

数字时代科学立法的法理研究

金 梦*

内容提要 数字技术将人类文明的秩序状态拓展至全新的虚实同构的数字空间中。科学立法秉承求真向善的价值取向,在数字时代重构着社会的治理格局。数字技术创新在立法领域引起立法内容和立法技术的变革,数字领域不断涌现出新的立法需求,数字技术嵌入立法过程并内化成立法顶层设计的内容。数字时代的科学立法要充分体现数字技术发展的客观规律,以构建理性安全向善的数字治理秩序为价值追求,为数字化善治提供制度保障。数字时代的科学立法面临着法律规制模式和法律场景的变化,数字技术发展衍生的新模式新业态带来归责困境,人的法律主体性受到算法秩序的挑战,数字技术介入行政过程会侵扰个体权利的行使空间。通过科学立法稳步推进数字化善治,要设置权利保护的先设机制来预防损害,厘定数字技术的伦理底线来捍卫人性尊严。立法者要提升数字化素养,通过应用并完善智能立法系统提升立法质量和立法效率。

关键词 数字时代 科学立法 领域性立法 立法理性 数字化善治

目 次

- 一、引言
- 二、数字时代科学立法的现实动因
- 三、数字时代科学立法的内在逻辑
- 四、数字时代科学立法的法理难题
- 五、数字时代科学立法的基本进路
- 六、结语

* 华东政法大学法律学院副教授,法学博士。

一、引言

凝聚着人类智慧文明的新技术革命正在开创崭新的数字世界。中共中央、国务院印发的《数字中国建设整体布局规划》指出,“建设数字中国是数字时代推进中国式现代化的重要引擎,是构筑国家竞争新优势的有力支撑”^①。伴随着数字时代的到来,人类的生活方式、生产方式和认知方式发生了诸多变化并面临系统升维。数字时代以信息的数字化、数字网络化、数字智能化为重要标识。^②数字技术的应用推动以数字产业化和产业数字化为代表的数字经济发展,社会治理的数字化转型加速数智化社会的秩序构建,数字技术与行政方式的融合正在全面加强数字政府建设。人工智能、大数据、云计算、区块链等新技术的发展是国家治理现代化过程中的重要助推力,也带来了国家治理法治化的崭新课题。

立法作为法律运行过程的首要环节,是为国家定方圆、为社会定规矩的神圣工作。科学立法在建设法治国家、实现数字化善治过程中发挥着举足轻重的作用。《立法法》(2023年修正)第7条规定:“立法应当从实际出发,适应经济社会发展和全面深化改革的要求,科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务、国家机关的权力与责任。”这既是对科学立法内涵的规定,又是对科学立法的基本要求。科学立法要求所立之法准确客观地反映所调整的社会关系的客观规律,遵循法律体系的内在规律。在数字时代,立法主体应遵循数字技术发展的客观规律,尊重立法活动本身的规律,通过一系列科学的立法理念、立法技术、立法程序和立法体制等立良法达善治。

当下针对数字时代的立法学研究,主要围绕数字技术微观的法律规制问题渐序展开,尤其关注人工智能立法、算法治理的法治化和自动化决策的合法性边界等内容,尚缺乏从宏观整体的视角全面审视数字技术进步带来的立法变革。易言之,法律如何规制并促进数字时代出现的新业态新模式的健康发展,如何通过科学立法回应司法之间进而提高法律的可适用性,如何通过科学立法应对新技术快速发展过程中制度的时间差和法律的空白区,是当下立法学研究必须直面的现实问题。本文尝试从立法法理学的研究进路^③出发,阐释数字时代加强科学立法的现实动因和制度机理,明晰数字时代推进科学立法的内在逻辑,进一步聚焦数智化社会中重点领域、新兴领域的立法需求和立法增长点,从技术规范层面寻找提升立法科学性的现实路径。

① 《中共中央 国务院印发〈数字中国建设整体布局规划〉》,载《人民日报》2023年2月28日,第1版。

② 参见王天夫:《数字时代的社会变迁与社会研究》,载《中国社会科学》2021年第12期,第74页。

③ 立法法理学是将立法作为研究对象的法律理论,兼具理论性和实践性的特点。理论性的方面涉及从立法和司法的角度分析建立在法律体系融贯性基础上的法律体系与社会现实的关系,实践性的方面注重理性立法和良善标准的确立。参见[比]吕克·J.温特根斯主编:《立法法理学:立法研究的新路径》,朱书龙译,商务印书馆2022年版,第52页。

二、数字时代科学立法的现实动因

伴随着数字技术的广泛应用,新模式新业态不断涌现,带来了新的法律需求。立法者需要适时地创设新的法律规范来维持数字领域法律供给和法律需求的均衡状态。具体而言,数字时代立法内容和立法技术等方面的变革是进一步加强科学立法的现实动因。

(一) 立法内容从体系性立法转向领域性立法

数字时代立法的内容聚焦现代法学理论还没有涉及的新兴领域和重点领域,这些领域的立法内容具有创新性和开拓性。算法治理、数据确权、平台规制等新兴领域出现的问题需要创设新的法律概念、法律原则和法律制度。^④数字领域的立法活动需要直面新兴领域出现的这些问题。传统的体系性立法以法律部门的划分为基本遵循,按照法律规范的性质和调整社会关系的不同领域和不同方法为立法依据。和传统的体系性立法不同,领域性立法是跨越法律部门的综合性立法,它同时具有内容多元和属性交叉的特点。领域性立法并不意味着消除部门法边界,而是需要不同部门法在社会变迁和科技发展中作出与时俱进的精准回应。例如,《个人信息保护法》就是立法者从领域法的高度,面对高度复杂的数字时代,从多元治理的视角,对个人信息保护制度的整体性立法设计。^⑤重点领域、新兴领域的立法需求以宪法中的价值宣示和权利保障为根本遵循,领域性立法突破了部门立法的局限,将法律运行的全过程进一步优化整合。

数字领域立法通过以数字技术问题为导向的系统性和综合性的立法实践探索,不断优化立法技术和立法体制机制。新兴领域、重点领域立法需求的增长不能完全依赖法律秩序自身的演化更新和自生秩序的循序渐进。数字领域立法涉及的新兴领域和重点领域的问题域界定十分关键,这也是数字时代推进科学立法的现实需要。“立法是一个复杂的制度设计和社会治理方式,它不仅体现为有权机构的具体活动,而且当这种立法活动成为一种显赫的社会治理方式时,立法也就成了一种改变社会的模式。”^⑥面对数字时代源源不断的技术供给,作为形塑社会制度和社会治理方式的理性立法,数字领域立法必须尊重立法活动的基本规律,并以数字问题域的确定为必要前提,为法律规范的制定给出一个基本框架,妥善处理立法过程中出现的同质性和异质性问题。数字领域立法既要避免出现立法不协调和法律冲突的情况,使所立之法至真至善至美;又要发挥立法的引领和推动作用,使其成为形塑社会治理模式的重要力量。

数字领域立法的逻辑起点在于,对社会经济发展过程中出现的各种新事物和新问题进行类型化地分析,有效地回应数字时代形成的新议题,从而实现数字经济、数字社会和数字政府的融合发展。数字领域立法的重要任务聚焦于预防算法歧视、跨越数字鸿沟、突破信息茧房、保障数据安全等领域,应以求真务实的立法理念和立法姿态架构数字时

^④ 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。

^⑤ 参见余成峰:《数字时代隐私权的社会理论重构》,载《中国法学》2023年第2期,第187页。

^⑥ 朱振:《立法的法理学:一种社会理论的进路》,上海三联书店2021年版,第63页。

代法律规制的基本范式。因此,数字领域的立法尤为需要关注权利保障和权力限制问题,充分保障信息不对称不充分下数字弱势群体的权利。同时,合理界定“政府即平台”的多元治理模态的政府权力和责任也是数字领域立法需要重点关注的方向。数字领域立法涉及数字技术的发展方向,技术进步的终极目标是要增进人类福祉。“我们的立法不是为城邦任何一个阶级的特殊幸福,而是为了造成全国作为一个整体的幸福。它运用说服或强制,使全体公民彼此协调和谐,使他们把各自能向集体提供的利益让大家分享。”^⑦技术的发展和进步必须在法治的轨道和语境中才能迈向增进整体利益和人类福祉的功能。从上述分析可以看出,数字领域不断涌现的立法需求是数字时代加强科学立法的内在驱动力量。

(二) 数字技术内化为立法顶层设计的重要部分

立法指向法律的形成空间,是对国家制度和社会关系进行顶层设计的重要活动。数字时代的立法活动更加关注数字技术对国家治理方式的作用和影响。“数字时代,国家与社会的互动方式发生一定程度的改变,这得益于技术系统的支撑,数字技术逐渐内化为一种国家治理结构。”^⑧因而,由数字技术影响的立法活动正逐渐塑造并深度影响着国家的治理方式和治理结构。数字技术的发展使得法律的代码化运行逐渐成为常态。法律的代码化运行是指,“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系统、运行轨道和尺度边界,进而实现法律的算法化自动运行”^⑨。法律规则、法律价值等通过算法的处理内嵌于社会调控机制中并为法律的代码化运行提供技术支撑。这意味着法律调控机制的运行场域发生时空的改变:一方面,虚实同构的物理空间与数字空间成为立法活动的新场域,法律调控和国家治理的范围发生着全新的变化;另一方面,数字技术的升级迭代使得立法不断面临新问题、新领域,在立法技术层面需要预留足够的制度空间。对于数字时代的立法者而言,需要具备数字技术的基础知识和规制意识。立法范围的变化和立法者数字能力的提升使得数字技术逐渐内化为立法的重要组成部分。

数字技术进步对立法过程产生的影响是数字时代加强科学立法的直接动因。数字技术发展在立法技术方面对立法过程产生了嵌入式影响。当数字技术运用于立法过程时,要最大限度地避免因算法歧视和“信息茧房”等引发的立法歧视和对自由限制等问题。数字技术嵌入立法过程集中体现在,智能立法系统贯穿于立法项目管理、立法系统运行和立法工具使用等诸多环节。智能起草辅助系统大大提高了立法资料搜集、汇编和整理的效率,立法草案意见征集系统的使用使立法工作人员从不同维度对收集的意见数据进行高效且全景的分析。但是,立法资料的收集整理和立法草案意见征集处理能否做到全面、客观且准确受到技术不确定性的影响。智能立法系统的使用有可能会因系统本身的算法缺陷产生立法“信息偏食”现象,也会因设计者的“信息茧房”导致对个体权

⑦ [古希腊]柏拉图:《理想国》,郭斌和、张竹明译,商务印书馆1986年版,第279页。

⑧ 黄其松:《数字时代的国家理论》,载《中国社会科学》2022年第10期,第75页。

⑨ 齐延平:《数智化社会的法律调控》,载《中国法学》2022年第1期,第94页。

利和自由的侵蚀。当立法技术进一步内化成立法的重要组成部分时,立法需要避免受到算法的精准规训,进而防止形成立法歧视。

立法对于新技术出现和发展的回应需要以技术的基本特质为出发点和根据。数字技术的使用要遵守克制且辅助的基本面向,在最大限度保持技术中立的同时降低技术作恶的风险。伴随着数字技术发展的迭代升级,数字孪生、系统仿真、量子信息、元宇宙等多元创新的智能技术不断改变着人们的生活方式和生产方式。数字时代人类社会的秩序建构和治理方式面临诸多新问题。为了应对数字技术进步带来立法内容和立法技术方面的新变化,社会秩序的理性建构不仅要发挥立法的引领和推动作用,更要避免数字技术加持带来的算法作恶和立法歧视等问题,这也对数字时代的立法者提出了更高的理性要求。数字时代的立法要秉承理性至上,这种至上性根植于立法主体的理性行动和具备向善智识的逻辑假设之上。数字时代的科学立法特别要注意统筹协调各种新型利益关系,进而形成数字善治的秩序状态。数字善治的秩序状态要求立法者以向善智识为内在驱动进行法律制度设计。立法理性始终制约着立法实践活动,它通过法律从终极意义上实现社会功能,保持法律秩序内部的一致性和融贯性,同时确保规范的正当性。^⑩立法者应当在理性评估立法后果的基础上作出立法决策,制定符合立法目标的法律。

三、数字时代科学立法的内在逻辑

数字时代的立法活动要充分体现数字社会的发展规律和秩序目标,良法善治的秩序状态对数字时代的立法活动提出了高质量要求。科学立法形塑数字时代法律的基本面貌,架构数字时代法律的全景框架,并影响未来法律运行的整体过程。

(一) 遵循数字技术发展和立法活动的客观规律是科学立法的核心要义

数字时代科学立法的内容和体制机制主要围绕数字秩序的构建展开。科学立法既要科学合理规范数字时代的各种新兴社会关系,又要从数字法治发展的实际情况出发,遵循立法活动本身固有的规律,以促进和保障数字技术进步。数字技术在立法理念、立法内容和立法技术层面对立法活动产生深远影响,带来了前所未有的立法变革,数字技术发展也对科学立法提出了新的目标和要求。面对立法变革,数字时代的科学立法既要遵循数字技术发展的客观规律,又要遵循立法活动本身的客观规律,更要遵循数字法治发展的客观规律。

科学立法需要科学合理地规范数字社会关系,尊重并体现数字技术发展的客观规律。“实践是法律的基础,法律要随着实践发展而发展。转变经济发展方式,扩大社会主义民主,推进行政体制改革,保障和改善民生,加强和创新社会管理,保护生态环境,都会

^⑩ 有学者将立法理性分为三个维度:目标理性(促进实现集体目标和确保道德上的社会整合的能力)、内在理性(法律秩序内在的融贯性)和规范理性(规范的正当性)。参见前注③,吕克·J.温特根斯主编书,第126页。

对立法提出新的要求。”^⑪ 数字时代的立法工作要结合我国数字经济、数字社会和数字政府建设发展的实情,通过开展深入的立法调研和立法论证,充分全面地把握数字技术发展的客观规律。数字技术的发展具有涌现性和跨越性的特征,呈现指数级发展、迭代周期短、覆盖范围广、可以自我升级和赋能等规律。数字技术的发展规律对经济社会发展具有深远影响,传统的社会关系和社会结构逐渐被数字技术解构并移转至虚实同构的数字空间中。数字技术的发展将不断产生新的立法需求,立法必须深入分析这些需求,突出立法重点,结合内外部环境和情势变化,在立法中科学处理法律稳定性与变动性、现实性与前瞻性、原则性与可操作性的关系。^⑫ 针对数字经济、数字社会和数字政府相关的立法要立足于数字技术发展的规律,为技术进步预留明确的制度空间。

科学立法需要从数字法治发展的实际出发,遵循立法活动本身的客观规律。科学就是追求认知进步的理性与方法的努力,如果将科学这个概念应用于法律规范的制定上,法学就是发现现行法的科学。只有新的法律规范符合有效的法律规范的体系时,起草新规范才算得上是科学的。^⑬ 一方面,科学立法要求立法最大限度地维持法律体系的一致性,新制定的法律需要维持法治体系的统一性,这是一国法治体系有效运行的基础,也是推进良法善治的必要条件。法治发展规律尤其是一个国家法治体系的构成规律深受一国国情的影响。作为反映法律现象发展所固有的、稳定的、必然的联系,法治规律是法律运行全过程的根本遵循,法治规律体现并反映自然规律和社会规律本身。另一方面,科学立法要求立法最大限度地遵循其自身的活动规律。“立法要有理论,不能光啃条文,同时还要熟悉情况,光有理论不熟悉情况也是不能搞好立法的。”^⑭ 这里所说的“熟悉情况”,就是要求立法者对数字法治发展的整体状况和阶段水平有清晰的认知,从数字法治发展的实际需要出发,对现有法律规范体系的构成规律充分掌握。立法是技术性较强的工作,立法者需要严格遵循立法技术规范。立法技术规范贯穿立法体制、立法运行、立法程序和立法表达等方面,由立法结构规范、立法语言规范、法典编纂规范等一系列的规范内容构成。

立法遵循的规律包括人类作为自然部分的自然规律、社会发展的基本规律、特殊社会的具体规律、社会事件的因果律、法律体系构成的规律等。^⑮ 数字时代的科学立法需要遵循的客观规律中增加了数字技术发展本身的规律。这并没有突破科学立法的内容要求,只是在传统立法内容中进一步强化了对于技术本身的认知和对技术伦理的遵守。立法需要在引领技术向善的同时,为技术创新提供良好制度生态。虽然立法活动中所涉及的主观性、价值性和目的性的目标都可以通过科学立法来达成,但是科学立法要坚持事

⑪ 习近平:《全面推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法》(2013年2月23日),载习近平:《论坚持全面依法治国》,中央文献出版社2020年版,第19页。

⑫ 参见乔晓阳主编:《〈中华人民共和国立法法〉导读与释义》,中国民主法制出版社2015年版,第60-61页。

⑬ 参见[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第129-130页。

⑭ 彭真:《全国人大常委会机关要为立法工作服务》(1954年10月29日),载彭真:《彭真文选(一九四一—一九九〇年)》,人民出版社1991年版,第262页。

⑮ 参见黄建武:《论立法的科学性与主观选择》,载《地方立法研究》2016年第1期,第94-96页。

实性和效用性的边界。^{①⑥}数字时代的立法围绕新兴领域、重点领域展开,数字领域立法既要维持体系性立法的一致性,又要突出其自身的前沿性和开拓性,最大限度地实现数字法律供给和数字法律需求的平衡与协调。

(二) 构建安全向善的数字治理秩序是科学立法的价值追求

安全可控、值得信赖的数字技术能够进一步增进人类福祉,赓续繁荣持久的文明秩序。数字技术的发展具有偶然性和跨越性的特点。加之技术发展并不是单一行动的结果,而是复杂集体行动多重因素的叠加,涌现性的技术特质要求现代治理方式最大限度保持技术创新与法律规制之间的平衡。^{①⑦}“以数字科技为代表的现代科学技术正在彻底改变传统生产方式、生活方式和交往方式,使人类步入更加高效、开放、自由、互信的数字经济时代,也呼唤着科学、人本、公正、包容、共治的法理型法律秩序。”^{①⑧}安全向善的数字治理秩序是法治建设的时代要求,也是数字法治建设寻求确定性和可预期的制度保障。保持数字社会技术安全和科技向善的秩序状态,需要协调好效率与公平、安全与秩序等不同法律价值之间的关系。

以无限数据为重要支撑、以数字技术为运作规则的物理空间和虚拟空间相互融合的场景变迁,促使我们进一步反思传统的法律秩序状态。“自由与秩序关系原理如果要继续为现代国家与法治建设提供指引和正义论基础,就需要根据社会的技术性特征予以重构。人们如果想在智能利维坦面前享有自由与尊严,也需要对自由和权利理论及法律保障模式予以再造。”^{①⑨}在数字时代,数字技术不仅内化成立法顶层设计的重要内容,而且深度影响着国家的治理结构和秩序。“科学技术的发展与社会内部需求的内外推力使得治理方式和治理工具不断升级,数字社会建设进一步推动社会治理机制和治理能力的变化。人类通过数智化的方式和手段将经济、政治、社会等均嵌入数智能化浪潮,最终实现整个国家和社会的一体化。”^{②⑩}数字化善治不仅要法律规范层面应对新的法律需求,更要从道德伦理层面给予法律回应。技术赋权带来国家权力结构的异化和重整,算法决策影响着社会治理秩序的塑造和续展,网络平台的数据掌控制约着个体权利的实现甚至导致公民个体权利的妥协与让渡,这些都是构建良善的数字秩序要解决的重要问题。

构建安全向善的数字治理生态,不仅要通过立法对数字社会的制度和秩序进行顶层设计,而且要正确发挥数字时代立法引领技术向善的重要功能。一方面,在尊重科技进步,提升数字时代创新能力的前提下,立法主体要将数字技术的发展置于法律规范的预期限度之内,通过数字技术伦理规范的价值导向,保持数字技术创新与法律规制的合理平衡状态;另一方面,构建理性、公平和安全的数字治理生态是数字时代立法的重要目标任务。立法主体要充分发挥法律规范的指引和预测功能,将其从事的立法活动赋予新的

^{①⑥} 参见裴洪辉:《合规性与合目的性:科学立法原则的法理基础》,载《政治与法律》2018年第10期,第66页。

^{①⑦} 参见刘劲杨:《人工智能算法的复杂性特质及伦理挑战》,载《光明日报》2017年9月4日,第15版。

^{①⑧} 张文显:《论中国式法治现代化新道路》,载《中国法学》2022年第1期,第28页。

^{①⑨} 齐延平:《论人工智能时代法律场景的变迁》,载《法律科学》2018年第4期,第43页。

^{②⑩} 张建锋、肖利华、许诗军:《数智化:数字政府、数字经济与数字社会大融合》,电子工业出版社2022年版,第17页。

技术内涵和安全追求,拥抱数字技术本身的发展特质,厚植立法的伦理基础,明确数字技术发展的道德底线,提升数字时代立法的品质。

(三) 形塑数字时代法律制度的全景框架是科学立法的基本任务

立法关乎法律运行的源头正义,形塑着法律体系的基本面貌,架构起法律制度的全景框架,并影响未来法律运行的整体过程。法律制度的全景框架以法的本体论内容为基础,涵盖一个国家和地区所有法律原则和规则的内容。它包括法律关系主体的界定、权利义务内容的设置、法律责任的分配和承担,以及法律原则和法律方法的适用等诸多方面。人工智能、区块链、云计算等数字技术引起法律场景的变迁。虚实同构的活动场域使人置身于预先设计的秩序状态中,从而使传统的人际关系模式转变成以技术为媒介的多元化的互联互通关系模式。去中心化、智能互联、多元开放的秩序特点使立法工作在新的认知范式和价值理念的基础上展开法律全景框架的建构。数字时代法律制度的全景框架在数字技术广泛应用、深度融入社会生活的基础上,呈现出数字社会智慧治理的秩序特征,重构着数字社会的治理格局。

立法关乎法律运行的全过程,“议决式”的立法权、“执行式”的行政权和“裁决式”的司法权共同构成国家权力的关键内容。“由于权力关系在融入权力集合体的同时而行使,并且从不完全重叠,所以,权力关系对权力行使的条件加诸了具有设置和突破不成比例的混合特征。”^{②①}与行政权和司法权不同的是,立法权的行使表现为特定的国家机关根据法定职权通过法定程序创制法律规范的活动。作为一种外部秩序的构建,它既是多方利益博弈、寻找利益最大公约数的过程,也是各方利益博弈的结果。“立法这种发明赋予了人类一种威力无比的工具——它是人类为了实现某种善所需要的工具,但是人类却还没有学会控制它,并确保它不产生大恶。立法向人类开放了诸多全新的可能性,并赋予人类一种支配自己命运的新的力量观或权力观。”^{②②}在数字时代,信任的建立不再依赖于大型的中间机构,而是基于合作,尤其是基于密码技术和特定的精密代码。信任基于技术,那么技术本身的伦理问题和底线逻辑如何被定义就显得尤为重要。换言之,如何规制技术就成为立法关注的重要内容。执法过程中处罚技术作恶,以司法裁判向技术滥用说不,在法律监督过程中对技术监管部门科以义务,都需要在立法环节预先设置相应规则。数字技术的发展具有不确定性,立法如何从技术发展不确定性的前提预设出发,锚定风险社会本身的不稳定状态,从而为社会秩序的建构提供一套稳定可预期的规范方案,是对立法者提出的时代要求。

数智化社会中的问题纷繁复杂,法律应为数字秩序的建立和完善提供一种平衡的智慧,并调节其中的各个要素的秩序。正如福柯所言,“秩序的功能就在于清理各种混

^{②①} [英] 博温托·迪·苏萨·桑托斯:《迈向新法律常识——法律、全球化和解放》(第2版),刘坤轮、叶传星译,中国人民大学出版社2009年版,第441页。

^{②②} [英] 弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第1卷),邓正来、张守东、李静冰译,中国大百科全书出版社2022年版,第182页。

乱”^{②③}。秩序正是借助一种无所不在、无所不知的权力,确定规训对象的生存状态,即通过一种持续的微观的形式影响个体的选择。法律为人们的行为提供规范化的指引和可预期的秩序场景,但是数字技术的出现将现实的物理空间和虚拟的网络空间进行整合。从法的制定开始,虚实同构的场景变化将成为数字时代法律秩序构建的基本底色。人机交互、时空脱域、去中心化的概念将对立法、执法、司法和法律监督等基础理论问题重新定义,并成为建构数字秩序的认知逻辑的概念前提。

法律需要为数字社会的发展提供稳定的制度环境和可预期的信息支撑。“人们选的是能使其预期效用最大化的策略,而制度通过作用于预期效用的计算来对社会结构产生影响,其中的关键在于社会制度对社会预期的一种稳定功能。”^{②④}在立法领域,自动驾驶、基因编辑、智慧医疗等新兴领域存在很多的法律空白和短板;在执法领域,自动化决策引起跨层级和跨权限的行政行为挑战着传统的程序控权行为,进而形成新的权力格局和治理模式;在司法领域,人民法院利用先进的信息化系统建设智慧法院,人民检察院将检务工作与大数据、物联网等技术相融合推进智慧检务,^{②⑤}数字技术与审判和检察工作融合对于深化司法责任制综合配套改革、维护社会公平正义的最后一道防线意义深远。法律制度正在经历数字技术的洗礼,法律的运行过程也因数字技术的介入而发生前所未有的改变。伴随数字社会而来的各种新情况、新问题,正好给我们提供了制度设计的契机,让这些设计不再受到物理场所、专业人员以及决策制定者的制约,也不再受预先设定的程序特征和既定目标的限制。^{②⑥}跨越时空、人机共生、虚实同构的数字时代需要立法先行,发挥立法的引领和推进作用,以良法善治促进新业态和新模式的健康有序发展。

四、数字时代科学立法的法理难题

数字技术创新产生新型社会关系,不断出现的新业态和新模式使传统的社会治理方式难以应对数字时代的发展需要。数字技术进步带来的立法变革亟需法学理论给出理性解答。传统的法学本体论中法律责任的认定和归结、法律关系的主体和客体的概念界定,以及公权力行使的边界等问题都需要重新审视。

(一) 数字技术发展衍生的新模式新业态带来归责困境

党的二十大报告明确指出,“加快发展数字经济,促进数字经济和实体经济深度融

^{②③} [法] 米歇尔·福柯:《规训与惩罚:监狱的诞生》(修订译本),刘北成、杨远婴译,生活·读书·新知三联书店 2019 年版,第 212 页。

^{②④} [美] 杰克·奈特:《制度与社会冲突》,周伟林译,上海人民出版社 2009 年版,第 219 页。

^{②⑤} 参见雷磊:《中国特色社会主义智慧法治建设论纲》,载《中共中央党校(国家行政学院)学报》2020 年第 1 期,第 106 页。

^{②⑥} 参见[美]伊森·凯什、[以]奥娜·拉比诺维奇·艾尼:《数字正义:当纠纷解决遇见互联网科技》,赵蕾、赵精武、曹建峰译,法律出版社 2019 年版,第 29-30 页。

合,打造具有国际竞争力的数字产业集群”^{②7}。数字经济以数字产业化和产业数字化为核心内容,有别于农业经济和工业经济。数字经济“是以数据资源为关键要素,以现代信息网络为主要载体,以信息通信技术融合应用、全要素数字化转型为重要推动力,促进公平与效率更加统一的新经济形态”^{②8}。数字经济作为一种全新的经济形态,数据成为重要的生产要素,平台变为资源配置的基本经济组织,也是价值创造和汇聚的重要载体。数字经济新业态聚焦在在线服务、共享经济、智能经济和新个体经济等领域。数字技术的发展使得传统产业的数字化水平和智能化水平进一步提升,也带来了新模式新业态的法律规制问题。

第一,能否赋予人工智能体(Artificial Intelligence Agent)^{②9}以数字人格,从而使其享有数字人权,立法应审慎科学地对其进行评估。“立法者所构想的人的形象的变迁决定了法的划时代的变迁,没有哪一种法律思想的其他要素可以与之相比。”^{③0}数字技术与实体经济相互融通,不仅会产生各类风险叠加导致的经济风险和技术风险,还会带来社会风险治理过程中的诸多问题。权利义务的不确定性导致法律责任归结困难。数字技术在金融、医疗、交通等领域广泛应用,使得智能投顾、智慧医疗、自动驾驶等渐入人们的生产生活,如果赋予这些人工智能体以数字人格,则会产生法律归责的困境。人工智能体的设计者抑或使用使用者会使用双重标准来衡量其价值:一方面会利用人工智能体所拥有的数字人格来最大限度地实现经济利益最大化;另一方面会通过人工智能体来规避法律责任与风险,即由拥有数字人格的人工智能体来承担法律责任。

第二,数字技术发展催生了平台经济这一新就业形态,但也带来了平台劳动者权益保障法律缺位的问题。数字时代服务业和制造业的融合类型转向基于高通量物联网的新型融合模式和基于大型平台的新型模式。平台经济成为数字经济发展的关键内容和关键场域,平台劳动者尤其是从事共享经济和零工经济的劳动者的权益保障问题需要特别关注。例如,零工劳动者被自动且集群化地注册成个体工商户,这样平台就通过技术和法律手段将社会保障的责任和职业风险都转移给了零工劳动者。当零工劳动者的合法权益受到侵害时,司法的最终认定很有可能是零工劳动者与平台之间是合作关系而不是劳动关系,现行的劳动法律法规便无法为零工劳动者提供法律保护和相应救济。由于立法的缺失,不同的法院对平台劳动者与平台之间关系的性质认定千差万别,有些法院还会根据具体侵权的性质(人身损害或财产损失)来认定劳动关系的有无。一般而言,认定劳动关系最核心的标准是劳动者人格及经济从属性,即根据每个案件的具体事实,从平台劳动者和平台之间的关系是否符合劳动关系的本质特征进行理性判断。^{③1}

^{②7} 习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜,为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗》(2022年10月16日),载《习近平著作选读》(第1卷),人民出版社2023年版,第25页。

^{②8} 《国务院关于印发“十四五”数字经济发展规划的通知》(国发〔2021〕29号),2021年12月12日发布。

^{②9} Artificial Intelligence Agent 在中文语境下通常被称作“人工智能体”,是能够自主感知环境并采用行动实现目标的智能实体,更强调自主性和主动性。

^{③0} [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法哲学入门》,雷磊译,商务印书馆2019年版,第135页。

^{③1} 参见谢增毅:《互联网平台用工劳动关系认定》,载《中外法学》2018年第6期,第1546-1569页。

第三,数字技术发展衍生的数字发展业态使得传统的法律监管受到挑战。不同性质的角色定位会带来完全相异的法律责任归结和承担。在诉讼过程中,对互联网平台究竟是作为服务的提供方,即实际经营者,还是仅仅作为信息的发布中介,法官需要根据相应的法律规范科学识别,以精准定位数字平台的角色和身份属性。对于平台法律性质的不同界定会引起法律责任认定和归结的差异,尤其是在税收领域。伴随着平台经济的发展壮大和不断扩容,传统商业模式的发展空间受阻,尤其是共享经济、零工经济的参与者在平台中所获得的经营收益可能低于税收起征点从而规避税务监管。在税收征缴过程中,税务机关更需要准确区分应税企业和公民个体才能确定应税方式和具体数额。可以说,平台经济的发展也在挑战着国家的税收征收管理制度。由上不难发现,数字技术的发展解构着传统经济,其所具有的驱动价值与监管隐忧并存。当现有的法律规范体系无法为数字产业发展提供适恰的监管标准和价值引领的时候,立法需要针对数字经济发展存在的各种隐忧和由数字技术发展衍生出的诸多问题予以回应和规制。

(二) 数字技术迭代形成算法秩序消解人的主体性

数字技术催生新的数字秩序,尤以算法秩序为核心。数字技术的发展不仅在经济领域带来全新的法律问题和立法需求,而且给人类社会秩序的治理与重塑带来前所未有的挑战。与农业社会、工商业社会的秩序状态不同,人类正在迈向以算法为主导、人机互融活动、空间格局虚实同构的数智化社会秩序中。“数智化社会所展开的是一种超大规模、超复杂的经济社会关系全新形态。”^{③②} 算法是支撑数字技术的核心,经由算法的“输入—输出”的计算过程,各种社会关系逐步被算法影响并控制,算法从而成为影响整个社会秩序构成的重要因素。算法所具备的调配资源的力量使其形成一种事实上的技术权力,这种权力区别于其他权力进而使公权力高度依赖算法的认定功能和决策程序。^{③③} 但不能否认的是,算法秩序的形成仍是人类理性的秩序构建,因为算法底层逻辑的道德基础就是人类的有限理性,算法的底层指令和代码归根结底是人类的思维方式的展现。^{③④} 法律规制算法秩序首先要从对算法主体的行为规制着手,避免出现算法歧视、算法作恶甚至算法霸权。

数字秩序在算法的不断进化升级中逐渐成为社会秩序的重要内容。数字技术对社会秩序的挑战很多都是农业社会和工商业社会中不曾遇到的问题,数字秩序包含并对标相应的社会关系内容,但是维系这些关系的社会规范和法律准则目前并没有相匹配的数字意涵。法律需要适时保障、伴随和矫正自然关系,要使一个国家的体制能真正稳固和持久,就必须严格按照实际情况行事,使自然关系和法律永远在每一点上都协同一致。^{③⑤} 维持数字社会的正常有序运转,保护相应主体的合法权利,给数字社会的立法提出了崭新的时代命题。数字技术的迭代发展使得“数字鸿沟”无法逾越,更使数字弱势群体的

^{③②} 前注⑨,齐延平文,第78页。

^{③③} 参见张凌寒:《算法权力的兴起、异化及法律规制》,载《法商研究》2019年第4期,第65页。

^{③④} 参见金梦:《立法伦理与算法正义——算法主体行为的法律规制》,载《政法论坛》2021年第1期,第35页。

^{③⑤} 参见〔法〕卢梭:《社会契约论》,李平沅译,商务印书馆2011年版,第60页。

权益保障问题凸显。通过科学立法弥合数字鸿沟、维护数字弱势群体的合法权益不仅是法律价值的必然要求,更是信息时代实现社会公平正义的目标任务。

算法不断消解着人的主体性,动摇了人在世界中的主体地位。^{③⑥}信息碎片化涌现形成的“信息茧房”影响着人们的认知模式和价值选择,作为主体的人面临着被算法客体化的危险。个体权利的实现根植于现代社会法律制度所追求的公平、正义和自由的理念,在以数字技术为支撑的数智化社会中,算法效率优位的价值取向与追求正义的社会建构呈现出相互悖离的发展样态。“法律是社会生活的规范构造,一个成熟的立法体系是同社会生活样态相适应的。”^{③⑦}当追求个体权利实现的正义价值让位于数字化决策的效率时,社会治理结构需要法律体系作出相应的调适。数字技术的发展解构了现有的社会秩序状态。以算法为主导的数字秩序的形成使现代社会的治理体系和治理模式发生变化。

自动化行政过程中的“算法治人”带来侵犯人性尊严的隐忧。数字化的权力行使方式由程序环节跨越至实体决定,这种治理方式会直接导致国家权力运行转向“机器治人”或者“算法治人”,自动化行政应当在规范层面实现技术可控。^{③⑧}自动化行政尤其要注重依法行政的人文精神,尊重和保护人权,维护人性尊严。数字时代社会治理的科层制结构在数字技术介入治理的过程中逐渐转化成智慧治理模式。数字技术提升了国家治理体系和治理能力现代化的制度效能。国家可以通过数字技术对治理事项进行集群化地处理从而提高自动化决策的效率。“一网通办”“最多跑一次”大大提高了政务服务效率,提升了人民群众的满意度和获得感,降低了行政成本。但是,自动化行政方式本身的权力正当性与合法化问题尚无定论,自动化行政过程是否会因公权力行使边界不明确而对公民权利造成侵害是需要研究的问题。

(三) 数字技术介入行政过程侵扰个体权利的行使空间

数字技术的发展促使社会交往模式的变化并形成新的社会关系。“以往层级结构和层级势能所依凭的物理时空基础和载体,逐渐被数字时代的扁平化、破碎化、流动化的社会关系和社会结构所消解。”^{③⑨}数字孪生技术使现实物理空间得以向虚拟数字空间进行模型化和动态化的呈现。人们可以通过知识图谱、语音识别、多模态数据集成方法等把自己化身为元宇宙的虚拟人,并且可以进行化身或者分身。元宇宙作为数字孪生技术具象化的表现形式,在此虚拟空间中衍生出新的赛博空间关系。传统的法律已经无法满足虚实同构空间的新型社会关系规制的需求,法律调控方式和法律价值取向都将发生变化。“数字公民”可信数字身份的建立尚无统一的法律认证标准,虚拟空间的社会关系需要借助法律的规训形成信任基础。

公权力的技术化延伸可能导致个体权利受到侵害。当表征人类社会属性的生产活动、社会交往、情感意识等与数据交织在一起的时候,人类逐渐具有“数字公民”的角

^{③⑥} 参见郑智航:《人工智能算法的伦理危机与法律规制》,载《法律科学》2021年第1期,第17页。

^{③⑦} 张龔:《网络空间安全立法的双重基础》,载《中国社会科学》2021年第10期,第97页。

^{③⑧} 参见展鹏贺:《数字化行政方式的权力正当性检视》,载《中国法学》2021年第3期,第137-138页。

^{③⑨} 马长山:《迈向数字社会的法律》,法律出版社2021年版,第274页。

色。技术公司、平台和政府通过人们留下的身份、关系、行为和言语等数据,运用数字技术进行“数据画像”,侵蚀着隐私空间并导致公权力的技术化延伸形成国家权力的异化控制。^⑩在数字化行政过程中,政府在掌控公民个人数据和信息的同时又肩负着保障行政相对人数据和信息安全的重要职能。行政职权法定原则和行政程序正当原则要求行政主体使用公民数据信息时不能恣意。数据作为重要的财产形式,其中关于个人信息的内容也涉及人格权。当公民特定的身份信息、生物特征和社会关系被采集录入公共集成管理系统,并且进行公民数据信息共享的时候,如何避免公民信息不被泄露和滥用,以及如何对信息泄露和滥用信息的行为追责,就成为需要解决的问题,但现有法律制度设计并没有给出与之相匹配抑或令人满意的解决方案。

数字技术介入行政过程的范围和限度需要立法加以厘清。数字化行政水平是衡量数字政府建设的重要尺度。数字政府建设的重要内容是政府为民众提供更加便捷高效的数字化服务,以满足人民美好生活的需要。数字化行政方式正有效打破时空的阻隔,提高着有限公共资源的普惠化利用水平。但是,由政府主导和法治保障的数字秩序治理格局形成过程中依然存在数字鸿沟、算法霸权等问题。我们不会走向一个没有问题的世界,因为人们会在解决旧问题的同时迅速地发现或制造出新问题。追求向往“零风险社会”的认知前提是,人类通过满足现有的需求和欲望,发现或创造新的需求、欲望和问题,并且有能力为现有的问题提供解决方案。^⑪数字政府建设需要面对数字化行政合法性和行政权力正当性的质疑,也要对数字技术介入行政过程厘定合理的范围边界。

生物人类和数字公民的交融共存,不仅挑战着传统法律关系主体的概念,也对数字化行政合法性的边界提出理论和实践问题。立法者在行政立法过程中需要给出法律回应并适时地进行法律解释。当公权力不受限制地利用数字技术作恶而又归责于技术本身时,法律应合理划定公权力行使的边界,而不对公民权利造成进一步的侵害。数字技术获得生物技术的加持将会产生强有力的控制效果,甚至成为公权力滥用的工具或手段。在行政立法中应重点解决的问题便是数字政府建设如何最大限度地对个人数据和信息进行有效保护。行政合法性原则和行政合理性原则对数字政府建设提出了更高层次的合法化和合理化要求。政府数字化行政水平的提升需要兼顾数字技术弱势群体的权益保障问题,以维护依法行政在前进与平衡中的底线价值。只有不断提升数字治理能力,才能在数字政府建设过程中使政府决策不断走向科学化、民主化和法治化。

五、数字时代科学立法的基本进路

数字技术的发展增加了风险社会治理的不确定性,数字社会治理的复杂性和难度也随之提升。基于数字技术发展带来法律归责的难题、数字技术迭代升级出现数字鸿沟、

^⑩ 参见马长山:《数字时代的人权保护境遇及其应对》,载《求是学刊》2020年第4期,第104-105页。

^⑪ See Marc Galanter, *Access to Justice in a World of Expanding Social Capability*, *Fordham Urban Law Journal*, Vol.37:115, p.125 (2010).

人的尊严和主体地位受到挑战等问题,面对数字时代法律规制模式的转向和法律场景的转换,全面提升立法的科学性,从而引领数字化善治需要从以下方面着手:

(一) 设置权利保护先设机制,规范法律代码化运行

法律的算法化运行样态使得法律制度的基本面貌呈现出权利和义务先设机制的建立。法律介入社会关系的进路前移,权利义务先设机制是在事前对人的行为加以规训,通过事前对社会关系的影响和架构来实现对不法行为和违法行为的预防和阻却。这与传统立法模式最显著的不同在于,法律规范的内容设计将从注重事后的法律责任归结转向事前的预防和规训,即“法律调控应从‘裁断行为后果’转向‘塑造行为逻辑’,赋权与救济模式应转向责任与义务的加载与规制模式,也就是转向事前对行为的规训与塑造,以及事前对不法与违法行为的阻却”^{④②}。传统法律的调整模式已经无法适应数字时代层出不穷的社会关系变化,明确具体的立法内容在秉承法律针对性和可执行性特征的同时必将重塑法律的整体面貌。法律的正义与秩序、公平与效率等价值的冲突和整合将在数字技术的影响下凸显出鲜明的时代特色,即当以效率优位的算法选择与公平正义的权利保障相冲突的时候,通过立法中的权利保护先设机制能够最大限度地平衡价值冲突。具体而言,应主要从以下两个方面构建权利保护的先设机制:

第一,通过对事前行为的规训与塑造阻却违法行为。权利与义务作为法律规范的核心内容,贯穿于法律运行的全过程。数字时代的科学立法更加聚焦法律关系主体行为逻辑的塑造,这同时意味着权利的保障模式面临着系统化的升维和更新。“权利之所以超越利益正是因为它被赋予了更高层面的道德意义。利益可替代,并可以在市场上自由交换。而权利却很少是绝对或不具弹性的,因为很难对它赋予经济的价值。”^{④③}例如,在信息共享、数据共通的时代背景下,对于隐私权的保护模式可能需要突破传统的救济和修复模式。从立法成本和法律效果上看,通过事前塑造隐私权的保护模式阻却对隐私权的侵害,要优于事后的救济补偿模式。权利的核心内容彰显着社会秩序的道德基础和伦理底线。在数字社会的治理过程中,数字空间表现为更多的人造特点,平台作为数字空间生产、分配、交换、消费的重要载体,其本身在享有私权利的同时也需要承担公法义务,透明、公正、可追责的平台规则是数字经济发展的保障。权利保护先设机制的设置能更加明晰平台的权利、义务与责任,进而促进数字经济的发展。

第二,通过规制算法与控制代码事先规避风险、预防损害。“代码控制的目的在于检测是否存在数据无节制挖掘的风险、是否存在信息安全漏洞、是否窥探隐私及对人行为控制的影响等。”^{④④}传统的法律显然无法满足虚实同构空间的新型社会关系规制的需求,法律调控方式和法律价值指向也发生着变化。如前所述,元宇宙中的虚拟人可以进行化身或者分身,在作为数字孪生技术具象化表现形式的元宇宙虚拟空间中衍生出新型关

^{④②} 参见前注^⑨,齐延平文,第78-79页。

^{④③} [美] 弗朗西斯·福山:《我们的后人类未来:生物技术革命的后果》,黄立志译,广西师范大学出版社2017年版,第110页。

^{④④} 黎四奇:《数据科技伦理法律化问题探究》,载《中国法学》2022年第4期,第132页。

系。虚拟空间的恩怨情仇有时会影响现实社会中人类情绪情感的波动走向,进而成为影响社会安定和谐的因素。针对虚拟空间中的暴力行为,应将法律介入的进路前移,即从技术层面的代码设计角度,规避虚拟空间中可能发生的各种“违法犯罪”行为。

权利保护先设机制的设置使得法律代码化运行不断推进。立法活动虽然是理性建构的结果,但是人的有限理性绝无能力设计整个社会制度与文明,因为社会制度与文明的形成是人之行动合作的产物。^{④5}立法指向法律秩序的逻辑正当,它通过厘定权利和义务的范围、确立法律关系、分配法律责任、明确法律程序进而建构法律制度。法律代码化运行通过算法嵌入社会关系,从社会关系架构和社会治理的初始环节实现法律规制。法律代码化运行意味着法律运行模式的自动化展开,即从法律运行源头环节的立法过程开始,以事前的规训塑造代替事后救济。“算法可以直接控制数字信息的传送过程,谁得到什么样的数字信息由自动化的算法来决定。在控制数据与信息传递基础上,算法参与分配真实社会中的机会与权利。”^{④6}因而,算法主导、虚实同构的社会权利义务分配、国家权力重塑格局渐趋形成。保障权利保护先设机制的正常运作,将从源头上提升数字时代科学立法的水平。

(二)明晰数字技术的伦理底线,维护人性尊严

维护人性尊严既是数字技术创新的伦理底线,也是科学立法的伦理基础。“哲学的元问题是人的问题,法理学的元问题是法律中的人的问题,展言之,就是人与自身、人与自然、人与社会的关系在法律视野中的展开问题。”^{④7}数字时代的科学立法要解决的首要 and 关键问题同样是法律、技术与人之间的关系问题。技术进步延展着人类的生产生活空间,在自动驾驶、智慧金融、自动化行政等领域,人工智能体代替人类劳动提高了工作效率,但是也带来了法律主体性的危机,尤其是生物人类和数字公民的交融共存挑战着传统的法律关系主体的概念。科学立法原则对技术的回应和规制应该是明确权利主体的道德底线和伦理边界,最大限度地解决数字技术的应用困境。一项技术的不同应用可能会带来完全相异的后果,立法在规制技术发展的同时需要考量技术应用的不同场景和多重面向,以技术的基本特质为出发点和根据来进行制度设计。

第一,在立法价值层面要以捍卫人的主体地位为目标。在数据和信息占据主导地位的 digital 时代,数字技术的发展加持生物技术的应用有可能会将人类主体推至前所未有的尊严危机中。在生命科学领域,生物保守主义秉持一种针对新兴生物技术的消极和不信任的态度,而与之相对的技术进步论则认为,技术的进步必将造福人类,技术的发展应用对于个体和社会更多的是积极促进作用。^{④8}不论是生物保守主义还是技术进步论都不能回避的现实问题是,人类增强技术的发展将逐步改变人类的生命形态,守住人性的道德

^{④5} 参见朱振:《超立法原理:对哈耶克法治理论的重构与反思》,载《国家检察官学院学报》2016年第2期,第73页。

^{④6} 前注②,王天夫文,第81页。

^{④7} 徐显明:《中国法理学的时代转型与精神进路》,载《中国法学》2008年第6期,第6页。

^{④8} 参见成素梅等:《科技时代的哲学问题及其实践智慧》,科学出版社2020年版,第225页。

底线,坚守技术创新的人性基础,是在科学立法过程中应审慎思量的关键议题。生物技术的进步改变甚至消解人的主体性存在,进而会逐步解构平等价值理念并加剧冲突和矛盾。法律的先行介入能从前置路径上规避技术对人性价值的侵噬,也能更好地避免道德量化和情感计算。数字技术创新的伦理底线在于最大限度地维护人性尊严,捍卫人的主体地位,这也是从道德基础层面推进科学立法活动的基本要求。

第二,在立法过程中要始终尊重和保护人性尊严。电子政务、数字金融、智慧交通、智慧医疗等以数字技术为支撑的各个领域深深影响着人们的生活质量和幸福指数。数字技术会成为一种神奇的机器运作的决定性技术,无论人们出于何种目的使用它,都会产生同样的权力效应。数字技术“利维坦”由此固化。法律介入进路的前移,使得我们有充分的制度空间来合理控制行政权力的边界。规范数字秩序,提升社会治理的数字化水平,需要在技术发展中秉持以人为本、科技向善的设计理念。“我们对立法的尊重在很大程度上就是我们对一项成就的赞颂,即在现代生活环境中所取得的那种具有协同性、合作性和协调性的行动,也就是说,集体行动。”^{④⑨}从立法准备阶段到“法案到法”阶段,再到立法完善阶段,各个环节都要始终尊重和保护人性尊严,防止人的主体性被人工智能体消解。对作为主体的人有更加精确理性的认知,进而弘扬人性价值,保障人的权利和自由^{⑤⑩}是立法理性和立法伦理的基本要求,也是维护人性尊严的根本之道。

(三) 提升立法者的数字素养,推进数字化善治

立法理性将社会秩序的建构指向人类理性的向善智识,人类的理性可以通过事先的缜密计算和审慎思考设计制度从而建构社会秩序。“立法者应当是温和的、宽大的和人道的。他们是一些明达的建筑师,使自己的大厦以自爱为基础平地而起,使普遍利益集中地体现个人利益。他们任何时候都不会被迫用片面的法律和混乱的措施将普遍利益同个人利益割裂开来,以恐惧和猜疑为基础建立起公共幸福的虚伪形象。”^{⑤⑪}数字时代的立法活动离不开立法者对于技术发展本身的理性认知和数字素养的提高。

第一,立法者需要明确数字时代立法的范围边界和主要内容。立法是立规矩、定方圆的神圣事业。“法律规则的规制范围,即立法所调整的事项受法律规范约束的范围,是立法的核心问题。”^{⑤⑫}只有解决好、解释好这一核心问题,才能进一步开展立法工作。立法者要将其置身于整个数字时代发展的宏大背景之中,掌握技术发展的本质属性和客观规律,从时代转换的底层逻辑出发,明确规制对象,厘清规制范围,确定好数字领域立法的关键问题。具体而言,立法者要以数字技术进步和数字社会发展过程中出现的新问题为出发点,厘清数字领域立法的问题域,从领域法的层面进行整体性的立法制度设计,科学合理地规范数字社会关系。同时,立法者要围绕数字领域立法的重要任务,有针对性地

^{④⑨} [美] 杰里米·沃尔德伦:《立法的尊严》,徐向东译,华东师范大学出版社2019年版,第168页。

^{⑤⑩} 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11页。

^{⑤⑪} [意] 切萨雷·贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京大学出版社2008年版,第111页。

^{⑤⑫} 张越:《立法技术原理》,中国法制出版社2020年版,第60页。

解决数字技术发展产生的具体问题,从而避免算法霸权,消弭数字鸿沟,最大限度地尊重个体权利。这是数字时代科学立法的逻辑前提,也是对立法者的基本要求。

第二,立法者需要对数字技术有理性认知并坚守良善立法。立法者对于技术的态度和对技术本身的熟知程度决定了立法者自身对法律、技术与人三者之间关系的主观立场。尽管科技风险本身不确定,但是在面对科学进步带来的风险时,政府需要将预防原则放在法律手段规制科技风险的中心位置。^{⑤③} 预防原则的关键内容是对安全的预知和保障,包括“作出预防观念出发点的危险因子,潜在担忧、预防诱因;可以做出明确风险评估的科学因素之缺失或不确定;取决于相关的政策评估之应对因素;以及要求相应的义务因素”^{⑤④}。面对数字时代不确定性的风险和损害时,法律能够做的是,最大限度降低交易成本以维持法律市场的法律均衡,为进一步达致帕累托最优状态提供规范支撑和制度保证。科学立法趋向求真,追求良法善治。“立法应当倡导和弘扬社会主义核心价值观,坚持依法治国和以德治国相结合”^{⑤⑤},这是从法律文本层面对科学立法的德性要求,也对立法主体坚守良善立法确定了明确的法律依据。数字时代的立法者需要直面并解决的关键问题是,数字时代的法律如何最大限度地限制得到技术加持的公权力,进而保障作为主体的人的权利和自由。

数字化善治秩序以立法者的向善智识为道德底色。“至善之法,即是衡平价值关系而使价值冲突降至最低限度之法。这一价值尺度应成为立法的首选原则。”^{⑤⑥} 将价值冲突降至最低的限度是至善之法的标志,也对立法者的立法技艺、道德水平和伦理标准提出更高层级的要求。技术的发展是否会将作为主体的人置于如边沁所言的“全景敞视建筑”的环境中,从而引发隐私权保护的隐忧。根据福柯的“全景敞视主义”理论,数字技术可能会形成一种控制社会生活的新型权力关系。“这是一种重要的机制,因为它使权力自动化和非个体化,权力不再体现在某个人身上,而是体现在对于肉体、表面、光线、目光的某种统一分配上,体现在一种安排上。这种安排的内在机制能够产生制约每个人的关系。”^{⑤⑦} 作为理性的立法者,对于这样的新型权力关系必须有深刻且清醒的认识。数字权力通过数字技术的广泛应用逐渐具有自我赋权的能力,这种自我赋权的能力特性使其具有公权力本身所具有的强制性、支配性和权威性。数字权力不仅影响着个体权利的行使,而且正在深度地塑造数字治理技术。数字时代的科学立法不仅要提升立法者的数字素养,更要求立法者坚守立法理性,秉承向善智识,推动实现数字化善治。

(四) 构筑智能立法系统,提升立法质量和效率

数字时代的科学立法面对的是人的“数字化生存”问题。数字时代科学立法的关

^{⑤③} 参见陈景辉:《捍卫预防原则:科技风险的法律姿态》,载《华东政法大学学报》2018年第1期,第59页。

^{⑤④} [德]科克·沃尔夫岗:《技术创新背景下法律预防原则的发展》,沈百鑫译,载侯欣一主编:《法律与伦理》(第8辑),社会科学文献出版社2022年版,第125页。

^{⑤⑤} 《立法法》第8条。

^{⑤⑥} 徐显明:《论“法治”构成要件——兼及法治的某些原则及观念》,载《法学研究》1996年第3期,第38页。

^{⑤⑦} 前注^{②③},米歇尔·福柯书,第217页。

键在于提高数字立法的质量和效率。^{⑤⑧}从技术的工具性价值出发,开发、升级各项技术的目的是将其为立法所用,提高立法质量和效率,从而使立法制度渐趋完善、立法品质逐步提升。法律的制度设计需要在现实空间与虚拟空间灵活切换。“在努力使机器更能为人所用的过程中,人类几乎把全部心力都投入到改进人与机器接触时机器对人的感应和作出更好的物理设计上。”^{⑤⑨}人机交互、人机互融的终极目标是增强人自身的能力,更好地维护人性尊严,这才是“数字化生存”的价值所向。数字时代的科学立法应运用先进技术整合现有的立法资源,将先进技术嵌入立法过程,构筑、应用并不断完善智能立法系统,使得立法体制机制系统集成,实现立法的智能化。

第一,运用数字技术构筑智能立法系统是科学立法的技术底色。“立法系统综合集成”是把专家系统、数据和信息系统及计算机系统有机结合,构成高度智能化的人机结合、人网结合的大系统。在这一综合集成的立法系统中,立法活动把人的思维及成果,人的经验、知识、智慧,各种信息资源全部汇聚起来,发挥综合优势、整体优势和智能优势,经历经验性判断、定量描述,最终获得科学结论。^{⑥⑩}通过大规模的数据整合和挖掘可以发现新知识,同时结合大量的数据训练机器学习,赋予机器智能。数据的高效运用能够推进科学研究、改善社会治理、提高企业的运营效率和盈利能力,这些都进一步推动人类迈向智能化社会。^{⑥⑪}智能立法系统贯穿立法全流程,使得立法活动更加趋向科学性和智能化。

第二,应用并完善智能立法系统,不断提高立法效率和立法质量。将数字技术的应用延伸至立法过程中,形成安全理性、智能稳定的立法集成系统,能够大幅度提高立法效率和立法质量。由立法系统综合集成和大规模立法数据的整合、挖掘所形成的智能立法系统可以节约立法成本进而提高立法效率。用先进的立法技术贯穿整个立法过程,构建起全链条的智能立法系统,从而进一步辅助立法活动、提高立法质量。例如,运用智能识别技术可以根据相关特征和需要分析出基于立法调研的立法预测、立法规划和立法征求意见,还可以基于主体序列生成相应的立法规划和立法草案,这样能够大大降低立法成本,缩短立法信息的收集和整理时间。同时,智能立法系统还能克服领域性立法与体系性立法可能发生的法律冲突。运用先进立法技术可以整合立法资源,从技术层面规避立法风险、提升立法质量。

第三,将智能立法系统充分地运用至立法的全过程。智能立法系统能够辅助立法活动,使立法过程更加智能化,能够最大限度地为整个立法过程提供要素支持。在立法准备阶段,智能立法系统可以辅助多项立法流程的高效有序进行,包括立法计划管理、立法资料收集、立法意见征集和立法意见反馈等。在“法案到法”阶段和立法完善阶段,智

^{⑤⑧} 参见姜伟:《习近平法治思想关于科学立法的基本要求》,载《人民司法》2021年第34期,第4-7页。

^{⑤⑨} [美]尼古拉·尼葛洛庞帝:《数字化生存》,胡泳、范海燕译,电子工业出版社2017年版,第84页。

^{⑥⑩} 参见董珍祥:《科学立法:一个划时代的重大课题(中)》,载《人大研究》2017年第1期,第41页。

^{⑥⑪} 参见涂子沛:《数据之巅:大数据革命,历史、现实与未来》,中信出版社2019年版,第340页。

能立法系统能够整合立法过程各个阶段的要素资源,优化立法资源配置,提高立法技术水平。智能立法系统应用于立法大数据分析、法规文件备案审查、法规版本智能比对、智能立法后评估等过程中,能够大大提高立法技术水平,保障立法质量。数字技术的使用不仅使立法技术全面提升,而且通过立法资源的优化配置在重塑着未来立法的技术样貌。目前,生成式人工智能使人工智能系统达到了前所未有的高度,甚至趋向质的变革,已有诸多专业领域的人工智能系统向其对标。法律人工智能系统在保持透明性、可解释性和安全性的基础上,未来可以考虑使用生成式人工智能的技术改进立法技术形态。

六、结 语

党的二十大报告提出,“推进科学立法、民主立法、依法立法,统筹立改废释纂,增强立法系统性、整体性、协同性、时效性”^{⑥2}。立法是科学化、规范化、体系化的活动,科学立法是全面推进依法治国的前提。要加快形成完备的法律规范体系,离不开科学立法提供适时的法律供给,以维持法律市场上法律需求和法律供给的均衡状态,这种均衡状态也是全面推进依法治国的帕累托最优状态。数字技术将人类文明的秩序状态拓展至全新的虚实同构的数字空间中。人机共存的社会交往模式改变了现有的社会秩序,数字公民的出现使得传统的权利保护理论寻求新的范围边界。数字技术的应用解构着现有社会秩序,挑战着人类的共同价值,进一步加剧了风险社会治理的不确定性。面对数字技术发展带来的诸多新问题,在立基于现有的法学理论尤其是立法理论的基础上,科学立法要置于数字中国多元化的治理场景之中,结合中国数字技术发展的实际情况,正视数字技术领域出现的新问题和新矛盾,综合考量影响数字领域立法的各种因素,才能为数字法治建设提供强有力的法律支撑,切实推进数字治理体系和治理能力的现代化进程。

技术的进步、科技的发展改变了人们的生活方式、工作模式和交往形式。立法不仅是国家秩序构建的规则前提,也会影响每个公民的行为方式。伴随着法治运行的网络化、法律信息的数字化和法治业务的智能化,中国式法治现代化正在开启未来法治新图景。^{⑥3}就法律如何应对新型生产关系和社会关系的变化,破题的关键在于如何在现有稳定的制度框架下,寻求高效变通的立法解决方案。立法的本质是要在各种利益博弈中凝聚社会共识,通过设定权利和义务的内容形成新的法律规范,为解决冲突和矛盾提供法律遵循,从而维护求真向善的正义秩序。

在本文法理研究的基础上,数字时代的科学立法还应进一步关注法律规范的可诉性问题。科学立法要求法律规范必须明确具体,具有针对性和可执行性。科学立法在法律实践中判定的重要标准之一是司法的适用性程度,即能够在司法审判活动中被适用。换

^{⑥2} 前注^{②7},习近平文,第34页。

^{⑥3} 参见黄文艺:《推进中国式法治现代化 构建人类法治文明新形态——对党的二十大报告的法治要义阐释》,载《中国法学》2022年第6期,第14页。

言之,科学立法的一个关键指标是所立之法的可诉性。法律规范的可诉性是数字时代科学立法要追求的重要特质,也是解决新兴领域、重点领域出现的各种新问题的法治之道。此外,正确处理好科学立法与民主立法的隐形张力、提高地方立法的科学化水平、充分鼓励技术创新、为科技进步提供源源不断的法律制度保障,这些都是数字时代科学立法需要进一步解决的现实问题。

Abstract: Digital technology has expanded the order of human civilization into a new digital space of virtual and real isomorphism. Scientific legislation upholds the value orientation of seeking truth and goodness, and reshapes the social governance pattern in the digital times. Digital technology innovation in the field of legislation has caused changes in legislative content and legislative technology, new legislative needs are constantly emerging in the digital field, and digital technology is embedded in the legislative process and internalized into the content of top-level legislative design. Scientific legislation should fully reflect the objective laws of the development of digital technology, pursue the value of building a rational, safe and good digital governance order, and provide institutional guarantee for digital good governance. Scientific legislation in the digital age faces the changes of legal regulation patterns and legal scenarios, new models and new formats derived from the development of digital technology bring difficulties in assigning legal liability, and the legal subjectivity of human beings is challenged by the algorithmic order. The involvement of digital technology in the administrative process will infringe on the space for exercising individual rights. Steadily promoting digital good governance through scientific legislation should set up the pre-establishment mechanism of rights protection in order to prevent damage, and determine the ethical bottom line of digital technology to defend human dignity. Legislators should improve their digital literacy and improve the quality and efficiency of legislation by applying and improving the intelligent legislative system.

(责任编辑: 强梅梅)