环境中并由这些设备和环境付诸实施,智能型自动环境自动帮助我们完成决策和自动化执法。

### 数智化社会的法律先在规制

数智化社会将是一个需要全方位规制且能够实现从宏观入微、由中枢到末端全方位规制的社会。事前规制与塑造行为和事前阻却不法与违法行为,将成为数智化社会的基础性法律构造技术,责任与义务规则将取代权利规则成为法律规制的主要样态。

规制主义法律规则必然是“先在”预置的,权利主义法学应为规制主义法学所取代。“赋权与救济”模式在现代学术史上终结了法学理论;而在数智化时代,法学理论应终结这一神话,而从规制、塑造与阻却等基本范畴出发,实现自我革新、重构和重建,以法律的算法化预设为手段打造法律自动化运行系统,来实现数智化社会中自由、权利和尊严的切实保障。

### 数智化社会的法律算法化运行

数智化社会的最大特征在于经验的退隐与退场,技术的凌驾与统御,数智化后设机制统御了世界的一切要素,也摧毁了现行法律关系的建构基础与可能性。后设机制成为人与外部世界之间、人与人之间联系的统一纽带、互动的统一后台、归化的统一机制,法律通过预嵌实现自身的“后设化”,将是法律的续命之本。

数智化后设机制与超复杂社会互动共生的必然结果是对政治、经济、社会乃至哲学、文化和艺术的技术一体化。数智化是新生产生活方式展开的基础,也是现代性截至今前的终极体现,其确立了法律算法化预嵌和自动运行的逻辑基础。

在数智化社会中,技术统御是全息性的,技术触点是广域弥散状分布的,是深及社会毛细血

管与神经末端的。法律规则将通过代码化处理内嵌于数智化社会的后设机制之中,内嵌于一切必要的时空场景及行为流程之中,构成数智化社会运行的神经网络、运行轨道和尺度边界,进而实现法律的算法化自动运行。

在法律算法化预嵌过程中,要确保法律规则和原则、法律价值和目标、法律功能和目标不受减损,需要确立的原则是“法律先于技术”“法律融入技术”“法律归化技术”。在法治国家的版图中,只有法律之治而无技术之治;在哲学之眼中,数智化技术也仅仅是法治的工具、手段和载体。

法律的算法化也就是法律整体上的“智能合约化”,不仅是指一个具体智能合约化了的交易的自动运行,更是指各领域的“一般性”法律规范在整体上的智能合约化及其自动运行,也就是包括宪法在内的整个法律体系的智能合约化自动运行,这将是一场前所未有的法律革命。传统意义的“法律文本”将成为这一机制建设和运行的“脚本”或“说明书”,而不再是法律人工操作的指南。法律算法化预嵌及自动运行将成为法律实践常态,而法律的人工操作将成为非常态。

### 法律算法化运行的反思平衡

构成前数智化社会及其制度DNA密码的概念、范畴及框架,比如国家与公民、阶级与阶层、主权与公民、权利与义务、公域与私域、公权与私权、公法与私法等,在应对数智化生存催生的新挑战和新问题时日渐降效失能。法律事实、法律关系、法律责任等法律核心概念需要重新铸造,法律功能与法律作用发挥的技术路径需要重新打造。法律将通过行为前的环境控制和行为控制,直接对人们的行为予以规制和塑造,直接阻却不法与违法行为的发生,司法的事后介入将成为异常情形的特殊处理机制,而不再是常规化机制。

数智化将人类推向了新的自由高地,但同时也就意味着将人类推入了新的监狱之中。世界正被彻底算法化,法律算法化只不过是其中的一个必然维度罢了。我们必须时刻关注数智化发展动态,必须同步为之注入人文价值,为之套牢法律之轮。数智化在改变一切,但这并不意味着世界就一定是变得更好了。我们只能说,传统问题有的可以借助数智化获得完美解决,但更多的问题却在技术的加持下变得更加隐蔽、复杂化乃至恶化了。

数智化后设机制走向权力极化将不可避免,我们需要建立持久的反思与平衡机制。数字鸿沟导致的平等前所未有的,大数据技术应用加剧歧视与偏见,人工智能技术应用触及人的尊严与主体性等最敏感的领域。面对种种风险与挑战,法哲学之眼需要有人类与数智化拉开距离,时刻从人的自然属性、人类命运和正义视角对法律算法化自动运行作出审视与反思。

原文刊载于《中国法学》2022年第1期

## 热点聚焦

□ 关颖雄

强化人员配备,建设高素质纪检监察队伍。想要作出成绩,自身必须具备相应的能力,要从政治机关的性质和讲政治的高度认识建设一支政治素质高、忠诚敢于担当、专业化能力强、敢于善于斗争的纪检监察铁军的深刻内涵和意义,不断强化提高政治学习能力、业务能力,努力提升自身政治觉悟,将学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想作为首要政治任务。首先,强化政治理论学习教育,深化运用党史学习教育经验。纪检监察工作经常面临各种腐败案件和各类腐败分子,如果纪检监察人员政治理论素养不强、意志不坚定,有可能会被腐败被利用。必须牢固树立为人民服务思想,切实强化思想理论的学习,不断用党的创新理论武装头脑,坚定立场,不断提高自己防腐拒变的能力。其次,纪检监察人员还要进一步强化业务能力学习,提升业务能力培训,熟练掌握纪检监察专业业务能力,掌握纪法思维和纪法贯通能力,不断增强法治意识、程序意识、证据意识。

坚持以人民为中心,夯实纪检监察工作群众基础。必须深刻把握人民对美好生活的向往,时刻把以人民为中心的发展思想作为正风肃纪反腐的根本政治立场,把群众利益无小事的观念落实到行动上。首先,与人民群众切身利益相矛盾的是纪检监察工作的重点,新时代要继续整治“四风”问题,重点对人民群众关心的教育、环保、食品安全、司法等领域开展反腐败斗争和整治不正之风,脚踏实地解决好群众切身利益问题,促进中央各项惠民举措落地生根,切实赢得广大人民群众拥护和赞同,为反腐败斗争的最终胜利筑牢群众基础。其次,新时代纪检监察工作不能只依靠纪检监察人员,还必须依靠群众,坚持党的群众路线。当前腐败和反腐败斗争还在激烈进行,并呈现出一些新的阶段性特征,必须注重发挥人民群众的监督作用,对人民群众关心的切实问题提供畅通的反馈、咨询、举报、监督渠道,有效为反腐败工作提供线索和证据,让群众在纪检监察工作中知道为什么监督、如何监督,进一步提升纪检监察工作的群众参与感和获得感。

完善监督体系,推进协同监督监督体制。全面贯彻“三不”思想,即“不敢腐、不能腐、不想腐”,是反腐败斗争的根本原则,是新时期全面从严治党的重要方略,需要坚持在党委的统一领导下,政府各部门相互配合,齐抓共管,协助党委推进全面从严治党要求,不断深化各类腐败案件的查处,积极推进党风廉政建设。各级部门要履行好对本部门的监督职责,切实做好管党治党的责任,切实守好自己的责任田,确保清正廉洁政治

## 新时代纪检监察工作高质量发展

本色。只有将纪检监察部门与其他部门工作协同开展,做好纪检监察、财政审计监督、信息化共享、群众监督、舆论监督等机制相互融会贯通,才能探索建立符合时代要求的协同监督管理机制,形成监管合力,推动纪检监察工作落实到位,责任到人,从而真正解决监督全覆盖的问题,切实做到“把权力关进制度的笼子里”,提升纪检监察工作的综合效能。

强化纪检监察干部自我监督,防止“灯下黑”现象发生。监督别人首先要监督好自己。作为纪检监察干部要认清自己的职责,牢记自己的使命,对习近平新时代中国特色社会主义思想有深刻的认识,自觉接受严格的约束和监督,在廉洁自律和党风廉政建设上起到模范带头作用,带头落实“两个维护”,切实做到自身正、自身净、自身硬,以增强对重大斗争、防范重大风险的能力和底气,为提升纪检监察工作综合效能奠定坚实基础。要注重思想理论教育贯穿生活、工作全过程,将问题发现在萌芽阶段,成为带头坚定理想信念,对党忠诚的模范,确保执纪审查各项工作规范合规。最后,纪检监察干部还要提高自身素质,练就过硬本领,敢于向不法势力动真碰硬,切实担当起时代赋予的使命和任务,确保纪检监察队伍清正廉洁。

依托信息化手段,助推纪检监察工作腾飞。实践证明,互联网这个最大变量,正在反腐败斗争中发挥着强有力的作用。顺应时代信息化的潮流,乘着科技的风,必能将正风肃纪、反腐惩恶的斗争进行到底。首先,要依靠信息化手段,强化数据、信息、资源的共享共建,建立健全信访举报、电话函询、案件监督管理等数据信息平台,通过科学的数据分析方法,精确研判政治生态,明确监督检查薄弱环节,剖析问题原因等,通过信息化手段进行大数据分析,从各部门到具体个人进行“画像”,分析群体或个体的廉洁自律情况,防止“灯下黑”现象的发生。其次,进一步推进现代化信息手段融入权力运行的各个阶段和环节,能够通过信息化进行管理的尽量不掺杂个人意志,权力一旦被个人或者小群体所掌握,就容易滋生腐败,比如福利彩票、爱心捐赠等。推进工作信息化有利于强化过程管理,减少人为干预,能够在一定程度上消除腐败滋生和权力“寻租”的土壤,用技术管权用权,以弥补管理方面存在的漏洞和不足。

新时代新征程新使命。提高适应时代发展的适应能力以及全面负责地对人民群众的需求作出回应,并提高政治判断力、政治领悟力、政治执行力,牢记政治机关性质,聚焦监督执纪执法中心任务,抓好队伍建设,协同运用现代科技手段,以促进纪检监察工作高质量发展为目标,才能为继续打好党风廉政建设和反腐败斗争攻坚战、持久战作出应有贡献。

作者单位:华东政法大学

## 监察

