

## 软法视域下人工智能的标准化治理

### 前沿观点

李文杰

近期,工业和信息化部等四部门联合发布《国家人工智能产业综合标准化体系建设指南(2024版)》,这是我国以标准化推动人工智能产业发展的又一实践。在法学视野中,标准是“软法”的一种。软法是不具有法律约束力但是可能会产生实际效果的行为准则。以功能主义视角观之,软法与硬法(具有强制约束力的规范或规范体系)在国家治理体系中一同发挥着合作治理的作用。

### 标准化治理助推人工智能有序健康发展

标准化治理契合包容审慎的监管原则。人工智能技术的发展日新月异,让人目不暇接。人工智能标准因不具有硬法所具有的强制约束力,从而避免了对人工智能产业可能施加的不当限制,为人工智能产业的发展留下充足的空间。而且,一般情况下人工智能标准可以较快地被制定、修改和采用,不必经历如硬法那样相对较长的制定程序,因而适用成本较低且具有更高的灵活性。

标准化治理增强人工智能风险治理效能。就其本质而言,人工智能是一种模拟人类大脑运作的技术,其所带来的伦理、技术、社会和法律方面的风险非比寻常,会将人类社会带进一个不确定性的时代,因此成为政府治理的难点。面对这些风险,有观点认为作为重要的“软法”治理工具,技术标准有助于在人工智

能开发早期嵌入伦理和价值要求,在应用和部署阶段推动评估和认证制度的有效落地,在事后阶段为人工智能技术和产品构建追溯和责任制度提供依据,从事前、事中、事后三个阶段全生命周期监管人工智能风险,进一步降低人工智能开发和应用、部署中的风险。

标准化治理促进人工智能产业的高质量发展。现如今,我国对人工智能产业高度重视,进行了大量政策和资金支持,人工智能产业取得了长足发展,但是不可避免地会产生一哄而上、泥沙俱下的现象。对人工智能产业进行标准化治理,就是利用标准对其是否合格和满足社会需求进行判断,从而将不符合标准的人工智能产品拒之门外。此外,通过积极采用及时反映科学技术最新成果的人工智能标准,可为市场提供更高质量的人工智能产品,促进人工智能技术发展的更新迭代。

标准化治理有助于为世界提供人工智能治理的中国方案。现如今,个人信息保护领域的“布鲁塞尔效应”即为明证。在人工智能领域,欧美等国不断制定和更新标准以抢占人工智能领域的制高点。世界范围内,人工智能技术飞速发展,人工智能产业方兴未艾,这是人工智能标准形成的关键时期,我国作为人工智能技术的大国,值此之际大力推进我国人工智能的标准化治理水平,增加国际人工智能治理领域的中国因素,或可将我国人工智能标准变为认可度和适用性较高的“国际软法”,提升人工智能治理的中国国际话语权。

### 多措并举提高人工智能标准化治理水平

坚持“以人为本”作为人工智能标准的基本原则。

有学者将软法有效性的前提定位为在不抵触硬法规定、原则和精神的情况下,符合一定范围内社会对更好的“公共善”的认知和期待。在人工智能治理领域,无论是《布莱切利宣言》这一旨在管理人工智能风险的声明,还是我国发布的《新一代人工智能伦理规范》《关于加强科技伦理治理的意见》《互联网信息服务算法推荐管理规定》等,都将“以人为本”作为人工智能伦理的基本原则,将促进人类更好地发展作为人工智能技术的第一要义。依此而论,人工智能标准若想获得有效性和说服力,必须坚持“以人为本”的理念,并将该理念融入每一部人工智能标准的制定和实施过程之中。

改进人工智能标准制定时的互动和参与方式。软法是一种通过协商和沟通的过程而制定的规范,要求参与主体具有多样性,参与方式具有灵活性。在我国,有权向国家人工智能标准化总体组提出标准化建议和技术提案的单位仅占极小一部分比例。未来可以考虑赋予更多的人工智能企业和团体提出标准化提案的权利,同时向更多的公众开放,集思广益。在参与方式上,通过座谈会、研讨会等方式增强民主性,借助“两微一端”等移动平台拓宽参与渠道。

建立人工智能标准与硬法的衔接和融合机制。软法和硬法虽然以不同的方式展现各自功能,但是在实践中硬法有时通过引用标准实现对标准化成果的合理利用,构建了两种治理方式的合作共治模式。为了将人工智能标准与法律更好地衔接,有观点认为在制定法律规范时,应将所涉人工智能术语和分类等基础性概念与已有的较为成熟的人工智能国家和行业基础性标准衔接,同时应建立向标准制定者反馈法律后果的机制,通过开展对涉及法律问题

的人工智能技术标准重新评定等活动,分析标准的科学性和合理性,为后续修改或废除做准备。此外,人工智能技术发展较快,对标准的要求相应也“水涨船高”,为此应建立对标准的评估机制,提高人工智能标准对技术的响应速度。

加强人工智能标准制定的国际交流与合作。人工智能的治理事关国家主权、安全、发展利益,涉及国家间的合作和竞争,与全人类的福祉紧密相连,是国际社会共同关心的问题。为此,我国应遵循本国主体性原则积极参与国际领域的人工智能治理。在国际组织、论坛上发出我国对人工智能标准化治理的声音,加强与国际标准化组织的交往与合作,通过多边和双边合作机制就人工智能标准与国际社会交流互鉴,共同推动人工智能标准化治理走向更加美好的未来。



### 观点新解

### 张敏谈数字政府建设政企合作法律风险的规制模式——契合数字时代的合作治理实践与行政法治发展



河南大学法学院张敏在《现代法学》2024年第3期上发表题为《数字政府建设政企合作法律风险的规制模式》的文章中指出:

数字政府建设以算法、AI、大数据、区块链等信息技术为基础,普遍采取政企合作方式进行。企业搭建基础设施,提供平台、技术和服务,政府履行公共责任,通过数字要素与行政管理的融合提升政府治理效能。数字政府建设政企合作的目标是公私协力实现公共供给,以数字化赋能中国式现代化。

风险是某种行为导致特定危害发生的可能性,具有不确定性。相较于基础建设、养老服务等传统领域,数字政府建设政企合作的风险更具广泛性、系统性和扩散性,主要存在数字技术侵权、政府权力迁移、行政优益权履行不能和责任虚化等法律风险,容易产生合作中断、非正常终止等问题,致使合作结果与目标存在差距。

在公共行政背景下,风险是一个规制性的概念,根据风险来界定公共管理者和规制者的活动是架构公共行政的重要方式。现有风险规制模式主要是以行政监管为核心的政府规制,强调市场主体自我约束的自我规制,突出市场作用先行,政府规制为保障的元规制,并呈现为“政府规制—自我规制—元规制”的发展历程。现有风险规制模式在处理传统的政企合作关系时各有优劣,但对数字政府建设的特定适用场景时则均呈现出捉襟见肘之势,表现为风险防范不足,对互动关注不够,过于强调过程规制而缺乏结果有效性的考量。

风险社会的问题解决需要更多合作,但很多关系的极化容易导致合作失败,这就需要下一个新的风险规制模式,即结果导向型合作规制模式。它以结果与目的一致为导向,契合数字时代的合作治理实践与行政法治发展,对数字政府建设政企合作法律风险的规制更具妥当性。

在结果导向型合作规制模式下,数字政府建设政企合作风险规制的法律构造体现为目标规制、过程规制和结果规制三个层面,并通过实体构造和程序设置予以实现。就规制目标而言,应建构将公共价值嵌入算法的合作机制,并通过风险评估和公民参与程序规制避免风险。就规制过程而言,应强化信用监管,优化契约机制分别规避政府权力迁移风险和行政优益权履行不能风险,并通过风险管理程序实现。就规制结果而言,应明确政企责任分担,并通过公共问责程序规避责任逃逸风险。

### 黄绍坤谈平台规则效力判定标准的建构——应坚持体系视角关注共性尊重差异



武汉大学法学院黄绍坤在《法学评论》2024年第3期上发表题为《平台规则效力判定标准的建构》的文章中指出:

平台是指通过网络信息技术,使相互依赖的双边或多边主体在特定载体提供的规则下交互,以此共同创造价值的商业组织形态。当前,平台已经成为网络生活的基本载体,不断推动着数字空间的社会关系转化为“国家—平台—社会”三元结构。在平台内,平台经营者处于支配者地位,并依据单方制定的平台规则开展平台治理。平台规则是平台治理的依托,通过对其效力的控制,可以有效保障用户利益,优化平台生态。现有立法和司法实践关于平台规则效力的判定标准难以应对网络新问题和实现平台治理优化,需要予以重构。

平台规则效力判定标准的建构应坚持体系视角,关注共性,尊重差异,以保持法律体系的稳定性、层次性和科学性,谨慎类推推定既有规则效力判断标准的内在架构。从法律体系看,平台规则的法律定位超越了民事合同,逐渐转变为法律规范。

平台规则的效力判断不能简单套用格式条款效力判断机制,也不能完全照搬私法、公法上的既有范式,而应有限借鉴行政规范性文件等的效力判断标准,从主体权限、程序、实体内容三方面加以考察。平台行为并不需要遵循“法无授权不可为”原则。在设置平台行为的边界时,需要明确行为的红线,确定行为的负面清单。现有立法中关于主体权限的红线设定主要是法律保留的内容。此外,平台经营者权限设定还需满足用户的合理期待,即考察用户的可能性授权。平台规则的程序性要求有两方面意义:一是保障用户在平台规则形成过程中的参与度,可以将用户意愿反映至平台规则;二是保障平台规则的透明度,方便用户作出同意与否的意思表示。为实现平台规则程序要件的双重价值,立法上确立了平台规则制定、修改程序和用户提示规则。在实体要件层面,平台规则并不完全适用“法无禁止皆可为”的权利行使准则,除了内容不能违反强制性法律规范外,还需要引入赋权均衡原则、非歧视原则、比例原则等作为具体考量依据。

(赵珊珊 整理)

## 诈骗罪处分意识必要说的功能

### 前沿话题

张弛

在我国,虽然盗窃罪与诈骗罪的法定刑相差无几,但是诈骗罪的入罪与否仅以数额为唯一标准,而盗窃罪存在不问数额而以行为的特殊性为入罪标准的情形:多次、入户、携带凶器、扒窃。另外即便是在数额上,诈骗罪的入罪数额比盗窃罪要少。从刑罚上来讲,我国盗窃罪确实是重于诈骗罪的。在此背景之下,诈骗罪只有坚持处分意识必要说才能与盗窃罪相区分,并继而实现相应的功能。

### 区分的功能

第一,处分意识可以区分盗窃罪的间接正犯与三角诈骗。盗窃罪间接正犯是利用不知情的第三者转移被害人财产的占有;而三角诈骗是使被害人陷入错误认识而处分了被害人的财产。由于“利用不知情的第三者”往往就是“使被害人陷入错误认识”,并且“转移被害人财产的占有”事实上就是“使被害人处分了被害人财产”,可见两者在行为方式上具有天然的“竞争性”。但盗窃罪与诈骗罪既然互斥,那么当行为存在一定的“竞争”时,必须通过一定的方式使两者截然分开,只有处分意识具有该功能。比如,甲乙喝酒时甲劝诱自己为女朋友丙开通了亲密付功能,但是还没有告诉丙,乙随后利用时间差,告诉丙某活动邀请好友支付免费,丙支付后果真发现没有扣除自己的余额。此时,丙的支付行为对第三方支付

平台来说,属于基于概括授权的处分行为,但是丙对于财产性利益没有处分意识,如果不借助处分意识必要说,就一定会形成盗窃罪的间接正犯与三角诈骗合构的局面。

第二,处分意识能够甄别不作为的处分行为。由于处分行为包含作为与不作为,针对不作为,必须考察处分人的内心真意才能肯定是否属于处分财产的行为。比如,甲回家上楼的过程中,看到一伙人在搬运电视机,以为是某户搬家,不仅不予制止,还上前帮忙,回家后才发现家中财物被搬搬一空。此时,甲的不制止行为如果不要求处分意识,可谓是处分意识不要说中的处分行为,有处分权限,有处分能力和自由意志,应当成立诈骗罪。这种结果显然并不合适。但是如果处分意识不要说以该行为为非处分行为所以不构成诈骗罪,事实上就是一种虚伪的处分意识不要说,因此在这种情况下,除了处分意识可提供是否属于财产处分的判断之外别无其他素材。进言之,在作为的情况下处分行为与处分意识存在剥离的情形,在不作为时处分意识与处分行为是主观观相统一的。

### 衔接盗窃罪中“被害人同意”理论的功能

盗窃罪属于违背意志破坏占有建立新占有的财产犯罪,因此如果被被害人对于财产的转移占有持有同意的态度,那么足以阻却盗窃罪的违法性从而排除盗窃罪的构成。持处分意识不要说的学者亦同意该理论。但是处分意识不要说无法衔接该理论。因为只要承认两罪互斥,“存在处分意识”在内容上实质等同

于盗窃罪中的“被害人同意”。但处分行为与处分意识存在剥离的情形,比如基于概括授权的支付行为被评价为处分行为是针对第三方支付平台而言,对被害人而言却不一定存在占有转移或丧失财产性利益控制的同意,是故对基于概括授权而没有处分意识的侵权案件而言,“处分意识不要说”只能以“没有处分意识仍构成诈骗罪”来积极地肯定诈骗罪,却无法以“存在被害人的同意”排除盗窃罪,同时又具备诈骗罪的其他要件来肯定诈骗罪。可见只要承认两罪互斥,“处分意识不要说”就无法衔接该理论。

### 确保刑法规评价相对独立的功能

由于参考的素材不同,刑法评价与社会观念之间可能会存在紧张关系。比如,对于没有处分意识的侵权案件如何定性,如若不作刑法上盗窃罪与诈骗罪的区分,因为存在广义上的欺骗,社会观念会倾向于认定为诈骗罪,有学者便认为刑法应当顺应社会观念,摒弃作为诈骗罪构成要件的处分意识,但这种观点并不合适。

其一,社会观念具有不确定性和难以测量性。社会观念终究是一种感性的观念,其素材来源广泛且没有确定的判断标准,往往是冲动、易变而又急躁的,它们轻信且易受暗示,夸张而又单纯。社会人群由于各自职业不同,收入不同,接受教育程度不同等,针对一个案件必然形成不同的观点,并且这种观念难以被量化。

其二,坚持处分意识必要说可以让理性的刑法评价影响感性的社会观念。社会观念与刑法评价是相互作用的,以死刑为例,在过去,杀人偿命可谓大

部分群众所信守的传统观念,但是随着刑法的进步以及刑罚的文明化,这种观念受到了很大程度的动摇。据学者统计,在31665名被访群众中,有30.7%的群众赞同废除死刑,更意外的是,当被问及是否赞同替代措施代替死刑立即执行时,有81.1%的群众赞同“终身监禁”代替死刑立即执行。造成这样的结果当然是多方面的,但是刑法规范的理性适用无疑是其中重要的一环。基于此,只要刑法的评价是合乎逻辑和理性的,就应当坚持其独立性。结合当前我国正在进行的打击电信诈骗的行动,以处分意识必要说所做的对盗窃罪与诈骗罪的合理区分可以使得刑法的理性评价深入人心。



## 加强柔性执法应用 让执法更具人文关怀

### 前沿关注

唐慧琪

法治政府建设是全面依法治国的重点任务和主体工程。行政执法水平是衡量法治政府建设成果的重要指标,也与人民群众日常生活和切身利益息息相关。随着社会主义法治化不断发展,人民群众对行政执法的公平公开公正有了更高要求。传统的简单、机械、粗暴式执法在实践中暴露出很多问题,不但没有达到教育的目的,反而引发更多的矛盾纠纷,加剧了人民群众对行政执法的质疑和不配合。2010年以来,继上海市在全市范围内推行“柔性执法”后,“柔性执法”这一代表着“柔性治理”理念的新型执法方式逐渐在全国范围内推广应用。各地通过制定推进柔性执法规范性文件、发布柔性执法典型案例和视频教程等方式,加强“柔性执法”的宣传和应用。

“柔性执法”是指执法部门在执法过程中依法采取不予行政处罚、从轻行政处罚、减轻行政处罚,甚至在特殊情况下免于行政强制措施等的系列执法方式。随着强制性、暴力性、单向性的执法模式逐渐被非强制性、协商性、双向性的执法模式所替代,承载着更多价值理性追求的柔性执法形式成为社会法治过程中的发展趋势和普遍选择。

“柔性执法”方式融合了“柔性治理”理念,体现了我国法律的“以人为本”与“平和之道”。与刚性执法的机械化、程序化的硬性治理方式不同,“柔性治理”是以风俗、信仰、道德、习惯等非成文性规范为主要手段进行执法管理,要求执法人员在执法过程中

做到法理情融合,换位思考,设身处地理解被执法对象的“人文关怀”需求,这样不仅能实现人民群众矛盾的低烈度处理与社会纠纷的高效解决,还能补全和完善刚性治理体制机制,为执法工作的刚性和理性注入了新的活力。《法治政府建设实施纲要(2021-2025年)》提出,建设人民满意的法治政府,并创新行政执法方式,包括“广泛运用说服教育、劝导示范、警示告诫、指导约谈等方式”“全面推行轻微违法行为依法免于处罚清单”等内容。这些正是行政机关“柔性执法”方式的体现。

在基层的执法实践过程中,“柔性执法”虽然已经被广泛运用,但执法人员及其工作人员如何实现“刚柔并济”和“刚柔有度”,笔者认为,应秉持合法合理、以人为本、实事求是、灵活适当、教育先行这五大原则,以促进“柔性执法”方式的完善、发展和规范。

第一,“柔性执法”应当秉持合法合理原则。“柔性”必须是在法律规范框架下的相对“柔性”。“柔性执法”实施的条件、对象、过程、手段以及结果都必须符合法律法规且在法律规定的框架范围内。同时,“柔性执法”应该有相对统一的执法尺度和执法标准。在框架范围内由执法人员根据具体情况进行具体分析,既要避免不“柔”,也要防止大“柔”。目前,有许多地方已经在探索统一“柔性执法”尺度的方法。例如,湖南省张家界市慈利县在全省率先出台《慈利县“首违不罚”指导意见》,制定了免罚(含首违不罚)、从轻处罚、减轻处罚事项“三张清单”,明确了适用的违法行为、条件和标准等内容,为行政机关推行“柔性执法”提供了制度保障和执法指引,赢得当地群众好评。

第二,“柔性执法”应当秉持以人为本原则。从一

定角度来说,被管理者是执法机关的执法基础;相应地,人民群众也是执法机关的服务对象。因此,处理好与人民群众的关系对执法机关的执法活动十分重要。执法机关在执法过程中必须要坚持为民服务、对民负责,要以相对柔和、温和、轻度的处理手段代替原先针对行政相对人的强制性、暴力性、重度性的处罚结果,以达到程序简明、工作高效、主动服务、人民为先的执法效果,从而满足人民群众的合法需求与合理关切。

第三,“柔性执法”应该秉持实事求是原则。执法人员在基层执法过程中应当依据案件客观事实和行政相对人具体情况进行执法活动,要详细准确地表述当事人违法事实,清晰有序地列出处罚依据,具体分析其在法律范围内的从轻、减轻或免于行政处罚的情节,积极引导其自觉改正轻微违法行为,而不是简单地照搬法律条文进行“生硬”的处罚。只有执法人员根据违法行为和违法当事人的实际情况,实事求是地进行关于行政处罚结果的柔性化处理,才能让当事人更易于接受和改正错误,才能促进社会和谐稳定。

第四,“柔性执法”应该秉持灵活适当原则。针对每一项违法行为,执法人员都具有相对的自由裁量权,随着“柔性治理”理念被逐渐应用于日常执法过程中,执法人员应该针对违法行为的不同情况采取灵活多样的处理方法,既参照同类违法行为的处理先例,又根据个案的具体实际,在法律规定的框架内进行灵活、适当的执法,以期达到最高效、最适当的执法效果。同时,执法机关应做好“柔性执法”的宣传、沟通、说理等工作,形成政府与社会、公民的良性互动局面。

第五,“柔性执法”应当秉持教育先行原则。应达到的直接目的是实现对行政相对人的教育,使其不

会再违反此类法律法规。“柔性执法”是通过行政相对人采取批评教育等手段,实现使其认识错误,改正错误的效果。在实际执法过程中,执法机关应运用好行政指导、行政告知、行政告诫等教育方式,防止以罚代教、以罚代管、为罚而罚,并鼓励和引导违法行为当事人改正轻微违法行为。

总之,“柔性执法”是一个漫长发展的过程,并且需要不断完善执法理念,要求执法机关和每一位公民的共同努力。只有积极回应社会合理关切,树立“柔性治理”理念,加强“柔性执法”应用,宽严相济、刚柔并济,才能更好地实现行政执法效能最大化,不断增强人民群众对行政执法行为的信赖和配合,提高全民法治素养,推动法治国家、法治政府、法治社会建设再上新台阶。

