

数字人权原则司法适用的逻辑展开

高一飞*

内容提要 将数字人权研究局限于本体论的概念研究,不能有效纾解数字人权在理论、制度、实践层面的三重困局,难以因应数字时代的人权需求。面对变动不居的数字技术和规则空缺的司法难题,数字人权法治保障不仅要创设新权利,更要将抽象的人权价值转化为具体原则并适用于司法裁判。数字人权原则的适用条件识别是一个涵盖界定数字领域、确定原则适用情境、论证为何优先适用人权原则的三阶权衡过程。在此基础上,数字人权原则宜基于数据自主原则、算法公平原则、平台倾斜原则衍生出具体化的内容图谱,确保原则适用的客观性与可操作性。这些具体化的数字人权原则可以作为决定性的裁判依据、指导性的论证理由和评价性的检验标准,通过多种路径介入司法裁判。

关键词 数字人权 法律原则 司法适用

目 次

- 一、引言
- 二、数字人权的概念反思与原则化处理
- 三、数字人权原则司法适用的条件识别
- 四、数字人权原则司法适用的内容图谱
- 五、数字人权原则司法适用的多重路径
- 六、结语

* 浙江工商大学法学院副教授,法学博士。本文系 2021 年度国家社科基金青年项目“数字人权的司法保障机制研究”(项目批准号:21CFX005)的阶段性成果。

一、引言

近年来,数字人权作为数字时代的新兴议题引发了学界的广泛关注与持续争论。尽管学界对于数字人权是否成立存有分歧,但人权事业在数字时代面临着多重危机与全新挑战,却是无可争辩的事实。有鉴于此,越来越多的学者不再纠结于数字人权概念是否成立,也不满足于数字人权的价值宣示与内容梳理,而是逐渐认识到只有进行必要的类型化、具体化,才能将数字人权落到实处。^①由此,推动数字人权从一种价值观念转化为融贯于现有法律体系的制度规范具有重要意义。但正所谓人权并不限于法律明文宣告,^②“成为规范”只是众多法律保障方式中的一种,数字人权的规范研究理应尝试更进一步,聚焦更为具体、更具现实意义的司法保障议题,从法律实践的视角回应数字人权的现实需求。

学界通常将人权司法保障概括为运用司法权保障人权和司法中的人权保障,并衍生出了裁判请求权、程序正当权利、国家司法救济义务等。^③然而,除去宏观层面制度性的权利保护机制,人权司法保障还隐含着技术性的一面,即依循“国家尊重和保障人权”的宪法规定,依托有利于人权保障的价值判断,通过运用法律方法实现人权的司法保障。至于数字人权,相关价值共识远未形成,内容体系尚不健全,数字争议的解决往往面临着规则空缺的窘境。基于实践与理论的双重需要,就更应当借助个案裁判来发现、拾取和确认某些具体的人权诉求。^④

一般而言,人权具有原则的形式,^⑤而原则与价值具有天然亲近性。我们既能够将数字人权作为司法价值判断的标准,评价数字技术应用于社会的各种行为,也可以把数字人权转化为可适用的原则性规范,在裁判过程中实现数字人权司法保障的目的。沿此进路,笔者拟搁置有关数字人权概念的各类论争,不再局限于数字人权“是什么”的本体论研究,而是探讨在国内法层面,如何从价值论和方法论的角度出发,将原则司法适用的经典命题延展至数字人权领域,以拓宽数字人权的理论视野,增强数字人权的实在化程度。本文从为什么适用、何时适用、适用什么、如何适用等四个方面着手,剖析数字人权原则司法适用的缘由、情境、内容以及路径,构造数字人权原则的司法适用逻辑,以期改观理论性反思有余而制度性建构不足的研究现状,进而在推动数字人权规范性研究的同时,完善数字人权的司法保障机制。

① 参见马长山:《数字人权的“中国图景”》,载《人权》2023年第4期,第53页。

② 参见张文显:《人权保障与司法文明》,载《中国法律评论》2014年第2期,第3页。

③ 参见韩大元:《完善人权司法保障制度》,载《法商研究》2014年第3期;江必新:《关于完善人权司法保障的若干思考》,载《中国法律评论》2014年第2期;李璐君:《“人权司法保障”的语义分析》,载《华东政法大学学报》2019年第4期。

④ 参见前注②,张文显文,第3页。

⑤ See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p.44.

二、数字人权的概念反思与原则化处理

有关数字人权的概念之争未见定论,但将“数字人权”作为一种固定称谓已被广泛接受。鉴于本文主要讨论人权如何作为原则在数字案件中适用,也为了减少对基础概念的分歧,笔者暂且将数字人权作为一项概称,用以指代数字领域或数字技术应用中的人权。与之相应,“数字人权原则”的核心要义在于把数字人权作为一项法律实践的原则。^⑥这种原则化处理不同于数字人权的概念式研究,而是根植于“人权—价值—权利—原则”四者之间的交叠互动关系。

(一) 反思数字人权的概念式研究

最初,数字人权以“第四代人权”的面貌进入国内学术视野,这种代际革新的定位赋予了数字人权显著的话题辨识度和理论吸引力,推动其迅速成为广受关注的数字法学议题。然而,这也使得数字人权不得不面临概念层面的正当性质疑和必要性诘问,于是现有论著大多延循“以概念为中心”的逻辑理路,聚焦于数字人权的概念证成或概念反思,着重阐论数字人权是什么。诚然,在本体论层面对数字人权进行概念研究具有基础意义,但也可能因之遮蔽数字人权的法治保障难题。展言之,数字人权的概念式研究,并不能有效纾解数字人权在理论、制度和实践三个层面的困境。

首先,概念式研究难以破解数字人权理论逡巡不前的困局。一方面,人权代表了“最高等级的道德要求”^⑦,但数字人权具体包括哪些内容往往存有诸多分歧,概念式研究并未消除这一分歧。数字人权的核心要义是将人权作为数字科技的划界尺度和评价标准,^⑧在这一定位基础上,数字人权的内涵外延如何理解、由何种法律制度或路径予以保障,应当是相关研究的核心内容。概念式研究掩盖了上述问题,使得数字人权停滞在概念认知的初始阶段,更遑论建立独立的数字人权理论体系。另一方面,数字人权概念的界定存有误区。人权被理解为“人之所以为人的权利”,此种认知符合人权(human rights)/权利(rights)的同源性特征,而学界也倾向于将数字人权界定为诸项数字权利的总和。^⑨鉴于权利及其背后的法律规范可能包含着人权的核心价值,这种认知路径有助于对数字人权概念进行具象化理解。但“不是所有的人权都要由法律加以规定,更不能说所有法律权利都属于人权范畴”^⑩,人权与权利并非“普遍—特殊”的包含关系。如若坚持将人权视作具体权利的简单堆叠,数字人权概念就成为诸项数字权利的概称,不

⑥ 为表述简便,本文将数字技术应用于社会的范围,简称为“数字领域”;将数字技术应用于社会的过程,简称为“数字技术应用”。与数字技术应用相关的司法案件简称为“数字案件”;与数字人权相关的法律原则简称为“数字人权原则”。

⑦ [美] 杰克·唐纳利:《普遍人权的理论与实践》,王浦劬等译,中国社会科学出版社2001年版,第7页。

⑧ 参见张文显:《新时代的人权法理》,载《人权》2019年第3期,第21页。

⑨ 如,马长山教授将数字人权定义为:“以数据和信息为载体,展现着智慧社会中人的数字化生存样态和发展需求的基本权利,具体包括数据信息自主权、数据信息知情权、数据信息表达权、数据信息公平利用权、数据信息隐私权、数据信息财产权等等。”参见马长山:《智慧社会背景下的“第四代人权”及其保障》,载《中国法学》2019年第5期,第17页。

⑩ 沈宗灵:《人权是什么意义上的权利》,载《中国法学》1991年第5期,第22页。

仅无法展现数字时代人权问题的全貌,也容易忽略人权的道德有效性,甚至可能将人权理论置于更为混乱的境地。

其次,概念式研究难以解决数字人权规定分散的问题。人权的内容界分具有开放性,如何设置人权制度体系始终充满争论。何况数字人权理论研究处于起步阶段,提炼出的理论共识十分有限,一时还难以支撑规范体系的构建。在我国,《宪法》为数字人权获得法治保障提供了规范性依据,《个人信息保护法》《数据安全法》等法律法规在一定程度上契合了数字人权的价值取向。然而,这些规定毕竟是分散、凌乱的,如若依然坚持将数字人权的概念解析作为首要问题,便有可能始终纠结于数字人权是否成立,以及数字人权涵盖哪些具体的新兴(型)权利,导致数字人权的法律规范体系建构被忽视。规范层面的不足又会成为攻讦数字人权概念的理由,如此便陷入了“恶性循环”,数字人权保障这一紧迫议题反而被搁置了。

最后,概念式研究难以有效引领数字人权法治保护实践。尽管在2020年,“数字人权”就被“全国科学技术名词审定委员会”收录到了首批“大数据新词目录”,^①联合国的《全球数字契约》(2023年5月发布)也提出建立数字人权咨询机制,但在原理匮乏、制度不健全的背景下,概念式研究无力推动数字人权实践。一方面,“司法是从应然人权向实然人权转化的最重要方式”^②,然而数字人权的指涉对象在现阶段属于变动不居的新生事物,加之概念式研究固有的理论旨趣,导致数字人权理论无法指引立法实践,司法裁判也难以正面回应数字时代的人权议题。另一方面,数字人权还可作为一种宣言性质的话语机制作用于实践。话语并不意味着脱离实践,而是强调通过“柔性”的人权宣言、人权白皮书等途径,以“唤醒”和“动员”的形式凝聚人权共识、推进人权保护、反思人权实践。遗憾的是,概念式研究并不关注作为话语的数字人权,当下关于数字人权的专门性话语机制尚未确立,数字人权的内核价值不易外化表达,无法彰显宣言功能与话语感召力,也就难以为数字人权实践提供价值指引。

(二) 转向作为原则的数字人权

相较于把数字人权作为一项需经严格证立的法学概念,为纾解数字人权保障的困境,笔者以价值性为理解人权的出发点,重申数字人权是一种昭示数字社会“人之所以为人”的价值准则。这种价值准则包含了主客观两个维度:一是数字人权凝练了数字时代共同(通)的价值倾向或观念偏好;二是数字人权蕴含了数字时代维系个体自主性所不可或缺的某些客体要素。二者共同传达了数字时代正当化的人类诉求,构成了从价值维度理解数字人权的重要视角。这一认知路径意在突破数字人权研究的本体论思维,不再执着于明确数字人权概念的内涵与外延,也避免把数字人权简单分解成诸项数字权利,而是强调将人权的保障和实现作为数字技术应用的出发点与归宿,主张在数字时代的多重变革中张扬人权价值、捍卫人的主体性。沿此进路,数字人权保障的重点在于以

^① 参见《全国科学技术名词审定委员会大数据新词发布试用》,载全国科学技术名词审定委员会网站, http://www.cnterm.cn/xwdt/tpxw/202007/t20200723_570712.html, 2023年11月16日访问。

^② 汪习根:《论人权司法保障制度的完善》,载《法制与社会发展》2014年第1期,第50页。

人权为基础的方法和阐释,^⑬将抽象的人权价值贯穿法律运行的全过程,继而通过细化抽象的人权价值,形成相对具体的行为指引或权利规则,以消减数字技术对人权的威胁。但是,抽象人权所衍生出的价值诉求,通常无法径直得到实在法的确认,实现人权的价值指引功能往往需要“曲线救国”,即抽离掉价值诉求中的权利义务主体,生成一系列更普遍、更容易被纳入实在法体系的原则。

原则被视为一种体现着指令的理由、标准和证成的指导性思想。^⑭广义上,人权保障本身就是一项(法律)原则,要求(法律)实践有利于或不损害人权。数字人权的原则化处理意味着数字领域、人权价值和法律原则的耦合,希冀人权原则更为具体、更具规范力、更有操作性,而不再只是被动地将人权视作法律保护的客体。因此,原则化处理所生成的数字人权原则,可视为在数字领域注入人权价值的法律原则,或曰数字技术应用中具有规范效力的人权原则。根据原则是否得到了实在法的明文规定,可以将原则划分为“实定的法律原则”和“非实定的法律原则”,后者虽未被实在法明文规定,却可从法律条文中提炼出来。^⑮按照这一区分,数字人权原则化处理的路径主要有二:一是根据法律领域既有的人权原则,在数字领域“建构”出新的具体原则并应用于司法裁判;二是把某些数字人权诉求同法律原则对应起来,依靠“解释”的方式,将已有的原则性规范适用到个案当中。

基于原则化处理生成数字人权原则,构成了数字人权保障的全新理路。这一路径的正当性根由指涉三端:其一,人权具有显著的价值属性,价值与法律原则存在结构一致性。原则可被理解为“一种合目的性的存在”^⑯,而“合目的性”本身就蕴含着强烈的价值判断色彩,用以评判某项行为是否契合特定的法律价值目标。在人权语境下,原则与价值可概括为“客观—主观”关系,某种“善”或“好”的价值判断,可以自然而然地转化为捍卫这种“善”或“好”的要求,反之亦然。例如,“平等是好的”这一价值判断,可以推导出“禁止歧视”这一原则;同理,“禁止歧视”也蕴含着“平等是好的”这一价值观。其二,原则化处理是人权主流化的应有之义。人权主流化作为一种全球共识,要求把人权理念融入规范、政策和行动之中,使人权成为优先考虑的价值和目标。^⑰原则化处理将人权主流化理念进一步细化,使得人权价值以更具象的形态表达出来。与之相似,人权治理意图“在国家治理的过程中融入人权思维”^⑱,强调“人权是国家治理的核

^⑬ See Gerd Oberleitner, *A Decade of Mainstreaming Human Rights in the UN: Achievements, Failures, Challenges*, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol.26:359, p.369 (2008).

^⑭ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《正确法:法伦理学基础》,雷磊译,法律出版社2022年版,第14-15页。

^⑮ 参见舒国滢:《法律原则适用的困境——方法论视角的四个追问》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2005年第1期,第28-30页。

^⑯ 熊静波:《作为实体性原则的基本人权——对基本人权的制度化及其实践的另一种考察》,载《人权研究》2019年第1期,第33页。

^⑰ 参见张万洪:《论人权主流化》,载《法学评论》2016年第6期,第44-45页。

^⑱ 刘志强:《论人权治理的三重逻辑及其展开》,载《现代法学》2023年第4期,第19页。

心和优先价值以及国家治理制度的主要内容”^{①9},其内核同样是对人权进行原则化处理。其三,原则化处理具备宪法规范基础。我国《宪法》关于“国家尊重和保障人权”的规定属于概括性条款,而概括性条款往往用于表述原则,可见人权保障在我国构成了一项宪法原则。^{②0}在此意义上,数字人权的原则化处理试图对“国家尊重和保障人权”进行目的解释和体系解释,即通过法律解释将“国家尊重和保障人权”嵌入数字法学领域,并衍生出一系列具体的数字人权保障原则。

具体至数字案件,原则化处理意味着将数字人权原则作为司法裁判的价值指引,以多种方式介入个案的司法裁判过程,从多个角度、不同程度实现数字人权的司法保障目的。面对日新月异的数字技术,立法者不得不更加小心翼翼,如走钢丝一般平衡私主体权利与公权力义务。^{②1}所以,规则的体系化建构无法一蹴而就,无需对应具体事实的法律原则反而更容易契合数字人权的实践需求。一方面,原则明确无误地包含了评价,^{②2}这种评价只有在逐案权衡的司法语境下,才可能具有规范意义。此时,原则化处理便是依据数字人权的价值准则对个案作出评价,表明法官在处理数字案件时,人权成为司法裁判的必要考虑因素。另一方面,原则所指向的事实和行为具有显著的不确定性。数字人权原则展现出高度包容性,能够借助对评价标准和规范事实的开放性理解,“填充隐藏于规则体系中的漏洞和缝隙”^{②3},弥补数字技术应用带来的规范缺失与观念不统一等难题。

总之,考虑到人权固有的价值抽象性特征,数字人权保障不应该也不可能仅仅依凭建构性的、事无巨细的静态规则体系来实现,还应该关注动态的原则适用。当然,原则化处理也可能导向“确定性悖反”,毕竟数字人权原则的法律效力更多存在于个案层面,有赖于不特定的规范指引和可伸缩的评价准绳。所以,要处理好个案效力与法律确定性之间的张力,构建具有普遍性、确定性的适用方法就显得尤为必要。笔者希望,通过厘定数字人权原则的适用条件、适用内容和适用路径,相应的原则裁判将不再是一种变动不居的“法律续造”,而是足以基于可操作的原则裁判方法,消解法官价值判断的任意性,实现数字人权保障与法律可预测性的动态平衡。

三、数字人权原则司法适用的条件识别

数字人权原则可以简单理解为数字领域的人权原则,将之作为司法裁判原则,意味着数字人权成为在实践推理领域起作用的规范性标准,^{②4}从而使“人权及作为人权具体

^{①9} 侯健:《试论人权治理》,载《学术界》2020年第10期,第106页。

^{②0} 参见林来梵、季彦敏:《人权保障:作为原则的意义》,载《法商研究》2005年第4期,第64页。

^{②1} See Susan Perry & Claudia Roda, *Human Rights and Digital Technology: Digital Tightrope*, Palgrave Macmillan, 2017, p.191.

^{②2} See Joseph Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, Yale Law Journal, Vol.81:823, p.839-842 (1972).

^{②3} 陈林林:《裁判的进路与方法——司法论证理论导论》,中国政法大学出版社2007年版,第71页。

^{②4} 参见[美]斯蒂芬·佩里:《法律原则的两种模型》,张晓笑、陈林林译,载周贇主编:《厦门大学法律评论》(总第20辑),厦门大学出版社2012年版,第67页。

形态的各种公民权利获得了优先性”^{②5}。然而在“规则穷尽方可适用原则”的限定之下,适用法律原则往往需要面对沉重的论证负担。况且数字人权又具有显著的领域局限性,故而数字人权原则的适用条件识别包含了前后相继的三部分内容:一是界定数字领域;二是确定原则的适用情境;三是厘定为何优先适用人权原则,而非其他与数字人权无关的法律原则。

(一) 数字人权原则的适用领域限定

数字领域构成了适用数字人权原则的基本前提,将数字人权原则的司法适用限定在数字领域,有益于限缩论域和集中论证,更具体地回应数字技术应用所引发的案件争议。具体而言,以领域限定为前提性条件的缘由可以归结为以下三个方面:

首先,数字技术的广泛应用推动了人权原理的变迁。数字人权源于数字技术应用全面介入社会运转,数字在限定人权领域的同时,也与人权不断冲突、互动、融合,不断充实、更新人权理论与人权制度体系。其中,更新的部分决定了数字人权的独特性所在:其一,数字权力的“自我赋权”模式,^{②6}预示着数字人权的义务主体不再限于国家,也不宜将“拥有巨大势力、类似国家的私团体”^{②7}一概视为权力主体,人权义务理论必须更加精细化、场景化、技术化。其二,数字技术对于社会成员的影响更多是精神的、无形的、柔性的,^{②8}由此产生的人权威胁展现出轻微、隐蔽却持久的特征,于是就需要重新审视何为“人之所以为人的权利”,进而生成契合数字技术应用的人权责任机制。其三,人权原则在数字领域的适用空间更加广阔。人权代表了一种“未完全理论化的共识”^{②9},所以人权诉求不可能被事无巨细地囊括在法律体系当中,而应该更多地聚焦个案,通过原则性的价值指引来实现人权的司法保障。这一观点在所有人权领域皆可适用,只不过数字人权原则更强调人权与数字领域的新趋势密不可分,在数字立法规则一时难以完备的境况下,其适用更具有现实紧迫性。

其次,数字人权并不脱离人权范畴。将数字议题纳入既有人权范畴,不是一个自然而然的过程,尤其是在对新事物缺乏共识的情境下,领域性的数字人权可能比宽泛的人权更具有道德感召力和实践针对性。此时,数字人权重在彰显人权价值在数字案件中的整合作用:一是话语整合。数字人权基于人权的宣言功能,专门性地突出数字领域的人权立场,藉此在理念层面形成粗疏而又坚固的共识。二是认知整合。依照结构主义语言学,“能指”与“所指”的关系具有多种可能。认知整合是把数字人权作为一种原则性的价值指引,试图将纷繁复杂的数字案件还原为诸类型的人权议题,依循既有的人权理论和法学知识来认知、解释甚至命名数字新事物,从而逐渐将特定的数字技术应用行为纳入人权法律体系。三是评价整合。在前述“话语—认知”的基础上,数字人权实际以

^{②5} 前注②,张文显文,第3页。

^{②6} 参见马长山:《数字社会的治理逻辑及其法治化展开》,载《法律科学》2020年第5期,第5页。

^{②7} [日]芦部信喜:《宪法》(原书第3版),林来梵、凌维慈、龙绚丽译,北京大学出版社2006年版,第106页。

^{②8} 参见周尚君:《地方政府的价值治理及其制度效能》,载《中国社会科学》2021年第5期,第152页。

^{②9} Cass R. Sunstein, *Incompletely Theorized Agreements*, Harvard Law Review, Vol.108:1733, p.1733-1738 (1995).

尊重和保障人权的立场来评价数字技术应用,不仅将有利于保障人权作为规范数字技术应用行为的基本原则,而且把具体的数字人权原则同微观的数字技术应用场景关联起来,用人权价值“刺破”数字技术应用的客观性面纱。

最后,数字领域主要指向数字技术应用所产生的纵向权力问题。虽然数字人权不关注纯粹的技术问题,但当数字技术广泛介入生产、分配和消费的社会系统,进而影响、冲击乃至指导、支配社会运转时,必将涉及新的制度安排与法律关系。此时,“社会—技术一个体”的逻辑链条发生了结构性变化,数字技术也早已超越了技术本身的范畴,按照自身逻辑运行,并决定和支配着社会和文化的发展。^⑩数字人权原则实质上代表了人类对于数字技术应用的价值趋向和理想图景,即增进人权或不侵害人权应当成为数字技术嵌入社会系统的基本要求。基于人权固有的“纵向性”特征,数字人权原则在司法适用过程中并不涵盖与数字技术应用相关的一切法律问题,而是聚焦于数字技术应用所产生的权力关系。这种数字权力既包括传统国家权力的数字形态,也涵盖数字技术自我赋权所产生的社会权力。据此,数字权力与传统社会权力最大的差异在于,数字权力的主体一般为互联网企业(数字平台),其效力具有相对性:在国家权力面前,互联网企业的私主体色彩更加浓厚;在面对个体时,并非所有的互联网企业在任何时候都具备数字权力。如果将权力视为“一种由结构决定的潜力”^⑪,那么私主体数字权力的存续则取决于这些企业与个体在特定数字场景中的供需结构,当个体在生产生活过程中必须依赖于某项数字技术时,互联网企业才可能获得“配置性资源”^⑫,并被纳入数字人权原则所调整的纵向关系架构。

(二) 数字人权原则的适用情境

领域识别旨在阐释为何进行领域限定并明确数字案件的范围,情境识别则致力于厘定数字人权原则适用于司法裁判的情形或条件。舒国滢教授将法律原则的适用情境概括为三种:情形一是穷尽规则,穷尽法律规则,方得适用法律原则;情形二是实现个案正义,法律原则不得径行适用,除非旨在实现个案正义;情形三是更强理由,若无更强理由,不适用法律原则。^⑬其中,情形一又被称为原则适用的一般情形或理性化模式;情形二和情形三被视为原则适用的例外情形或最佳化模式。^⑭

1. 适用数字人权原则的一般情境

按照一般的语义逻辑,穷尽法律规则构成了适用法律原则的充分条件,二者之间是一种简单的对应关系。此种情境下,原则与规则不存在冲突,原则发挥着填补法律漏洞的功能,于是情境识别的重点在于判断规则是否穷尽。就裁判过程而言,规则穷尽实质

^⑩ 参见郑智航:《“技术—组织”互动论视角下的中国智慧司法》,载《中国法学》2023年第3期,第105页。

^⑪ 刘军、David Willer、Pamela Emanuelson:《网络结构与权力分配:要素论的解释》,载《社会学研究》2011年第2期,第155页。

^⑫ [美]乔纳森·H.特纳:《社会学理论的结构》,邱泽奇、张茂元等译,华夏出版社2006年版,第453页。

^⑬ 参见舒国滢:《法律原则适用中的难题何在》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2004年第6期,第19页。

^⑭ 参见雷磊:《法律原则如何适用?——〈法律原则适用中的难题何在〉的线索及其推展》,载舒国滢主编:《法学方法评论丛》(第1卷),中国法制出版社2012年版;陈林林:《法律原则的模式与应用》,载《浙江社会科学》2012年第3期。

上是一种涵摄失败,意味着制定法“违反计划的不完整性”^{③⑤}。即便通过解释、论证等法律方法,法律规则依然不能“为存在争议的生活事实提供答案”^{③⑥},即在关涉数字人权的案件中,法官无法在大前提、小前提之间建立对应关系。规则穷尽的识别方法主要有两种:

第一是类型化的事实判定法。事实判定主要考量系争事实是否可以纳入法律规则的射程范围之内。由于数字技术尚处于高速发展阶段,不仅数字法律规范不成体系,社会成员关于数字案件事实的描述也缺乏基本共识。故而,事实与规范的对应性往往需要凭借建构实现。当缺乏与事实要件直接相关的法律规则时,不宜径直认定为规则穷尽,还需运用类比的方法进行事实判断:将待决案件事实 T_1 与可能相似的(一个或多个)已决案件事实 T_2 分别进行要素式分解,当 T_1 (包含要素 M_1 、 M_2 、 M_3 ……)与 T_2 (包含要素 N_1 、 N_2 、 N_3 ……)的相同点多于差异点,或相同点的重要性大于差异点,便可认定 T_1 与 T_2 具有对应性,继而考量能否适用 T_2 对应的法律规则。^{③⑦}若借助类比推理依然难以找到可适用的规则,方可确认规则穷尽。

第二是本质性的利益判定法。事实判定法高度依赖对案件关键要素的提取,利益判定法则落脚于制定法所关注的利益状态。^{③⑧}穷尽规则的利益判定强调法官应考虑法律规则事关何种利益,以及基于何种理由评价这些利益,具体包括三个步骤:一是判断案件在本质上涉及哪些利益,尽可能将因数字技术应用产生的利益归类到传统的利益类型当中,以符合依法裁判的基本要求;二是判断所涉利益能否得到法律规则的有效调整,这里主要是基于前阶段的利益归类,评判案件涉及的利益是否可能获得法律规范的保护,并充分酌量新问题与旧规范勾连的可能性,搜寻可能适用的法律规则;三是在无法找到可适用的法律规则之后,采用“后果主义”的原旨主义解释方法,^{③⑨}于最大的语义范围内检验是否真正做到了规则穷尽。如果穷尽一切解释努力之后,仍然无法合乎法秩序地解决法律问题,就需要适用法律原则来填补漏洞。^{④⑩}

2. 适用数字人权原则的例外情境

例外情境意味着即使法律规则没有穷尽,依然有可能适用原则。此时,原则裁判旨在寻求案件的最佳结果,这种最佳结果又可类分为“最不坏”与“最优”两种形态。“最不坏”指向规则悖反的情况,即适用现有法律规则将导致个案非正义,所以不得不基于原则得出裁判结论。在数字人权语境下,个案正义集中体现为有利于人权保障,而鉴于人权内容的变动不居,有利于人权保障终究离不开动态的权衡。只是在讨论适用情境时,这种权衡应当是反证式的:裁判者必须证明适用法律规则产生的案件结果与某些数字人

③⑤ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第519页。

③⑥ 张祖阳:《法律漏洞的认定标准、正当理由及认定方法》,载《华东政法大学学报》2021年第2期,第146页。

③⑦ 有学者将这种相似性进一步分为表面性相似和结构性相似。参见杨知文:《论类案的结构性相似特征及其应用》,载《中国法学》2023年第6期。

③⑧ 参见舒国滢:《菲利普·赫克的法律漏洞填补论与法律(减命)更正论》,载《上海政法学院学报》2022年第6期,第20页。

③⑨ 参见张玉洁:《规“智”:人工智能的法律挑战与回应》,社会科学文献出版社2022年版,第58-61页。

④⑩ 参见[德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第122页。

权原则明显相悖,且将导致数字人权严重受损。“最好”表明有更强的理由支持适用法律原则,此时法官不得不增加论证强度,在内容层面证明适用原则将明显有助于保护数字人权,并阐明这种“明显有助于”足以排除规则在形式层面的适用优先性。

(三) 数字人权原则的优先性判断

在个案中适用数字人权原则,不仅受到数字领域和适用情境的严格限制,还应该证成为何采用人权原则而非其他法律原则。人权被杜兹纳称之为“在一个无价值的世界里的价值观”^④,但不可否认的是,人权凝结着广泛的价值共识,不但具备强大的道德感召力,也有可能吸纳其他相互竞争的法律原则。具体到数字人权原则的适用,优先性识别指涉相互关联的两个阶段:一是准入判断,即探究在何种情况下,有足够理由适用数字人权原则;二是顺位判断,即阐释何种条件下,适用数字人权原则是最优选择。

1. 数字人权原则适用的准入性标准

在满足领域和情境条件的基础上,能否适用数字人权原则,首先取决于案件是否关乎人权议题,并排除平等主体之间的民事权利争议。基于数字人权的独特性,不妨分别从主体与行为着手加以判断。

一是涉案双方的强弱对比。数字人权保有着人权固有的纵向性特征,主要处理权力主体与权力对象之间的不平等关系。只不过数字人权原则处理的权力关系涉及公权力、私权力以及私权利之间的多重关系,其强弱对比的判定更加复杂,理应精确区分纵向的权力关系和横向的权利关系。此时,可基于公共性和强制性标准进行双重判定:公共性意味着数字技术应用真实地介入了公共事务,足以对不确定的大多数造成普遍性影响,并且对案件弱势方产生了实质性影响;强制性强调数字技术在应用过程中封闭了用户的意思自治空间,对案件弱势方产生了真实的支配力,且社会成员按照常理难以作出拒绝或变更的自由选择。

二是涉案内容的性质判断。在强弱关系对比的基础上,适用数字人权原则要求案件必须牵涉数字领域具体的人权内容。一方面,数据、算法、平台被视为数字法学的基本范畴,^⑤理当将数字领域细化为数据、算法、平台三个领域,以便于同案件事实形成更具体的对应关系;另一方面,内容判定不仅要求案件内容关乎某些具体的权利,还要求这些权利足够“基本”。考虑到数字领域的法律规则经常处于缺位状态,笔者主张此处只对“基本性”进行初步审查。只要此项权利诉求涉及数字领域的“人之尊严”,^⑥能通过解释活动还原为既有的人权形态或得到宪法权利条款的支持,就可初步认为属于人权议题。

2. 数字人权原则适用的顺位判断

关涉数字人权议题只是意味着可以适用人权原则,下一步还应该判定在何种条件下,人权原则具有相对于其他原则的优先性。这种判定是一个比较的过程,应着重结合下列要素进行综合性考察:一是案件的关联程度。原则的适用仍旧应当结合个案事实,

^④ [美] 科斯塔斯·杜兹纳:《人权与帝国:世界主义的政治哲学》,辛亨复译,江苏人民出版社2010年版,第206页。

^⑤ 参见马长山:《数字法学的理论表达》,载《中国法学》2022年第3期,第125页。

^⑥ See Edoardo Celeste, *Digital Constitutionalism: The Role of Internet Bills of Rights*, Routledge, 2023, p.176.

诉诸实践三段论的涵摄模式,^④是故同样需要遵循“临近原则”,找寻最契合案件事实的原则。案件关联度判断具有二阶性:首先,将案件事实分解成若干要件,根据事实要件发现可适用的原则,并按照相关度对这些原则进行初步排序;其次,对案件进行本质性归纳,考察案件本质上是否与数字人权议题最贴近。二是原则本身的具体化程度。正所谓“若无中介,不得在个案中直接适用法律原则”^⑤,司法裁判所适用的原则,并不是高度抽象的正义原则、公正原则、人权原则等,而是具有一定指向性的具体原则。因此,某项人权原则越是具体、明确,同案件事实的契合度就可能越高,也就获得了优先适用的理由。三是原则的制度化支持程度。尽管“是”无法决定“应当”,但司法裁判毕竟是一项依法裁判的活动,某项原则所拥有的制度支持越多,该原则的分量通常就越重,^⑥法官的论证负担就越小。因此,当存在多个可适用的法律原则时,应该查究人权原则获得的制度化支持是否是最充分的。这一标准有益于最大限度地保证司法裁判的规范化程度,避免适用的数字人权原则悖离法律规范体系。

四、数字人权原则司法适用的内容图谱

数字人权原则实际是居于道德性与法律性之间的中间性概念,其在成为可适用的个案规范之前,必须进行具体化处理,将抽象的一般性原则自上而下地析分为微观的、不同事例中的具体法律原则。数字人权原则的具体化,旨在明确可适用的数字人权原则包括哪些形态,以及这些形态在何种情况下足以发挥规范效力,最终形成数字人权原则适用的内容图谱。这一具体化处理主要从数据、算法、平台三方面加以延展,三者不仅共同塑造了数字社会运行的基本逻辑,也有助于避免数字人权原则在适用过程中处于“至大无边”或“至小无内”的境地,从而增强数字人权原则适用的客观性与可操作性,推动数字人权原则转化为“对案件事实进行规范涵摄的大前提”^⑦。

(一) 数据自主原则

数据(包括个人信息)构成了特有的数字化客体,^⑧考虑到数据和传统意义上的“物”或“财产”具有某种程度的可比性,数据领域的数字人权原则奉自主性为主旨,主要强调个体的自主意志与正当权利。自主性重在表达“一个具有自主性的人不从属于另一个人的意志”^⑨,而在数字情境中,这种“他者的意志”通常外化为信息传播、身份识别、数据处理、权益分配等多种形态。参酌自主性的丰富内涵以及数据在不同应用阶段的特征,数据自主原则又能够衍生出诸种子原则。

^④ 参见雷磊:《为涵摄模式辩护》,载《中外法学》2016年第5期,第1228页。

^⑤ 陈林林:《基于法律原则的裁判》,载《法学研究》2006年第3期,第9页。

^⑥ 参见陈景辉:《存在一种独立的原则理论吗?》,载《浙江社会科学》2012年第3期,第43页。

^⑦ 前注^⑤,舒国滢文,第31页。

^⑧ 参见彭诚信:《数字法学的前提性命题与核心范式》,载《中国法学》2023年第1期,第86页。

^⑨ 朱振:《权利与自主性——探寻权利优先性的一种道德基础》,载《华东政法大学学报》2016年第3期,第31页。

首先,基于自主性隐含的理性要求,数据收集阶段应当坚持知情同意原则。20世纪70年代,德国学界业已基于法的自由价值证成了“信息自决权”。^{⑤0}在数字时代,知情同意是意思自治原则的延伸,具有基础性意义。^{⑤1}尽管我国《个人信息保护法》明确规定了“知情”和“同意”,但在实践中往往流于形式,二者的内在关联和价值内涵也有待进一步挖掘。而在数字人权语境下,知情同意原则作为数据自主原则的具体化,根植于“自我理性”与“自我决定”的双重价值:一方面,“理性”建立在信息充足的基础上,“知情”构成了“同意”的前置性条件;^{⑤2}另一方面,鉴于“选择是现代法律的一个核心概念”^{⑤3}，“自我决定”意味着在充分认知基础上的自主选择 and 免于干涉。作为数字人权原则的知情同意,对数字权力主体课予了更为严苛的标准,强调知情同意不应当是例行公事式的,也不该异化和虚化为免责的手段。由此,“知情”与“同意”必须紧密关联起来,商酌“知情”的能力、范围以及“同意”内容的可选择性。此外,知情同意原则还应当被置于数据运行的动态情境中予以理解,因而数据收集后的删除、可撤销、被遗忘等诉求,同样可以获得自主性和自由价值的支持。

其次,基于自主性隐含的人性尊严与隐私要求,数据归集阶段应当恪守脱敏原则。伴随数字技术对社会生活的全面渗入,个体对于自身安宁生活的自主控制愈发困难,往往难以掌控自身的隐私信息,人性尊严也因信息传播速率的增长而愈发脆弱。作为数字人权原则的脱敏原则,不单致力于个人信息去身份化,而且希冀将人的不可识别性作为数据清洗的最终衡量准则,藉此倒逼匿名技术不断发展,进而通过更加严格的、场景化的、后果主义的脱敏标准来限制数字权力,反向增强个体对自身数据的控制力。

再次,基于自主性隐含的免于干涉要求,数据处理阶段应当秉持比例原则。把比例原则引入数字领域已属共识,人权比例分析也俨然成为审视人权问题的基本方法论。^{⑤4}将比例原则视为一项数字人权原则,重在通过限制数字权力来减少个体数据受到的不当处理,既要求比例原则始终充当保护人权的支柱,^{⑤5}也试图将数字人权作为应用比例原则的价值指引,避免比例判断偏离人权保障目的。

最后,基于自主性隐含的权利正当要求,数据利用阶段应当突显受益原则。数据确权及权益分配集中体现在数据利用阶段,个体作为重要的数据来源者,在数据利用过程中承担着一系列人格与财产风险,所以按照自主性所衍生的权利诉求,个体理应从数据增值的过程中获益。而在公共数据开放的趋势下,公共数据成为社会成员可自由获取的

^{⑤0} See Eleni Kosta, *Consent in European Data Protection Law*, Brill, 2013, p.134-135.

^{⑤1} 参见齐爱民:《信息法原论:信息法的产生与体系化》,武汉大学出版社2010年版,第75页。

^{⑤2} See Giovanni Ziccardi, *Resistance, Liberation Technology and Human Rights in the Digital Age*, Springer Netherlands, 2013, p.156-157.

^{⑤3} [美]弗里德曼:《选择的共和国:法律、权威与文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社2005年版,第114页。

^{⑤4} 参见涂少彬:《人权比例分析的马克思主义解读——兼论我国外交领域的人权话语应对》,载《人权》2020年第6期,第132页。

^{⑤5} See Ariel L. Bendor & Tal Sela, *How Proportional is Proportionality*, *International Journal of Constitutional Law*, Vol.13:530, p.530 (2015).

公共物品,但这种自由获取的可能性取决于技术能力,因此,受益原则还可扩展理解为获取公共数据的可行性与便捷性,从而展现出积极自由的意涵。

(二) 算法公平原则

动态的算法分裂了传统的“权力—权利”平衡结构,^{⑤6}决定了数字领域与其他传统领域的根本区别。在算法领域,数字人权原则重点强调公平的重要性,并衍生出了反歧视、透明、开放等标准。尽管参与、改变或拒绝算法自动化决策,带有鲜明的自由色彩,但考虑到算法已无孔不入地介入数字社会,捍卫公平显然是更紧迫的目标。

一是前提性的开放原则。开放原则源于机会平等所蕴含的同等环境要求^{⑤7}和发展机会应当对所有社会成员平等地开放。具体到算法公平,开放原则主要用于确定算法的作用范围与价值定位,突出算法结果的非决定性,允许个人拒绝特定的数字化应用或其结果,^{⑤8}避免自动化决策成为具有优势性乃至排他性的正当化依据,保证个体所处的平等环境和开放机会不受算法的支配性影响。依此原则,算法对社会成员的评价结果不具有唯一性、终局性与封闭性,而只能作为一种辅助性的参考意见或决策理由。

二是实质性的反歧视原则。算法本身就是一种个性化、差别化的数据运算机制,天然地反对一视同仁。于是,算法公平原则的要义不在于“一律平等”,而在于制止不合理的差别对待,反歧视因之构成了算法公平原则的核心内容。由于算法归类具有要素复杂性与外观中立性等特征,清晰无误地评判算法区别对待的意图和理由显然不切实际。加之因算法差别对待而构成“违法”的标准尚不明确,算法领域的反歧视原则理当更注重回溯性的结果考量:评判算法决策的过程是否加入了不相干的因素,并导致了具有某些特征的个体在实质层面承受了不公正的结果。

三是程序性的透明原则。在反歧视审查过程中,由被审查方说明差别对待的正当性理由,实际已带有一定的透明色彩,算法语境下的透明原则进一步强调从程序层面对抗“数字黑箱”。鉴于透明原则往往涉及“公民知情权保障、商业秘密保护、算法安全等多重目标”^{⑤9},透明并不要求完全打开算法黑箱。凭借局部代理模型等技术手段,也能够在不完全开放算法源代码的前提下,将基于算法进行决策的过程、依据、方法等置于透明可见的状态,使得算法决策具有可质疑性、可解释性甚至可参与性。显然,透明原则重在确保算法应用的过程平等性,试图通过对算法决策者施加说明义务,将算法结论纳入技术性正当程序的范畴。

(三) 平台倾斜原则

以“数据(客体)+算法(行为)”为主要特征的数字平台,在社会科学领域被定义为“一个集中了主体、技术、资本、资源与创新等多维度要素与能力的复杂网络系统”^{⑥0},

^{⑤6} 参见龚向和:《数字人权的概念证立、本原考察及其宪法基础》,载《华东政法大学学报》2023年第3期,第8页。

^{⑤7} See Bryan S. Turner, *Vulnerability and Human Rights*, The Pennsylvania State University Press, 2006, p.107-108.

^{⑤8} 参见韩旭至:《认真对待数字社会的个人拒绝权》,载《华东政法大学学报》2023年第1期,第22页。

^{⑤9} 苏宇:《数字时代的技术性正当程序:理论检视与制度构建》,载《法学研究》2023年第1期,第105页。

^{⑥0} 范如国:《平台技术赋能、公共博弈与复杂性治理》,载《中国社会科学》2021年第12期,第132页。

其间要素的多维互动又推动平台成为一种新型的社会资本,资本的逐利性则驱使平台把持、操纵数据和算法,从而变成具备赋能与赋权特质的新型权力主体。由是,平台被视为数字时代人权的新威胁,也被逐步归入人权的义务主体范围。此时,数字人权义务不仅体现为免于系统控制的消极义务,还可以结合企业社会责任,呈现出促进、发展的积极面向。涉及平台的数字人权原则,其要义在于“倾斜”,并可细化为两个方面:

一是权力限制原则。平台与个体之间的力量对比愈发悬殊,平台对个体的支配属性不断强化,平台本质上具备了数字权力。这种数字权力主要源于技术的自我赋能,并在平台自治权不断扩张的过程中,有趋势蜕变为具有公共性的社会监管权力,^{⑥1}因而必须遵循权力限制原则。一方面,权力限制原则主要依靠“权力限制权力”和“权利限制权力”实现。前者除了国家权力监管,还通常表现为数据开放、算法审查、平台反垄断等形式;后者不单能够通过具体权利实现,也可以借助平台义务的构造来间接实现。另一方面,权力限制原则隐含了信赖保护的要求。通俗来讲,信赖保护突显了“行政决定应当可信、可靠、可以依赖”^{⑥2}。将信赖保护作为数字权力限制原则的一部分,实质是在义务论层面将平台拟制为行政机关或公共事业单位,继而对其施加更严格的行为限制。根据这一原则,用户出于对平台信任而作出一定的行为,因这些行为产生的正当利益理应受到保护,平台规则的实施和改变也应该顾及用户的信赖利益。

二是弱者保护原则。在数字权力生成和运行的过程中,平台往往会成为数字剥削、数字统治的重要载体与表现形式。^{⑥3}此时,用户无力对抗平台,也无法脱离平台,更看不到平台运行的真实样貌。平台的强大力量和普遍存在,足以对每一个体的权利产生影响,所以处理“平台—用户”争议理当坚持弱者保护原则,在权利义务分配、救济程序、举证规则、证明标准等方面,向有利于数字弱势群体权利保障的方向倾斜,避免平台主体过于强势。在此基础上,弱者保护原则应强调均衡发展,尽可能消除社会结构和社会关系变革而引发的实质不平等。基于这一要求,平台还应当为个体利用数字技术、行使数字权利提供便捷可行的条件,甚至承担提升公民数字素养的义务,以缩小不同主体间的数字能力鸿沟。

五、数字人权原则司法适用的多重路径

原则通常具备指导功能、评价功能和裁判功能,^{⑥4}数字人权原则在司法适用过程中同样具有三重功能:决定性的裁判功能、指导性的论证功能、评价性的检验功能。三者定

^{⑥1} 参见张新平:《网络平台治理立法的反思与完善》,载《中国法学》2023年第3期,第126页。

^{⑥2} 余凌云:《诚信政府理论的本土化构建——诚实信用、信赖保护与合法预期的引入和发展》,载《清华法学》2022年第4期,第131页。

^{⑥3} See Christian Fuchs, *Digital Humanism: A Philosophy for 21st Century Digital Society*, Emerald Publishing Limited, 2022, p.60.

^{⑥4} 参见前注^③,舒国滢文,第18页。

位有明显差异,原则的作用也逐渐由显性趋于隐性。由此,数字人权原则的司法适用需要探析原则影响司法裁判的多种路径,建立数字人权原则的类型化适用方法。

(一) 作为裁判依据的数字人权原则

基于裁判规范与法律规范区分的理念,作为裁判依据的数字人权原则,展现出对案件具有决定性意义的裁判功能。此时,数字人权原则在实质上成为生成案件结论的终极依据,也可被视为一种效力渊源。虽然学界普遍认为,规则以涵摄的方式适用,原则以权衡的方式适用,^{⑥5}但权衡只是原则适用的一个阶段,后续还需要通过法律方法将数字人权原则贯穿整个裁判过程,即确定以数字人权原则为裁判依据之后,法律推理和法律解释构成了原则适用的关键环节。^{⑥6}故而,原则裁判至少在形式上要符合“三段论”的逻辑要求,齐备大前提、小前提以及结论等诸项要素。

1. 选定应当适用的数字人权原则

通过数字人权司法适用条件的识别,在确定原则相较于规则具有优先适用性,且数字人权原则优先于其他原则适用的前提下,还必须基于内容图谱,选择适用哪个或哪些数字人权原则。此时,数字人权原则之间既可能是相互排斥的,也可能展现出互不冲突的一致性,而即便是同时适用几项互不冲突的数字人权原则,依旧需要确定主导性原则。在选定具体的数字人权原则时,可以参酌以下标准:一是基于“临近”标准进行前置性判断。上文提到的优先性判断主要关注案件是否更加临近数字人权议题,在此基础上,仍需进一步探究案件在本质上究竟是数据问题、算法问题还是平台问题,再通过对案件诉求的剖释,最终确定适用哪一具体领域的数字人权原则。二是基于“冲突最小”标准进行比较判断。不同的数字人权原则虽然表达出共同的价值取向,但在个案语境下,也有可能导向迥然相异的裁判结论。漏洞填补是一种法官评价行为,而非认知行为,^{⑥7}因此,按照融贯性要求,应该在可能适用的原则间进行“碰撞试验”,甄选出与其他数字人权原则冲突最小的具体原则。三是基于“限制最少”标准进行影响力判断。在数字人权语境下,原则展现出对特定权利的价值支撑功能,原则适用的背后往往隐含着不同权利间的冲突。据此,选择大前提时有必要考量适用某项数字人权原则可能带来的“权利后果”:假如某个案件有可适用的数字人权原则 P_1 、 P_2 、 P_3 ,支持的权利诉求分别为 R_1 、 R_2 、 R_3 ,若支持 R_1 对其他权利带来的限制或侵害最少,则适用原则 P_1 。以上三方面的标准具有抽象性,需要再结合具体化的数字人权原则内容图谱,如此不但可以得出一项相对合理的具体原则,也能够形成多个具体原则相互融贯、共同适用的原则群。

2. 基于选定的数字人权原则“构造”案件事实

一般而言,原则并不明确指向特定事实,亦不设定具体的构成要件,是故有关于原则适用的研究往往疏于讨论事实问题。然而,原则的效力范围也是有限的,若无法在原则与案件事实之间建立联系,势必降低裁判结论的可接受性与可预期性。所以,此处小前

^{⑥5} See Robert Alexy, *supra* note 5, 47-48.

^{⑥6} 参见[美]马修·克雷默:《哈特:法律的性质》,杨建译,上海人民出版社2023年版,第140-141页。

^{⑥7} 参见[德]魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第365页。

提的“构造”,重在将判定过程中的事实认定“显化”,以便于阐释案件为何适用原则、如何关涉人权议题以及属于何种数字领域。拉伦茨认为:“不是事实本身被涵摄,被涵摄的毋宁是关于案件事实的陈述。”^⑧案件事实以客观性为根本特征,但案件事实的陈述绝非纯粹的描述行为,而更像是一种决断。为增强大前提与小前提的契合程度,原则适用过程中的事实陈述就不得不诉诸价值判断,在客观事实的基础上,有限度地“构造”案件事实,以减少事实与规范的疏离。

一方面,事实陈述应当与适用数字人权原则的事实理由相契合。小前提是事实判断和价值判断的复合体,法官需要将纷繁复杂甚至见所未见的案件事实还原为特定领域的数字争议,并在事实陈述层面增强适用原则的合理性,确证案件事实中的数字人权要素。在完成事实陈述工作之后,还应坚持回溯性思维,检验案件事实要素与原则适用条件之间的对应关系,尽可能为适用数字人权原则提供事实支撑。另一方面,事实陈述应当有利于优化大前提的选择机制。小前提的获得不是单纯的事实认定,目光务必在规范与事实之间往返流转,并借助法律感知与社会经验,检验适用某项数字人权原则的妥适性。与之相应原则虽然不存在明示的构成要件,但在具体化处理之后,却可以析分出适用语境、行为要求、价值标准等要件。据此,不妨在查明案件事实的基础上,参照特定数字人权原则的适用语境、行为要求、价值标准三要素,从案件背景、行为、结果三个方面考量案件事实陈述的合理性,以此增强大前提与小前提的契合度。

3. 将选定的数字人权原则具体化为新的个案规则

按照演绎推理的模式,在合理确定大前提、小前提之后,便可自然而然地得出案件结论。但适用原则解决案件争议,还须将该原则规则化为具体的权利、义务。由于数字人权原则通常缺乏明确的构成要件,理应将内容图谱进一步细化,确立一条只针对个案有效力的新规则。在逻辑结构层面,法律规则通常被表述为“如果……那么……”的假言句式,^⑨考虑到“构造”小前提时已大体明确了“前件”(“如果”之后的行为模式)的内容,原则转变为个案规则的重点乃在于“后件”的设定,即个案中违背特定原则将导致什么样的法律后果。这种法律后果的设定,实际上是一个“抽象—具体—抽象”的过程,包括两个步骤:首先,基于原则所支持的诉讼请求,确定原则适用的最终结论。数字技术应用可能会带来不同于以往的责任承担形式,将这些新的责任形式纳入法律体系之中,是确定原则适用结论时必须顾及的难题。鉴于每一个规则背后都有相应的原则作为价值性的支撑,^⑩可以在既有法律规则体系中,搜寻与所适用的数字人权原则价值相契合的责任形式,并结合诉讼请求形成最终的裁判结论。其次,将原则适用的结论适度抽象化,建立一条新的行为指引,明确特定的义务主体应当如何行为。其关键在于,抽离掉具体情境和细节性的案件结论,并设置“应当”“可以”“禁止”等行为模式。进一步

^⑧ 前注^⑤,卡尔·拉伦茨书,第347页。

^⑨ 参见宋旭光:《论法律原则与法律规则的区分:从逻辑结构出发》,载《浙江社会科学》2022年第2期,第52-53页。

^⑩ See Ch. Perelman, *Justice, Law and Argument: Essays on Moral and Legal Reasoning*, D. Reidel Publishing Company, 1980, p.111-112.

而言,结合大前提、小前提所获得的规范与事实,适用原则所得出的裁判结论不但指向新的个案规则,也有可能创造一条新的法律规则。在此意义上,数字人权原则的司法适用亦是生成数字人权规范的重要路径,与“案例—解释—立法”的数字人权三阶段保护模式相契合。^①

(二) 作为论证理由的数字人权原则

相较于直接将数字人权原则作为裁判依据,将数字人权原则作为论证理由代表了一种指引性、辅助性的功能,即通过把尊重和保障人权作为一种裁判理由,推动人权价值贯穿法律论证的全过程。借助对适用条件的三重识别,当某个案件属于数字领域与人权议题,但不完全符合原则适用的情境时,就意味着有关于数字人权的争议主要依靠适用法律规则来解决。只不过在适用法律规则的过程中,数字人权原则无论是否具有实定性,都可发挥价值指引的功能,实现对数字人权的司法保障。此时,论证理由主要关注合理性问题,将数字人权原则作为价值标准,从若干个可能的选择、解释中取舍并论证出最合理的裁判结论。

1. 数字人权原则作为规则适用的价值路标

数字技术应用加剧了当代社会的复杂性,^②增加了法律规则适用的难度。在数字案件中,不仅对案件事实的认定充满分歧,法律规则的选择也充满不确定性,规范与事实的涵摄关系更加难以建立。所以,将数字人权原则作为法律推理的价值指引与论证理由,应当主要着眼于法律发现和法律解释。

首先,将数字人权原则作为法律发现活动的指引。法律发现是“法官体验、理解法律的过程”^③,面对数字技术应用所产生的新型争议,法官的经验法则不仅存在失灵的风险,也充斥着诸多不确定性,而数字人权原则可以成为寻找适当法律渊源的指针或标准。结合具体化的数字人权原则图谱,法律发现需要在具体和抽象之间循环往复:一是尽可能准确地将案件事实归结到某项数字人权原则 P_1 的范畴之内;二是找出与 P_1 在价值层面高度一致的法律原则 P 或法律权利 R ;三是发现并确定 P 或 R 所支持的法律规则。在这一过程中,数字人权原则既是通过一般性法律原则发现法律规则的主要路径,也构成了论证法律规则适用合理性的重要依据,同时有助于将人权保障目的蕴含于法律推理的过程之中。

其次,通过法律解释把数字人权原则作为联结案件事实与法律规则的桥梁。诸多法律规则在制定时难以考虑到数字技术应用的社会事实,因此,面对数字案件,大部分“传统”的法律规则可能无法直接通过文义解释来适用,甚至部分数字立法都无法直接回应日新月异的数字争议。由此,就不得不立足“价值论的解释哲学”^④,在多数情境下仰赖

^① 参见宋保振:《“数字弱势群体”权利及其法治化保障》,载《法律科学》2020年第6期,第61页。

^② See Andrea Monti, *The Digital Rights Delusion: Humans, Machines and the Technology of Information*, Routledge, 2023, p.165.

^③ 陈金钊:《司法过程中的法律发现》,载《中国法学》2002年第1期,第60页。

^④ 郭春镇:《法律解释的公共性》,载《中国法学》2023年第1期,第143页。

目的论解释,以便于将法律规则的适用范围扩展至数字领域。按照“法律意旨论”的观点,解释的边界在于法律的意义,而不在于法律的语义。^⑦数字人权原则可以成为解释特定法条目的的中间性概念,强调以人权保障为目的灵活地解释法律。一方面,概念称谓虽然有固定性,但概念所隐含的理念可能是变动不居的,应当基于概念背后的观念变化对法律进行与时俱进的解释,探寻法律规则在数字情境中的新含义。在这一过程中,某些具体的数字人权原则既可以成为解释特定规则的目标或方向,也可以从价值上限制法律解释的任意性。另一方面,“目的解释是提升裁判妥当性的决定性要素”^⑧,参酌具体化的数字人权原则,能够诠释出某项法律规则特定的人权价值意涵。如若案件事实也关涉这一人权价值,则可证明规范涵摄事实的合理性。

2. 数字人权原则作为解决权利冲突的理据

拉兹认为:“法律有规定的案件可能比法无规定的案件更为复杂。”^⑨在数字人权原则作为论证理由的案件中,法律适用的过程往往伴随着潜在的权利冲突,且这些相互冲突的权利都可归为数字人权的具体内容,并不存在位阶关系。鉴于原则“最佳诫命”的特征,在涉及数字领域的权利争议时,数字人权原则能够为解决权利冲突提供必要的理论支持。

第一,通过原则权衡解决权利冲突。按照麦考密克的观点,所有对于原则的争论其实也是对相关权利的争论,^⑩反之亦然。无论是权利还是承载权利的法律规则,终归可以上升到原则层面的冲突。因此,不妨沿袭数字人权原则的选择标准,从“与案件事实最大相关”“同其他原则最小冲突”“适用后果限制最少”着手,确定个案中应当遵循的数字人权原则,再根据选定的数字人权原则,对相竞合的规则或相冲突的权利进行取舍。

第二,根据与原则“权衡说”相对的“诠释说”,“刺破”特定语境下某些“虚假的权利”。德沃金的“价值统一性”理论强调,我们所认可的价值具有统一性,相互间必然是相互支撑、相互依赖的。^⑪因此,原则间并不必然发生碰撞,凭借对原则内容的全面性、精细化诠释也可解决原则冲突。^⑫“诠释说”实际是将价值判断前置,借助对行为的正当性评价,来确定某些行为能否获得特定原则的支持。这一观点在数字人权领域可资借鉴,尤其有助于识别出“披着权利外衣”的数字权力,开辟解决权利冲突的新路径。如,按照公法/私法之分,某些大型互联网平台属于私主体,应受到意思自治、经营自由等原则的支持,这似乎和“平台倾斜原则”产生了冲突,但按照“诠释说”,某些平台在特定场景下具有公权力属性,自然无法享有完全的意思自治或经营自由,因而无须进行原则间的权衡。

^⑦ 参见[德]罗尔夫·旺克:《法律解释》(原书第6版),蒋毅、季红明译,北京大学出版社2020年版,第74页。

^⑧ 王彬:《结果导向的法律解释及其控制》,载《济南大学学报(社会科学版)》2024年第1期,第142页。

^⑨ [英]约瑟夫·拉兹:《法律的权威——关于法律与道德论文集》(原书第2版),朱峰译,法律出版社2021年版,第219页。

^⑩ 参见[英]尼尔·麦考密克:《法律推理与法律理论》,姜峰译,法律出版社2018年版,第306页。

^⑪ 参见[美]罗纳德·德沃金:《刺猬的正义》,周望、徐宗立译,中国政法大学出版社2016年版,第1页。

^⑫ 参见王琳:《论法律原则的性质及其适用——权衡说之批判与诠释说之辩护》,载《法制与社会发展》2017年第2期。

（三）作为检验标准的数字人权原则

从裁判依据到论证理由,再到检验标准,数字人权原则适用的强度和显著度渐次降低,但依然具有不可忽视的作用。将数字人权原则作为检视案件的评价准则,强调经过形式推理所得出的裁判结论,还应当放在“事实世界”中进行后果检验,以产生最有利于未来之结果。^⑧ 本文秉持“弱后果主义”的立场,要求司法裁判在不违背实在法的前提下,把数字人权保障作为“高度优先事项”^⑨,重点检验适用法律规则所得出的“初显性”裁判结论是否违背了诸项具体的数字人权原则。

一方面,明确何谓“违背”。“服从法律”是将法律作为特定行动的决定性理由,“一致”指的是最终的行动选择与法律的要求不矛盾。^⑩ 根据“服从”和“一致”的区别,后果检视中的“违背”是一种一致性判断,集中体现为裁判结论悖离了某些人权价值。由于价值判断的标准经常变动不居,数字人权原则应成为对裁判结论进行人权后果考量的“坐标”。“违背”的判定有赖于“具体—抽象—具体”的二阶过程:首先需要将裁判结论、适用规则、案件事实整合提炼为个案规则,并提炼出个案规则背后的价值取向;然后将这种价值取向与数字人权原则内含的价值取向进行比较,判定是否存在“违背”的情形。“违背”的情形主要分为两类:一类是显性违背,此时裁判结论隐含的价值取向缺乏正当性,同某些具体的数字人权原则明显抵触;另一类是隐性违背,即裁判结论所肯定的某些诉求虽然契合了一项或几项数字人权原则,但否定或放弃了其他权利,且受影响的权利又得到了某些数字人权原则的支持,此种情况意味着人权保障未达到“合理优化的最佳状态”^⑪。

另一方面,明确“违背”的后果。法律原则虽然也具备法律效力,但“违背”数字人权原则并不必然导致受检验的裁判结论无效。认定裁判结论显性违背数字人权原则,意味着法律规则与原则发生了冲突,应该回溯到适用情境判断环节,酌量该案件是否符合“个案正义”或“更强理由”,继而决定是否舍弃现有的法律规则,转而寻求原则或新的规则。至于隐性违背,则需要再次通过权衡或诠释的方式进行分类讨论:一是维持既有的裁判结论及裁判依据。此时,理当进一步加强理由论证,阐明为何否定或放弃某项(某些)数字人权原则,并结合裁判后果、合法律性、价值正当性等因素,证明维持现有裁判结论的正当性。二是依照既有的裁判依据,修正已得出的裁判结论。在对多项数字人权具体内容进行取舍时,可以将相应的权利内容抽象化为具体的数字人权原则,再借助原则权衡形成最合理的裁判方案。三是重新选择裁判依据,作出裁判结论。此时,不得不再次进行适用条件判定,并参照大前提、小前提的获取方法进行价值判断和法律推理。

^⑧ 参见[美]理查德·A.波斯纳:《道德和法律理论的疑问》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第29页。

^⑨ Rebekah Dowd, *The Birth of Digital Human Rights: Digitized Data Governance as a Human Rights Issue in the EU*, Palgrave Macmillan, 2022, p.40.

^⑩ 参见陈景辉:《算法之治:法治的另一种可能性?》,载《法制与社会发展》2022年第4期,第143页。

^⑪ Cong Xu, *Regulatory Model for Digital Rights Management: Analysis of U.S., Europe and China*, Springer Nature Singapore Pte Ltd., 2020, p.159.

六、结 语

数字人权是一个有争议的新议题,如若不能在回应数字时代人权挑战的过程中,展现出数字人权的独特性功能,其独立性价值必然会遭受质疑。因此,在数字技术仍旧高速发展的现阶段,面对法律规范不足的窘境,突破本体论意义上数字人权的概念式研究,转而强调数字人权的原则化处理及其司法适用就显得尤为紧迫。将数字人权视为一项价值原则,并具体化出一整套数字人权原则体系,不仅便于搭建数字人权的内容框架,也有益于增强数字人权司法保障的确定性和有效性。实际上,数字人权原则的司法适用,本质上无非是原则适用理论在数字人权领域的延展。这种延展既有助于从实证性角度证成数字人权的必要性,为生成更多有关于数字人权的法律规则奠定基础,亦是增强人权司法保障、丰富发展中国自主性人权理论的重要方面,还有利于不断将原则适用理论推向精细化。着眼未来,如何结合现实案例来细化、完善与反思数字人权的司法保障机制,不断增强数字人权的规范化程度,明晰数字人权在人权制度体系中的定位,将是数字时代人权研究不可回避的重要议题。

Abstract: Limiting digital human right research to ontological conceptual research cannot effectively alleviate the triple dilemma of digital human rights at the theoretical, institutional and practical levels, making it difficult to respond to the human rights needs of the digital era. In the face of the judicial challenges posed by the ever-changing digital technologies and the absence of corresponding rules, rule of law protection of digital human rights should not only create new rights, but also transform abstract human rights values into concrete principles and apply them to the administration of justice. The identification of conditions of applicability of digital human rights principles is a three-stage weighing process that involves defining the digital sphere, identifying the contexts in which the principles apply, and justifying why the human rights principles should be prioritized. On this basis, it is appropriate for the digital human rights principles to derive a concrete content map based on the three principles of data autonomy, algorithmic fairness and platform bias, so as to ensure the objectivity and operability of the application of the principles. These crystallized digital human rights principles can serve as decisive grounds for decisions, guiding arguments and evaluative tests, thus allowing them to permeate judicial decisions in multiple ways.

(责任编辑:强梅梅)