

数智化社会的法律调控

齐延平*

内容提要 数智化逻辑是人机互融、虚实同构、算法主导。数智化社会关系的架构化和建模化,彻底改变我们认识、把握和干预世界的方式。数智化后设机制统御一切行为及关系,法律与法学作业理念将由“如何修复和恢复社会”转向“如何规训和塑造社会”。法律对社会的调控应由“裁断行为后果”前移为“塑造行为逻辑”,由事后处置转向参与建设社会关系“架构”,由赋权与救济转向责任与义务的加载与规制。法律算法化自动运行将成为常态,法律人工操作将成为非常态。数智化逻辑摧毁权利本位和司法中心主义法律法学观,权利主义法学势必为规制主义法学所取代。

关键词 数智化社会 架构化 先在规制 法律预嵌 算法化运行

目 次

- 一、问题的提出
- 二、数智化社会关系的架构化
- 三、数智化社会的法律先行介入
- 四、数智化社会的法律先在规制
- 五、数智化社会的法律算法化运行
- 六、余论:法律算法化运行的反思平衡

* 北京理工大学法学院教授。本文系司法部 2018 年度国家法治和法学理论研究重点项目“大数据与网络安全立法研究”(项目批准号:18SFB1005)的阶段性成果。

一、问题的提出

初级版本的信息化指的是现实中的工作借助计算机网络实现流程标准化和线上化;数字化是在前者基础上实现信息数字化和处理集成化;而数智化是在前两者基础上,实现决策自优化和执行自动化,即借助大数据、云计算、物联网、人工智能、区块链、5G等技术,实现全周期、全领域、全时空的状态感知、数据搜集、同步分析、自我学习、自动决策、精准执行。数智化逻辑是人机互融、虚实同构、算法主导,该逻辑正在从基础设施层面颠覆人类的生产生活模式,从基本架构层面改造社会合作和人际互动关系,从基石范畴层面重构我们认识、把握和干预世界的方式,法律调控社会的进路、策略与技术形态因之变革乃势所必然。

早在信息时代初开之时,曼纽尔·卡斯特就曾指出:“作为一种历史趋势,信息时代的支配性功能与过程日益以网络组织起来。网络建构了我们社会的新社会形态,而网络化逻辑的扩散实质地改变了生产、经验、权力与文化过程中的操作和结果。”^①大数据、云计算、物联网、人工智能、区块链、5G等技术应用总成,构成了经济与社会从宏观入微观、由中枢到末端的全息统御机制,其为社会提供基础架构、驱动逻辑和共识公信,因而被定性为数智化社会的关键基础设施。而在人文社会科学视野中,基于其对经济关系、社会关系乃至整个社会新形态的决定与型塑功能,本文将之定义为新社会形态的“数智化后设机制”,将基于这种机制的社会称为数智化社会。

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。在其中,过往和当下时空中存续的知识与观念、经验与文化、财富与权力,以及社会的生产、分配、交换、消费诸环节,正被数智化后设机制加速“一体化”,社会整体结构乃至人的整个精神世界都在朝向数智化方向加速演化。换言之,也就是法律所面对和朝向的世界正在被该机制所吞噬、重整和重建。面对这种发展态势,法律人必须要从法哲学视角追问:基于简单社会关系、侧重事后处置、以权利救济为核心策略的法律调控模式,能够应对这一新社会形态的挑战吗?

在数智化社会中,一切法律理论构建、制度设计和实践展开必须奠基於人的数智化生存前提和数智化后设机制之上。本文以人的数智化生存为出发点,基于数智化社会关系的架构化和建模化形态,分析法律调控进路、策略与技术需要做出变革的必然性和必要性,进而提出法律哲学将由“如何修复和恢复社会”转向“如何规训和塑造社会”之命题。基于后设机制对一切行为与关系的统御,探讨社会精准干预和法律介入社会进路前移的可能性与可行性,进而提出应由事后处置转向参与建设社会关系“架构”之命题。

笔者认为,进入数智化社会,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

^① [美]曼纽尔·卡斯特:《网络社会的崛起》,夏铸九、王志弘等译,社会科学文献出版社2006年版,第434页。

塑造,以及事前对不法与违法行为的阻却。在法律算法化预嵌和自动运行过程中,要确保法律规则和原则、法律价值和文化、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”,而不是“法律与技术二元共治”,更不是“法律的归法律,技术的归技术”。法律运行将趋向于法律与技术的同构一元化,法律算法化自动运行将成为法律作业的常态,法律人工操作将成为非常态。

二、数智化社会关系的架构化

数智化社会是“架构”于数智化后设机制之上的社会,是超越传统主客观二分的社会,是“认知—行为”交叉缠绕、共生演化的社会,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场景,确立了社会生产生活的基本组织模式与样态。社会运行底层逻辑的改变,引致了我们认识、把握和干预世界方式的变迁,推动了法律调控策略与技术的升维和法律秩序实现模式的转型。

(一) 数智化社会的底层逻辑

人的生产生活背景是客观的,但这一客观背景是伴随社会发展由人为规划而设定的,因而也是基于想象、信仰和共识的。历史学家尤瓦尔·赫拉利指出,人类大规模合作的根基在于集体想象和虚构故事的能力,人不同于动物的根本区别在于人能够编织出规则、观念和意义之网,“其中的法律、约束力、实体和地点都只存在于他们共同的想象之中”^②。近代以来,我们是在主客观二分基础上来认识和把握世界的,而本体论意义上的主体间性理论认为人与世界的关系不是主客体对立关系,不是在主客二分基础上的主体对客体的单向征服关系,而是基于“主体间性”的共在关系,即主体与对象基于交往、对话与互动而成的共在关系。数智化社会为这种交往、对话、互动之共在提供了统一化的后设机制,创造了新的现实背景和环境,即人机互融、虚实同构、算法主导的背景和环境。人与技术的交互和交融将颠覆以“人”为主体、为视角、为出发点的主客观二分世界认知图式。传统上基于主客观二分的认识论与数智化社会的逻辑是不相容的。而基于此认识论基础的理论范式、秩序构造和伦理与法律规范体系将从根本上被动摇。我们不应再把数智化世界仅仅视作传统生活的延伸,或者将之视为现实世界之外的虚拟世界。数智化生活本身就是现实的生活,数智化世界本身就是我们赖以存续和发展的客观世界。

数智化社会是“认知—行为”交叉缠绕、共生演化的社会,对数智化社会的认识与理解图式亦必须基于此而重构。“网络社会存在机制实质上是一种新质的共在模式,它实现了人机交互的生存方式,使人的心智与计算机的高性能得到了良好的嵌合。这种人网合一的嵌合结构使人的实践能力发生了质的飞跃,社会实践因人与工具的交互作用产生倍增之效。”^③ 对人与社会关系原理的探索应建基于主体与客体的共生演化之中,而且

^② [以色列] 尤瓦尔·赫拉利:《未来简史:从智人到智神》,林俊宏译,中信出版社2017年版,第132页。

^③ 何明升:《中国网络治理的定位及现实路径》,载《中国社会科学》2016年第7期,第113页。

不能仅仅局限于认识论、方法论层面认识这一点,还必须上升到世界观层面来认识这一点,因为数智化并不仅是改变我们认识、把握和干预世界的方式,更为根本的是改变世界本身。人在生产生活中,“与外部环境和内心世界永不停息的交互活动,不但塑造着整个世界的样貌,反过来也塑造着人本身的认知。进一步地,这种认识并未与行为剥离、割裂开来,而是形成‘认知—行为’交叉缠绕的‘共生运动’”^④。这一共生运动制造了数字化、网络化、智能化、去中心化、万物互联、人工智能、时空脱域、数字孪生、虚实同构等新概念、新范畴,并在继续推动着新概念和新范畴的加速繁殖,这些概念和范畴正在取代人文社会科学领域各个学科词典中的经典概念和范畴,成为新的世界观型塑和社会运行底层逻辑搭建的构成性要素,也就成为我们新的认知范式形成的起点性要素。

在前数智化社会中,包括人在内的任何物体的存在都是一种特定时空约束下的自然性、经验性在场,标识任何物体存在的时间轴与空间的交汇点是一个可以度量的确定性存在。而在数智化生存中,时间与空间是相分离的,人们可以借助“代码”实现自己不在场的在场,“不在场”成为数智化生存状态中“在场”的基本形式;人们可以以“多线程方式”同时采取复数行动,实现多线行为与结果的交织聚合。“这种身体的缺场与心灵的在场相互交织,使自在主体与虚拟主体相互融合,从而使自我由被分离的客体转变为共在的主体。”^⑤人类的观念与关系、行为和行动从经验化情境中脱嵌出来,进入“不在场”的在场状态,这就使得传统上必须基于时空确定的在场不再是社会互动的必要前提。架构于后设机制之上的社会关系不再需要时空统一这一条件,或者说人们的交往行为克服了“必须时空统一”这一客观障碍,由此催生“数智人”主体之概念。

(二) 数智化社会中的数智人

在数智化社会中,人将实现时空脱域,生存生活于自身本质、构成与意义由后设机制决定的世界之中。在前数智化社会,也就是在主客观二分的社会中,人与外部世界的关系是相互排斥、相互对立、相互破坏的。进入数智化社会,人与外部世界的关系是相互依存、相互生成、相互成就的。数智化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。人在创造着数智化世界,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。有学者曾从信息角度指出,人在本质上是信息的符号化处理器,“如果说人是物质的或是能量的实体,都没有把人与外部世界区分开来,而当我们说人是信息的符号化高级处理器时,则就凸显了人之为人的根本特性”^⑥。如果缺乏了信息自觉的维度,仅凭借单独的物质与能量并不能把人与其他生物区分开来,也无法在人的身上加载“社会性”。自觉的信息处理才是人的根本特征,才能将人置于社会性之中,构成人与其他生物最为关键的“种差”。人的一切主要社会关系和行为基于信息而展开,“网络社会成员以数字信任为基础,以数据自由流动和技术发展

④ 段永朝:《从“数字化”到“生存”——重读〈数字化生存〉》,载〔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37页。

⑤ 何明升、白淑英:《在线生存:现代性的另一种呈现》,载《哲学研究》2007年第3期,第110页。

⑥ 余潇枫、张彦:《“信息人假说”的当代建构》,载《学术月刊》2007年第2期,第18页。

价值的共享为纽带,形成了社会共同体”^⑦。而在数智化社会中,作为人之内在本质的信息处理与数智化后设机制又实现了互嵌与通联,人与外部世界的关系实现了共生共存,具有社会意义和法律意义的主体就不再是一个个“生理肉身”,而是一个个“数智体”。

数智化社会中的人虽然是一种“数智体”的存在,但这并不意味着与基于自由意志的现代理性人的告别,而应被视为现代理性人的技术升维。在传统理性主义的思想王国中,个体自由之追求始终存在主观与客观两个维度,这两个维度之间形成的张力定义了人的存在状态。主观维度的自然个体始终追求自由,亦即多样性,客观维度的理性个体却追求“一体性”。“理性要求一体性,而自然要求多样性,这两个‘立法机构’人都得应付。”^⑧在前数智化社会,之所以存在一体性与多样性的冲突——其直接体现就是国家及社会的外在强制和个性自由之间的冲突,是因为经验性、现实性、具体性的每一自然个体是生活在各自独有的多样化“理性”之中的,而国家及社会的外在强制规范追求的却是凌驾于经验、现实和具体之上的“一体化”,二者关系总是处于对峙和紧张之中。在数智化社会中,所有人不仅在理性上,而且在实践上平等共享着统一的数智化生态场,^⑨通过“自愿选择”^⑩的后设机制这一媒介的强制规训与塑造,个体的多样性与一体性之间的冲突关系得以根本性缓解,或者,更准确的说应是该关系的根本性缓解拥有了新的可能和方向。即使二者不能实现统一,但也具备了无限趋向、接近统一的可能性。这是因为人的理性能力在本质上取决于信息获取和处理能力,数智人在理论上拥有了信息的平等获取和处理能力,人人自由表达意志、自由选择生活方式、自由实现个性自我就具备了历史条件;或者,至少可以说传统的社会结构性障碍已被清除。在共享统一后设机制基础上,每一个数智人基于自由意志不断创造和塑造自己的主体性,并同时成为他者创造和塑造自身主体性的客观背景,而数智人在整体上又与统一后设机制共生演化、相互建构、互相成就。那种认为数字化、网络化和智能化必然有害于人的自由、自主与自治的看法过于简单化了。持这一观点者,要么是在往前看时看到了数智生态场的终极强制本质,要么就是在往后看时不自觉误解或有意诗化了传统自由、自主与自治的深度及广度。在前数智化社会中,自然束缚、物理限制以及社会控制、文化压制和舆论极化等对人之自由、自主与自治的禁锢同样是极为严重的,此种自由、自主与自治不过是低级形态的自由、自主与自治。数智化社会联接、联通了主观与客观世界,提供了一种人的全新自由生态场,或曰为人的更高层次自由、自主与自治的实现创造了新的可能性。

数智化社会关系依靠代码而建立,代码是没有生命意志的,但它是一种客观真实的意志呈现。代码的呈现就是指令发出者的意志呈现,也就是数字映射背后的物理现实中

⑦ 李占国:《网络社会司法治理的实践探索与前景展望》,载《中国法学》2020年第6期,第5-6页。

⑧ [德]弗里德里希·席勒:《审美教育书简》,张玉能译,上海人民出版社2003年版,第33页。

⑨ 前文已经指出,这一数智化生态场与“数智人”主体是共生演化、相互建构、互相成就的。

⑩ 数智化生态场与数智人之间无疑也是一种强制与被强制关系。并且因为此种“强制”是通过技术手段和代码系统实现的,故该种“强制”更是一种无人能逃逸的前所未有的终极强制。所以,“自愿选择”本质上不过是自愿选择了一种终极强制,是一种对其赖以存在的物质前提和必要条件作出的“无法选择”的选择。

的人的呈现。因此,在数智化社会的治理层面上,法律不再“直接”以生物性、社会性、道德性或政治性等传统要素来定义人,而是直接以数智化要素来定义人就成为必然。换言之,在数智化社会的法律之眼中,人的生物性、社会性、道德性或政治性等传统要素变成了间接和隐在的,而数智化要素则是直接和显在的;对法律而言,前者为其供给目的和价值,后者为其提供作业面向和技术路径。

综上,进入数智化社会,如果法律仍然简单地将人视为“具有生命的自然生物体”,法律介入社会时仍然直接基于人的生物性、社会性、道德性,必然会出现功能失调,因为这一法律主体的形象和概念设定已不再具有丰富的社会实践扩展意义;如果不能从这一传统认知升维到数智人主体上来,法律制度的内卷就会日益严重,法律制度的进化就会停滞。“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。”^⑪在数智化社会中,无论是生理身体还是精神人格都将被数智化后设机制一体化,数智人主体首先体现为由一个人的数智化在线行为信息结成的“数字化符号集”。在实践操作层面,法律直接介入的应是人的“可感可控”的数智性,而其背后的人的生物性、社会性与道德性,应交还给哲学、宗教学、社会学和伦理学等领域。在法律视野中,数智人概念取代自然人和社会人概念是现代技术演化或曰现代性演化的必然要求。数智化社会中的社会关系和法律关系将基于数智人主体而展开。

(三) 数智化社会中的关系样态

数智化社会中的社会关系是基于数智化后设机制而展开的,所以传统的“人—人”关系模式将为“人—技术—人”关系模式所替代。^⑫进而言之,法律作业的直接面向不再是传统简单形态的人与人的关系,而是“数智人—后设机制—数智人”关系。在此背景下,基于传统社会形态的法律关系产生、变更、消灭之制度就面临根本性挑战。

数智化社会中的生产关系、分配关系、交换关系和消费关系奠基于数智化后设机制之上。以马克思主义经典理论为视角观察,经济与社会趋向数字化、网络化、智能化的变革,归根到底是生产力和生产关系的革命性变革,因为其经济基础已经转变为对信息和数据资源的占有及其利用。“在世界数字化转型的格局下,‘数据’已跃升为与土地、劳动、知识并驾齐驱的关键生产要素。”^⑬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。建立在工业社会有形物质资产稀缺基础上的对生产资料的“所有”“占有”“支配”即使不是在一般意义上变得不可能了,至少也是变得不再具有决定性意义了,具有决定性意义的是“共建、共享、共有”。信息和数据天然具有公共性而排斥私有化,数智化社会中的生产关系、分配关系、交换关系和消费关系均将因此而调整,这是数智化社会关系和法

^⑪ [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。

^⑫ 参见齐延平:《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41页。

^⑬ 许可:《数据爬取的正当性及其边界》,载《中国法学》2021年第2期,第166页。

律关系将与既有定式告别的根本经济原因。^⑭

伴随数智化社会的到来,个体正在从先前形形色色的社会组织和社会关系中脱嵌出来,而被归化于后设机制之上,社会关系主干形态将由垂直等级化向横向水平化、由集中化向分散化演变,传统法律关系——特别是公共领域法律关系——赖以型构的权力关系基础因之而质变。在人类生活早期,生产生活内容比较简单,社会管理层级较少,管理架构总体上是扁平化的。复杂的垂直等级制管理模式是伴随生产生活规模的扩展扩大、社会事务的日趋复杂、社会行动的协作性要求提升而产生的。从信息科学的视角看,基于工业文明的一切现代制度起源于信息的生产与控制需要。大机器生产、流水线作业导致的信息管理与控制需求催生了复杂的垂直等级制管理模式。垂直等级制公司治理模式归根到底是一种信息掌控的垂直等级制。信息掌控差异决定了职位高低和决策权大小。传统学术权力也同样是垂直等级化的,在学术资源极为有限且多为私人占有,学术作业方式较为传统的时代,学术权威本质上是基于学术资源、图书信息的垄断权力而造就的。行政领域的垂直等级制乃至整个现代国家制度形态则根源于工业化生产方式、城镇化生活方式和全球化竞争中的民族生存需求。在行政权力运行中,世界各国普遍采用的科层制本质上也是信息掌控权的分层制。在数智化社会中,基于信息与数据的共享,无论在商业领域、学术领域还是行政领域中,自上而下的“命令—服从”关系将转型为平等合作关系,因为上司与下级在广泛领域的信息掌控方面已经不存在等级控制、内容差异和时间差序,上司不再享有信息的垄断权或绝对优先权,^⑮权力以及与之相辅相成的责任也将是分散化的,无论决策还是执行都需要在平等合作中完成。在技术和操作层面,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。公共领域权力运行技术和操作形态的质变,虽然并没有改变其背后的权力关系实质,但必将引发法律调控策略和技术的历史性转型。

在数智化社会中,相对于公共领域内的权力形态质变而言,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。伴随经济与社会的数字化、网络化、智能化发展,政府权力、社会权力、私人权利的界分越来越悖论化。有学者指出,中国法治发展的动力机制,将从约束公权、保护私权转向政府、市场、社群三者治权的平衡,原因在于“社会力量和市场主体的治理权之兴起,使‘政府权力—私人权利’二元对立格局演化为‘政府权力—社会权力/市场权力—私人权利’三元协同的新格局”^⑯。这种分析看到了社会/市场权力兴起对传统国家与个体二元格局的解构,但还是低估了源自于社会/市场的力量在数智化技术加持下,已经开始并且必将凌驾于国家与个体之上的风险与挑战。从表面上看,政府权力、市场/社会权力、私人权利正处于对撞博弈之

^⑭ 在这一点上,马克思主义经典作家虽然没有预测到数智化这一具体生产方式,但是在人类历史发展趋势的研判上,应该说无出其右者。

^⑮ 当然,这并不意味着法律意义上的“决策—执行”结构消失了,或者法理意义上的权力“中心”消失了,而是说在现实的权力运行与操作层面,“中心化”的权力退居到了幕后,后撤到了“底层”后设机制中。

^⑯ 杜辉:《面向共治格局的法治形态及其展开》,载《法学研究》2019年第4期,第22-23页。

中,但实质上三者都已服膺于数智化后设机制的统一规制。在一定意义上,我们甚至可以说政府权力、市场/社会权力、私人权利正在成为数智化内禀权力之外的剩余权。虽然三者有宪法与法律的保障,但它们如果与后设机制步调不一致,或者得不到后者的加持与支持,就会陷入空转。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;社会权力本是弥补个体权利不足、制衡政府权力的因素,但在数智化技术加持下,其也可能成为个体权利的最大侵害源;而私人权利的内涵——作为价值意义上的私人权利内涵——在数智化社会中可能不会有根本变化,但其在制度设计、操作与运行层面的功能必将衰退。比如,在当下超大规模互联网平台的治理上,上述三者关系的重新调整已经显得十分紧迫。因为超大规模互联网平台业已形成权利—权力双含结构,其与国家、平台使用者之间的社会关系已经超出了传统法律调控原理与制度的涵摄范围,对传统调控框架的修修补补已不足以应对其挑战。

当然,无论经济与社会中的生产关系、分配关系、交换关系和消费关系如何变革,也无论公私领域的权利—权力关系如何变迁,因为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成、互动和发展,这就为我们重整法律调控进路提供了可能性。法律调控之进路必须由事后处置前移到对“架构化”社会关系的调控上来,也就是参与对对社会关系“架构”的建设上来。

三、数智化社会的法律先行介入

在数智化社会中,政治、经济、社会乃至哲学、文化和艺术均被后设机制统一归化,构成法律介入社会进路前移的根本原因。“在技术的媒介作用下,文化、政治和经济都并入了一种无所不包的制度,这一制度吞没或拒斥所有历史替代性选择。这一制度的生产效率和增长潜力稳定了社会,并把技术进步包容在统治的框架内。技术的合理性已经变成政治的合理性。”^{①⑦}在“架构化”社会关系中,后设机制将一体化所有可能的领域,从服务、服从于人的需要与需求蝶变为后者的缔造者、引导者与控制者,法律介入进路就必须由事后处置前移到对“架构化”社会关系的规训与塑造上来,也就是说法律要先行深入数智化社会的底层逻辑,直接参与建设社会关系“架构”。

(一) 传统法律事后处置模式的失灵

传统社会关系是建立在对实体世界的界分基础之上的,只有界分时空、领域、性质,才能确立特定而具体的社会关系。唯有社会关系是确定、具体的,才可能对之予以事前的规范匹配和事后的法律处置。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,同时将之抛入了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和在社会维度上的互联性,将之抛入

^{①⑦} [美] 赫伯特·马尔库塞:《单向度的人:发达工业社会意识形态研究》,刘继译,上海译文出版社2008年版,第7页。

了无限缠绕的超大规模、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。所谓开放性,是指作为政治、经济、社会、哲学、文化与艺术诸领域一体化基础的后设机制是建立在共建共享共有思想之上的,因为数据共享、算法开源是数智化社会的本质要求。而开放性就意味着不确定性,在众人共同参与、开源创新的过程中,风险与伤害的不确定性势必大幅提升,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。

在传统社会中,一切社会关系的主体、客体、内容以及引发社会关系形成、变更和消灭的事件和行为都是可以测定、确定和固定的。在传统法律视野中,起关键作用的是权利主体与义务主体存在直接对应关系,这是确保法律权利—义务关系模式发挥效能的基本前提。数智化生存是一种时空流动中的虚实同构生存。“随着数字时代的到来,原来的物理‘围墙’逐渐被虚拟空间击碎;原来生物形态的身体、行为、言语,原来物理形态的财物、流转及其关系等,逐渐增添了一种‘无形流动’的数字形态。”^⑮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,传统个体、时间、空间、地域、文化、社会活动等要素仍然存在,但它们是被流动的空间和无时间之时间组织起来的。数智化社会改变了人们赖以生存、建构意义、型塑关系和法律调控的时空机制,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。如是,再按照传统方式建构法律关系就是不划算的,甚至是没有必要的。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归因困境之中,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。

伴随人类发展,社会关系不断由单一、简明向复合、复杂演化,但传统物理实体世界终归是“线状”的,顺着特定事件和行为的发生线可以理清人们的行为逻辑及其因果关联,可以找到具有法律意义的权利义务对应主体及其关系,进而对其中的权利与义务问题进行法律上的专业处理。而数智化世界是“波状”的,不仅可以追溯至无限的波源,还可以追踪到无尽的震荡后果。数智化生存实现了时空脱域,实现了不在场的在场,可以以“多线程”方式同时采取复数行动,其间的社会关系也必然是多线程、复合性的。数智人在操作终端对中继系统施加一个简单的点击行为,就可能引发难以统计的批量法律关系形成、变更和消灭。而更为棘手的是,法律关系多米诺骨牌式的形成、变更和消灭过程,又是一个动态的链式反应过程,这就进一步加剧了法律关系的链锁化。在处于永续永动状态、环环相扣的关系之链上,摘取一环权利与义务关系或因果关系是几乎不可能的。因为在链锁化的关系中,“前因与后果”被彻底相对化了,并且两者的地位是瞬息切换、互换的,因因叠加无尽,因果循环不止。在这种情形下,再按照传统方式在立法

^⑮ 马长山:《司法人工智能的重塑效应及其限度》,载《法学研究》2020年第4期,第25页。

上匹配法律责任,在执法、司法上析分因果关系,就会变得极其困难,而且成本高昂。

聚焦于事后的传统监管机制降效失能和法律调控功能失调在当下日益显现,其根本原因在于其与数智化社会结构和社会关系本质属性的背离。社会各子系统基于统一的后设机制联接、联通,是数智化社会的另一大特征。有学者从卢曼的系统论出发,提出了社会结构由上/下分层向功能分化的演化问题,认为社会各子系统伴随功能分化、借助自身“符码”实现了闭合运行,独立承担着各自不同的功能,进而成就为一个个“自创生”系统。而从数智化后设机制出发观察,各子系统是服膺统一后设机制的。社会结构必然会由功能分化重回上/下分层,只过后设机制将成为唯一的权力/权利源和唯一的上层,其他一切子系统均为符码统一化了的下层,不会再有各子系统的闭合与自创生。社会功能分化理论的真正贡献在于指出了社会系统的“去界分化”风险问题——超大规模、超复杂社会也的确存在“去界分化”风险问题,并且是极端去界分化的风险问题。但社会功能分化理论依然以非超大规模、非超复杂社会的功能分化为应然命题来应对超大规模、超复杂社会极端去界分化问题,可谓是削足适履,结果只能是南辕北辙。该理论提供的药方——想方设法维护社会系统的功能分化——必然是徒劳的,因为“去界分化”是数智化技术的哲学基础和必然要求。

(二) 法律介入进路的前移

在数智化社会展开过程中,早期出现了互联网自治诉求,近期又有学者提出了“法律治理与技术治理的二元共治”^{①⑨}主张,这些诉求与主张仍然是建立在世界的虚实二分、主客观二分、法律与技术二元基础之上的,仍然没有走出法律的事后处置思路。“虚拟世界的出现,或许意味着人们生活在一个由自然、社会和虚拟空间构成的世界之中,更准确地说,人们将要穿梭于这三个世界之间。”^{②⑩}在数智化社会中,三个世界的互嵌同构、联接联通构成了人类存续的现实背景。“随着人类的种种虚构想象转译成基因和电子代码,互为主体的现实将会吞没客观现实,而使生物学与历史学融合在一起。”^{③⑪}数智化社会将虚拟与现实、主观与客观、技术与权力统一起来,法律的介入路径将由“行为后”转向“行为前”,即由聚焦“如何修复和恢复社会”转向“如何规训和塑造社会”,由“裁断行为后果”前移为“塑造行为逻辑”,也就是前移到对社会关系“架构”的建设上来。

基于数智化后设机制的社会关系“架构化”为法律介入进路前移提供了可能性。莱斯格曾经提取了数智社会中的四个规制体系,即法律、社群规范、市场和架构。他对四者的区分仍然是沿用了传统视角,而并没有意识到后设机制已经具备足以吸纳另外三者的功能。莱斯格认为从客观上区分四者是必要的,因为社群规范约束主要是通过社群施加的声誉影响来实现的;市场约束主要是通过价格调节来实现的;架构约束是通过边界的设定和负担的施加来实现的;法律约束则是通过惩罚之威胁来实现的。可见,“架构

^{①⑨} 郑智航:《网络社会法律治理与技术治理的二元共治》,载《中国法学》2018年第2期,第108页。

^{②⑩} 张康之、向玉琼:《网络空间中的政策问题建构》,载《中国社会科学》2015年第2期,第123页。

^{③⑪} 前注②,尤瓦尔·赫拉利书,第133页。

与市场的约束是事先的,法律和社会规范的约束是事后的”^②。在数智化社会中,各规制系统的界分不再可能,事先约束与事后约束的区分也不再具有意义。因为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、市场和法律,也不存在脱离法律基础的社群规范、市场和架构。法律之功能在于通过对社会关系的调整以实现社会的良性运行,社会关系的“架构化”为法律调控的进路由“行为后”转向“行为前”、由“事后处置”转向“先行介入”提供了技术条件。

数智化社会中“架构化”社会关系的全息联动,基于后设机制的“共识公信”机制,成为法律调控展开的新逻辑起点,为法律调控进路前移提供了可行性。在数智化社会中,构建社会关系的诸要素以及诸社会关系单元不再是独存和可分出的。大数据、云计算、物联网、人工智能、区块链、5G 等技术应用总成,构成了经济与社会从宏观入微观、由中枢到末端的全息互联。大数据技术大幅提升我们对世界的精准把控能力,人工智能技术不断创造突破人类能力极限的新纪录,区块链技术更为人类合作提供前所未有的新可能。这就为我们重塑法律运行环节、流程和模式奠定了基础。在法律工程中,法律适用诸环节的重要性将会急剧下降,施工重点将前移到底层逻辑的法律与技术同构上。

我们知道,法律不过是由国家出面担保的“诚信”体系。从人文社会科学视角观察,首先应将数智化技术理解为刚性公信技术。比如,其中的区块链技术就是一种为建立社会公信而发明的专门技术,它通过人人参与的分布式网络建立起不可篡改、不可抵赖的共识机制,提供解决人类合作中公地悲剧、零和博弈等难题的全新思路和方案。“区块链极大的去中心化、不可篡改性、不可否认性、公开透明性共同促成了区块链作为信任基础设施的可行性,解决了参与者之间的共识问题。”^③而在数智化社会中,不仅是区块链提供了社会共识公信新机制,统一的数智化后设机制本身也应被视为是最终的社会共识公信机制,社会诚信问题借助其实现了“一揽子总体解决”。这样,传统上“一事一权利义务规则”的立法思路就显得画蛇添足了。从“成本—效益”和技术可行性角度考虑,法律对人与人关系的调整完全可以通过直接规训、塑造后设机制以及规制作用于该机制的行为而实现。正如卢克·多梅尔所言,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围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。^④而且,传统法律调控主要是对社会关系的宏观调控,在微观层面和末端介入上,法律是无能为力的。而基于后设机制的法律调控借助技术触点的广域弥散状分布,就可以实现从宏观入微观、由中枢到末端即时同步的先行介入和干预。

毋庸讳言,我们正在进入“技术全息统御”时代。^⑤在宏观上,数智化后设机制实现

② [美] 劳伦斯·莱斯格:《代码 2.0: 网络空间中的法律》,李旭、沈伟伟译,清华大学出版社 2018 年版,第 363 页。

③ 徐格、李沁:《算法统治世界——智能经济的隐形秩序》,清华大学出版社 2017 年版,第 311 页。

④ 参见 [美] 卢克·多梅尔:《算法时代: 新经济的新引擎》,胡小锐、钟毅译,中信出版社 2016 年版,第 118-123 页。

⑤ 事实上,技术对社会的统御问题并不是数智化社会才出现的现象。“技术社会”之概念可以说是“数智化社会”概念的前身。“技术社会”概念基于如下判断:技术已经成为决定社会结构、社会价值和社会发展的根本因素。当然,在学术界反对这一观点的声音也是十分强烈的。

了对社会的一体化控制;在微观上,技术触点的广域弥散状分布又确保了“事前”技术全息统御的可能性。这意味着法律作业理念将发生根本性变革。法律的调控对象是人的行为,只不过传统法律调控直接及于人的行为,而数智化社会中法律调控的着眼点将是人的“行为前”而非“行为后”,即通过对后设机制的先行介入,对信息交换过程的调控,实现对人们行为的事前规训、塑造,以及对不法与违法行为的阻却。换言之,法律与法学作业理念将由“如何修复和恢复社会”转向“如何规训和塑造社会”,法律对社会的介入应由“裁断行为后果”前移为“塑造行为逻辑”,也就是参与建设社会关系“架构”,参与建设数智化后设机制。

四、数智化社会的法律先在规制

法律与法学作业理念的上述转变,将引发作业重心的转移和法律规则样态的变革。法律与法学的作业重心是如何实现纠纷、伤害、侵权、冲突、风险的“不能发生”,而不再是发生后的追责与处理和修复与救济;就法律规则样态而言,“事前”的规训、塑造与阻却规则将成为其主体,事后的追责与处理和修复与救济规则将成为辅助。概言之,就是由赋予权利与侵权救济模式转向责任与义务的加载与规制模式。数智化逻辑摧毁权利本位和司法中心主义法律法学观,权利主义法学势必为规制主义法学所取代。

(一) 数智化社会中的权利本位

现代法学奠基于权利本位基础之上,权利本位是被作为现代法律进步标志对待的。立法上“权利”一词出现的位置轻重和表达频率^⑥,执法上“权利”是否得到尊重和保障,司法上“权利”是否得到有效救济,成为衡量现代法治水准的依据。但我们需要注意的是,权利本位是作为一个批判性和建构性概念履行其现代历史使命的,其在数智化社会中的价值与功能正急速衰减,甚至已经成为阻滞经济与社会数字化、网络化、智能化乃至权利保障的非建设性因素。“权利和自由在工业社会的形成时期和早期阶段曾是十分关键的因素,但现在它们却正在丧失其传统的理论基础和内容而服从于这个社会的更高阶段。”^⑦当法律迎来代码化和算法化时,当法律代码化、算法化和自动执行不再存在技术障碍、成本障碍和观念障碍时,当法律设计理念伴随算法突破和算力提升正在由“不敢违法”提升到“不能违法”进而提升到“不用违法”时^⑧,基于权利本位的法律调控模式——也就是“赋予权利与侵权救济”模式——还会奏效吗?

在数智化社会中,权利本位仍将是政治合法性、法律正义性的根基所在。“鉴于时空境遇的新变化,新时代国家治理现代化需要应对传统因素和国际局势的双重考验,由此,

^⑥ 在我国《民法典》起草过程中,关于人格权是否独立成编问题的讨论,实质不过是采侧重授权的“权利法”还是采侧重加载义务的“权利保护法”立法技术的争论。

^⑦ 前注⑪,赫伯特·马尔库塞书,第3页。

^⑧ 参见余成峰:《法律的“死亡”:人工智能时代的法律功能危机》,载《华东政法大学学报》2018年第2期,第11-12页。

应以开放系统的视野分析国家治理转型的核心问题,切实将国家治理的逻辑落定于权利本位。”^{②⑨}在价值位阶上,与“义务施加”相比,“权利保障”无疑是现代政治与法治的出发点、根本宗旨和价值基准。但价值位阶上的权利本位不应成为法律调控之技术安排的当然原则——即立法应以赋权性规则为首选、法律作业应以权利的冲突与解决为主要手段。如果这样理解,就是混淆了法律价值问题和法律形态问题,前者主要关涉法律伦理和法律价值,后者主要关涉法律调控技术和法律运行的成本与效率。

人类早期的法律,基于“义务本位”法理念,以“义务”“责任”“制裁”“惩罚”为构造要素。即使进入现代权利张扬的时代,在法律形态学而非法律价值学上,基于统计学对法律规则进行分析会发现,没有任何一个国家的法律体系在条款数量上是以授权性规则为主体的。但在我国法学界,混淆法律价值与法律形态和法律技术已成基础性疾病。在法律价值论上,“权利”是现代法律演化发展的原点、基础和指引;而在法律形态与技术上,为保障权利既可以将之设计为请求权规则、受益权规则,还可以将之设计为义务规则、责任规则。法律价值关联着法律目的,而法律形态与技术关联的却是法律目的的“更好实现”。从法律形态和技术的视角看,权利规则与义务规则是无所谓主要与次要、主导与非主导之分的。凯尔森为了建构自己的纯粹法理学体系,将刑事法律和民事法律均理解为“制裁”,在此基础上,将“权利”仅仅理解为“特定的法律技术”,“正如已指出的,使制裁的执行有赖于某个人(原告),提起诉讼、授予技术意义上的‘权利’,是民法技术的典型。”^{③⑩}而且尤其值得注意的是,凯尔森在这里特别强调权利是“民法”技术的典型,而并没有提及行政领域法律法规、公共领域法律法规之情形。在数智化社会中,相对于民事领域规则体系的相对稳定而言,后面两个领域中的规制性规则可谓日新月异,在数量上正呈几何级数增长,而且规则繁殖速度正日渐加快。

德国法理通说认为,为了将特定行为标识为“反社会的”或者是“为社会所希望的”,通常借助两种规范来实现,一是授权性规范,二是规定性规范。授权性规范证立主观法和主观权利,意味着对法益保护的自我主张和启动。规定性规范是实现客观法的手段,能证立义务,但不能证立权利。立法者究竟是通过授权性规范还是规定性规范来保护特定价值与法益,既是一个取决于法观念的问题,更是一个立法的技术性权衡问题。“如果他考虑到,个人的利益存在于个人所希望实现的法律方式之中,那么他就会通过授权规范来赋予权利;相反,如果他的目标与个人的自利主义相抵触,那么他就会使用规定性规范来强加义务。”^{③⑪}所谓立法的技术性权衡,包括社会文化观念条件、社会资源条件、规范体系科学化、规范实施成本和社会效果等因素的权衡。如果罔顾这些因素,一味追求权利立法是事倍功半,甚至是南辕北辙的。

面对出现的新问题,凝练、创设新型权利,可以说是工业文明时代法理念的惯性使

^{②⑨} 夏志强:《国家治理现代化的逻辑转换》,载《中国社会科学》2020年第5期,第4页。

^{③⑩} [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2013年版,第138页。

^{③⑪} 前注①①,古斯塔夫·拉德布鲁赫书,第70-71页。

然。在权利本位成为法理正确的时代,法律被全方位“权利”化了,“权利”成为表达和实现利益的唯一工具。而伴随数智化社会关系的超大规模和超复杂化,通过不断创设法定权利以实现美好生活的现代主义信奉的根基已经开始动摇,权利本位法律观的基础也就越来越不牢靠了。超大规模、超复杂社会存在难以克服的协调难题和集体行动困境,政治、经济和社会各领域的“公地悲剧”无法通过传统民主、市场化机制和公共理性予以避免,聚焦事后的权利救济更是无济于事。法律与法学由权利主义转向规制主义,是数智化社会逻辑的内在要求。

(二) 数智化社会中的规训、塑造与阻却

正是针对赋权模式降能失效问题,桑斯坦提出了权利革命之后“重塑规制国”命题。他指出:“在很多场合下,鉴于集体行动和协调难题的存在,表面看来践踏了私人选择的规制实际上恰恰是促进私人选择的手段。规制还可能实现民主抱负和利他目的,或矫正那些已迁就了信息匮乏和机会匮乏,迁就了现存消费模式,或迁就了不公平背景条件的偏好。”^②桑斯坦的规制国学说主要聚焦于工业文明时代的环境保护、职业安全健康、交通运输、广播电视等领域和反歧视领域,主要涉及社会法、劳动法和经济法上的规制,而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观、由中枢到末端全方位规制的社会。

正如前文所言,数智化后设机制已经从根基上改造了生产生活方式和社会关系,社会关系的互动不再是具有传统自由意志的个体相互之间的直接互动,而是一个个“数智体”之间借助后设机制实现的间接“互动”。此种互动在性质上已完全不同于力量相近的平等个体之间基于自由意志、自由市场、契约自由的直接互动,而是时空脱域的互动,是一种“架构化”的互动。基于传统自由主义的自由与自治机制、赋权与救济机制、民主与参与机制,均不足以应对这一变化,如果继续坚执于此,人的尊严与价值将丧失殆尽。

现代赋权以及权利救济制度的创设是为了在强大的国家和势单力薄的个体之间补充后者,而数智化后设机制已经彻底取消了以上制度继续发挥作用的前提和基础。数智化社会是一种权力彻底极化的社会形态,只存在掌权的技术利维坦和无权者,中间不会再有任何社会阶层、社会组织、自治单元的存在空间。在由技术权力、数智化地位、博弈能力极化支撑的数智化社会中,公众参与、民主自治、社会组织等制度的功能都将陷入无法启动、无法输出的境地。虽然技术利维坦的组建是由私主体(相对于全球一体的技术利维坦而言,各个主权国家也是私性的)完成的,但数智化后设机制本质上是一块无法私人产权化的“公地”(也不应允许私人产权化)。如果仍然沿袭传统的赋权和救济路径为主的法律技术,数智化“公地悲剧”就是无法避免的。

数智化社会的政治与法律迥异于其前代,公域与私域的界限将会消失。“要么数字化,要么消亡”成为新的政治经济学定律。“政治必须架构在以电子为基础的媒体语言

^② [美]凯斯·R.桑斯坦:《权利革命之后:重塑规制国》,钟瑞华译,李洪雷校,中国人民大学出版社2008年版,第256页。

上,这个事实对政治过程、政治行动者与政治制度的特性、组织和目标都有深刻影响。”^{③③}不仅如此,事实上经济与社会各领域都会受到深刻影响,发生结构性变化;加之数智人生存的脱域以及社会的去界分化,传统法律关系赖以落定的公、私领域划分变得不再可能。管理者与被管理者、资方与劳方、所有者与使用者、生产者与消费者、权利人与侵权人角色处于不断变化和转化之中。这就使得传统上主要基于权利—义务关系构筑规则的法律技术即使不会在短期内全然失效,其成本也将高至不能承受的程度。事前规训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则的主要样态。

其实,我们从工业文明后期的法律进化中,已经看到了社会法、劳动法、环境保护法、经济法的兴起,看到了私法公法化的发展趋势。即使是在最具私法特征的亲属法领域,公法对老年人、妇女、儿童权益领域的渗透也是全方位的。拉德布鲁赫曾将出现这种变化的时期称为公法与私法关系的第三个时期——社会法时期。在这一时期,“尽管私法与公法之间的区分得以维系,但在它们的分离之处出现了新的法律领域,即劳动法与经济法,它们整体上既不能归于公法也不能归于私法,毋宁是公法条文与私法条文的混合物”^{③④}。在数智化社会,私领域、国家领域、公共领域之间关系将会重新调整,私的领域将会被公的领域、公共领域进一步挤压。公共利益、社会利益与个人利益互嵌一体,公法、私法、公益法的界限将日渐模糊,再以三者的划分作为法秩序的基础就是自欺欺人。

规制主义法律规则必然是“先在”预置的。传统法律功能主要涵括教育、预防和惩戒三项功能,而在数智化社会中,法律的首要功能是事前借助后设机制实现对行为的规训、塑造以及对不法与违法行为的阻却,而不再是事后处置与救济。法律作业的主要图景也不再是法律职业群体基于法律规范,借助于因果关系的分析,对某一行为作出具有法律意义的或肯定或否定判断,而是聚焦于行为前,对之予以规训、塑造与阻却。在人工智能物侵权归责上,当下面临的困境和存在的理论论争就很好地说明了这一点。数智化社会关系的“架构化”,为法律由权利主义转向规制主义提供了逻辑基础和技术路径。

奠基于个人自由意志、自由市场、自由自治理念之上的政治与法治价值将历久弥新,但作为政治与法治技术的法律上的赋权与救济模式将会逐步萎缩。以权利规范设置与救济为主导的法律调控策略将转向责任和义务的加载与规制。这一逻辑动摇了权利本位法律观,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,而从规训、塑造与阻却等基本范畴出发,实现自我革新、重构和重建。但就像桑斯坦基于自由信念,呼吁重塑规制国以促进自由和福利这一宪法核心目标一样,我们也是基于对自由、权利和尊严等的认知与信念,倡导从权利救济转向先在规制,以法律的算法化预嵌为手段打造法律自动化运行系统,来实现数智化社会中对自由、权利和尊严的切实保障。

^{③③} 前注①,曼纽尔·卡斯特书,第440页。

^{③④} 前注⑪,古斯塔夫·拉德布鲁赫书,第76页。

五、数智化社会的法律算法化运行

现代法律理性本质上还是基于经验的理性,是经验支撑理念和规则,法律统御技术和手段。与之相对,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。数智化使得社会管理全周期全领域全时空的状态感知、数据搜集、同步分析、自我学习、自动决策、精准执行成为可能,基于数智化的精准社会干预和法律算法化自动运行也就成为可能。在社会关系“架构化”基础上,法律调控技术将以算法化预嵌为主导,以事后处置和权利救济为补充;法律算法化自动运行将成为常态,而法律人工操作将成为非常态。

(一) 法律算法化运行的法理基础

存在于前数智化时代的具体个体在时空上是可控可感的,所有社会组织的存在是相对稳定的,法律调控技术的设计与设置是围绕调控可控可感的人与人的关系而展开的,法律调控目标也就可以主要通过赋予权利和侵权救济来实现。而数智化社会的运行逻辑将彻底再造社会关系和法律关系的产生、变更和消灭的流程与基础。这一“再造”反映到法律领域中,就是法律作业形态的再造,即“算法化预嵌”与自动运行。

数智化后设机制统御了世界的一切要素,也隔离了所有要素之间的传统联系。这一逻辑摧毁了现行法律关系的建构基础与可能性。“空间与时间之新支配形式的社会建造发展出了一个后设网络,限制了非必要的功能,统治社会群体,并且贬抑疆域。因此,在这个后设网络与全世界的个人、活动和地域之间创造了无尽的社会距离。并非人民、地域与活动消失了,而是它们的结构性意义消失了,淹没在后设网络看不见的逻辑之中,在此,价值被生产,文化符码被创造,而权力被决定。”^⑤ 价值与文化、政治与权力、道德与伦理、规范与秩序被后设机制所裹挟、承载与处理。世界由相对的静止、简单和确定状态演化为无限的波动、复杂和不确定状态。传统上所有建基于静止、简单和确定状态的解释个体行为和集体行为的理论不再有效,而基于凡此种种理论的法律调控思路亦将难以为继。

数智化后设机制摧毁了诸要素之间的传统联系,但也重构、再造了它们之间的新型联系,这种新型联系基于人机互融、虚实同构、算法主导而展开。数智人社会关系的形成、变更和消灭凭借后设机制的中继、中转、中控而展开,这就确立了数智人行为的特征。“离开人与技术关系的思考,我们不可能把握人工智能时代人与人关系的实质。”^⑥ 数智化后设机制一方面“客观化”了社会生活,另一方面又缔造出新的社会生活,缔造出新的社会关系形态。在批判发达工业社会的技术异化时,马尔库塞曾指出:“在这一社会中,生产装备趋向于变成极权性的,它不仅决定着社会需要的职业、技能和态度,而且还决定着个人的需要和愿望。因此,它消除了私人与公众之间、个人需要与社会需要之间的对

^⑤ 前注①,曼纽尔·卡斯特书,第440页。

^⑥ 前注⑫,齐延平文,第41页。

立。对现存制度来说,技术成了社会控制和社会团结的新的、更有效的、更令人愉快的形式。”^{③7} 数智人的一切行为均体现为数字的流动,行为结果均体现为即时记录在案的代码,人与人的社会关系多样性、主观性将服从于中继系统的统一性和客观性。在这里,数智化后设机制不再仅仅是数智人达到目的的手段,而是内嵌了目的与手段的统一体。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。

在前数智化社会中,社会关系的形成、变更和消灭对关系主体而言虽然有时是被动的,但“社会关系莫基于主观意志性”是最基本的设定。而在数智化社会中,虽然社会关系的形成、变更和消灭之启动可能是由一方主体触发的,但在无始无终的数智化行为链环中,数智人后续的行为却是被动的,是一种被后设机制格式化和机械化了了的产物,人的“主观性”在归责分析时不可或缺的地位就动摇了。需要说明的是,人们借助后设机制建立起的关系表面上看是“数智人—数智化后设机制—数智人”关系,但其实质仍然是人与人的关系;只不过人与人之间的关系不再是面对面的直接关系,而是需要后设机制中继、中转和中控的关系。后设机制本是前者的产物,但自其诞生开始,又成为了前者的缔造者。聚焦数智化后设机制,法律通过预嵌实现自身的“后设化”,将是法律的续命之本。

数智化社会的运行是基于统一建模和精确量化的,这就为法律通过算法化预嵌,实现对社会的精准干预和法律自动化运行提供了前提和可能性。“诚然,人类量化世界的雄心先于计算机革命,但是数字工具将数据化提升到了新的高度。”^{③8} 当下中国疫情防控之成功除了得益于社会动员与治理机制优势之外,还得益于数智化技术的支撑;数智化技术集信息反馈、数据集成、分析决策、即时处置于一体,这是传统防疫抗疫经验所难以匹敌的。数智化社会实现了技术与理性的合一。社会生产和生活走出了个别化、分散化和经验性的决策方式,形成了体系化、自动化的建模方式,通过信息采集、数据分析和设计算法来实现决策的智能化,这是一场全新的革命。^{③9} 在这场全领域、全时空的革命中,法律需要从社会生活的“前台”转身而深入“后台”,从被动应对转向先行嵌入社会生活的全息网络之中。

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。马尔库塞所批判的“单向度社会”将会演化到登峰造极的地步,社会将进入全息主义控制时代。价值、意义、文化、权力借助后设机制即时同步落点于社会各领域,社会各子系统不再存在相互分出的基础和可能,道德、法律、技术之治理将重新融汇一体,算法化的伦理与法律规则借助后设机制以及广域弥散状分布的技术触点,可以实现对社会细致入微的微观调控和末端调控,即全息调控。数智化是新生产

^{③7} 前注①7,赫伯特·马尔库塞书,第6页。

^{③8} [英]维克托·迈尔-舍恩伯格、肯尼迪·库克耶:《大数据时代:生活、工作与思维的大变革》,盛杨燕、周涛译,浙江人民出版社2013年版,第241页。

^{③9} 参见[英]乔治·扎卡达基斯:《人类的终极命运:从旧石器时代到人工智能的未来》,陈朝译,中信出版社2017年版,第296页。

生活形态展开的基础,也是现代理性截至目前的终极体现,其确立了法律算法化预嵌和自动运行的逻辑基础。

(二) 法律算法化运行的实现

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。这为人类价值与情感、道德与法律以及社会目标的算法化预嵌提供了必要性和可能性。法律的算法化和算法的法律化相向而行,二者终将合二为一。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。

法兰克福学派认为,科学技术在资本主义社会获得广泛应用,技术理性成为征服自然和控制人类的新神话。技术性应用成为生产的主要模式,技术创造生活方式和社会认同,技术塑造人们的行为模式,官僚体制借助对技术的控制实现社会统治。福柯针对囚禁罪犯的“全景敞视建筑”提出的“全景敞视主义”理论,对于数智化社会而言更具有强大解释力。在环形监狱周围囚室中的囚徒被彻底观看,但不能观看他人;在中心瞭望塔的狱警可以观看周围所有的囚徒,但自己不会被观看到。“这是一种重要的机制,因为它使权力自动化和非个性化,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。”^⑩全景敞视建筑是权力学上技术全息控制的最佳象征,其实质就是社会中的每一个个体均无可逃脱地被规训进了一体化机制之中。算法化预嵌的法律原理就是“全景敞视建筑”的作用原理。

技术与技术装备并非价值中立的,它们可以成为文化与价值育成、伦理与道德调整、法律与宗教控制的工具,可以成为政治意识形态推广和政治目标实现的工具。有学者在研究数据性质时,主张从工具意义来把握技术的中立性实质,并认为“数据的工具中立性体现在物理层面上,所有的信息传输均是通过集成电路中的电信号以及对应的字节(0、1组合)组成的比特流来完成的,它本身没有任何目的,它是网络世界最基础的语言,世界的互联互通正是建立在数据的物理生成技术和诸多网络协议的基础上,正是在最基本层面的数据生成和传输分享上,网络获得了中立性、开放性和无国界性的含义”^⑪。但如果我们将技术问题置放进人类生存的背景上来审视就会发现,但凡具有通用性和历史意义的技术无一不是技术与意义、技术与政治、技术与价值的结合体,没有任何一种技术是无目的的。法兰克福学派对工具理性、技术理性的肯认、反思与批判,应该说是先知先觉了数智化社会技术与政治、经济、社会、文化和法律等关系的本质。物理生成技术、网络协议本身同样是内嵌个性偏好、价值理念、法律规则和意识形态的。由大数据、云计算、物联网、人工智能、区块链、5G等技术和可期的脑机交互等技术汇聚而成

^⑩ [法] 米歇尔·福柯:《规训与惩罚》,刘北成、杨远婴译,生活·读书·新知三联书店2019年版,第217页。

^⑪ 梅夏英:《数据的法律属性及其民法定位》,载《中国社会科学》2016年第9期,第178-179页。

的“技术应用总成”,并非和技术中立的,而是加载了价值、意义和文化以及权力、规范 and 目标的,其将作为主体的人与作为客体的技术世界合二为一,并促进二者相互建构、相互成就。在法学界,“自动售货机”式法律思想广受抵制,但这不过是法律人的一厢情愿。不信任自动售货机输出的产品,正确的做法是从后台装入可信产品,而不是抵制售货机本身。在法律算法化预嵌过程中,要确保法律规则和原则、法律价值和文化、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”,而不是“法律与技术共治”,更不是“法律的归法律,技术的归技术”。在法治国家的版图中,只有法律之治而无技术之治;在法哲学之眼中,数智化技术也仅仅是法治的工具、手段和载体。

数智化社会的法律运行一定是法律与技术同构一元化的,一定是指向数智化后设机制的。“法律治理与技术治理的二元共治”主张混淆了法律目的与技术手段不同层面的问题。技术手段是基于目的的工具,技术治理在本质上是伦理和法律治理的延伸,或曰具体呈现。其实,法律治理与技术治理并非为数智化社会所独有的,在传统工业社会同样存在法律治理与技术治理问题。一切质量标准、技术标准、技术规程——至少是国家强制性的质量标准、技术标准、技术规程——都在承担着落实规则要求和细化法律标准的功能。将法律和与之对应的具有法律意义的技术标准区分为两种治理工具,要么会使法律空心化,要么会使技术标准失去法律意义和法律支撑。如果说在前数智化社会中,技术标准与法律是二分的且是后者的规制对象,那么在数智化社会中,由于数智化后设机制对数智人的全息统御性以及数智人与该机制的同构化,法律代码化和技术法律化——即法律与技术的一体化——就是必要和必然的。

在数智化社会中,对现实的干预、治理主要借助代码技术实现法律的算法化预嵌。梅夏英主张法律调整与代码调整有着严格的边界,但同时又指出,“法律虽然不能从自然规律的层面对技术产生影响,但却可以从人的行为的角度对技术的具体展现形态产生影响。毕竟,作为网络技术具体表现形式的代码,在本质上是人机交互的结果,人的主观意志依然是决定代码内容的关键因素”^④。这就等于自我否定了前面的区分,或者说前面的区分是不具有社会学、法学意义的。在人与人之间的互动均以代码互动为前提的情况下,社会治理和法律调控的决定性要素——从法律技术层面看——就是代码以及由代码构筑而成的后设机制。“互联网发展到今天,已经没有哪一个国家仅仅将其视为技术现象,网络治理逐渐成为国家治理的重要内容。相应地,网络治理的基本制度已成为一种体现国家统治意志和利益要求的政权体制或表现国家权力的社会制度。”^⑤要实现国家意志、利益和宪法法律目的,也就必须要将最核心的政治规则、经济规则和法律规则,乃至最为根本的政治安排、宪制安排予以代码化,进而将之嵌入数智化社会的全链条运行系统之中,即内嵌于整个世界之中。在数智化社会中,莱斯格所谓社群规范、市场、架构和

^④ 前注①,梅夏英文,第179-180页。

^⑤ 前注③,何明升文,第115页。

法律四者的区分不再具有社会和法律意义。数智化社会中市场的本质是预嵌了法律规范的机制,舍此就不会有市场的存在;价格约束基于架构,舍此就不会发挥作用;法律不再是借助事后惩罚之威慑来发挥作用,而是借助算法化预嵌实现调控目标。

基于数智化后设机制对社会的治理,并不能有效解决法律的实体正义问题,但对法律程序正义的推进却是历史性的。传统实体世界的法律运行是基于法律关系主体和客体的时空具体性、稳定性和可控性而实现的。在法律运行的诸环节中,存在以“人为”防范“人为恣意”的悖论。而在数智化社会中,治理者由具体的人转化为不可更改的算法化指令,治理对象也不再是自然人及传统意义上的客体,而是其数字映射及周边环境,算法自动实现对行为的分析、甄别和处理,这样就可以实现对人的主观性的彻底屏蔽。“如果能够通过现实空间代码的自动约束达到效果,我们就没有必要依赖管理机构的存续、人们的忠诚或者可信赖性了。如果我们能够让机器来约束,我们就能够更有信心杜绝不适当的约束行为。”^④人类发明“法律”以实现社会治理,法律的逻辑本质是以“在先”的契约、合约确定行为准则,法律的技术本质则是以程序控制实体(价值、文化、意义、道德、伦理与正义)。法律的算法化也就是法律整体上的“智能合约化”,这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”法律法规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“剧本”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。

六、余论：法律算法化运行的反思平衡

人类在自然中诞生,一路沿着不断挣脱自然束缚而趋向自由王国的方向进取。数智化生存揭开了人之自由历史的新篇章,引发了思维变革、范式革新和实践转型。张文显曾指出,近代以来知识的生产和增长方式之一是通过科学范式的引领和转换,“即通过提出一套全新的发现问题和解决问题的思维方式和理论框架,推进知识更新和科学革命”^⑤。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、主权与人权、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正日渐降效失能。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。传统法律的着眼点——也就是人们生产生活中面临的纠纷冲突、失信欺诈、违法犯罪等,将不再是法律和法学关注的焦点,基于后设机制的新的生产生活方式将终结这些问题,因为对数智化后设机制的法律提前介入足以有效阻却这些问题的发生。法律面临的根本挑战,

^④ 前注②,劳伦斯·莱斯格书,第363页。

^⑤ 张文显:《法哲学通论》,辽宁人民出版社2009年版,第5页。

“在于法律功能独特性的丧失。法律学习被机器学习取代,规范性期望被认知性期望取代,法律被代码/算法取代,这也就是法律‘死亡’的前景”^{④6}。这才是面向人的数智化生存,法律和法学应确立的逻辑新起点。

人类走出传统社会进入现代社会,秩序的建立与维护经历了从习俗道德宗教规制到法律调控主导的转型。而在进入数智化社会后,将经历从法律的事后处置和权利救济向法律的先在规制、算法化预嵌和自动运行的转型,或者也可以以法律人更容易接受的方式表述为:法律将以基于算法化预嵌的自动执行为主,而不再以法律职业群体事后的人工操作为主。2019年12月19日,杭州互联网法院就在国内首次实现了“去人化”的智审裁判。借助人工智能辅助办案系统和司法区块链技术,“实现了从生成智能合约、完成实人认证并签约、合同原文及智能合约上传至司法区块链、智能合约自动执行、合约无法执行后转入多元调解流程、纳入信用奖惩联合机制、立案、审判、执行的全流程智能化”^{④7}。而司法环节的前一环则是纠纷“源头”的法律治理,即法律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训和塑造,直接阻却不法与违法行为的发生,即实现“不敢违法”“不能违法”“不必违法”,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。

人类进化是一个充满悖论的过程。数智化将人类推向了新的自由高地,但同时也意味着将人类推入了新的监狱之中。“身为人类,我们不可能脱离想象所建构出的秩序。每一次我们以为自己打破了监狱的高墙、迈向自由的前方,其实只是到了另一间更大的监狱,把活动范围稍稍加以扩大而已。”^{④8}我们已经步入数智化全息统治时代,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。我们需要追问:智性的高度发展是否必然意味着人性中更为自然和宝贵的心性和灵性的丧失?这是一个目前没有甚至在将来也不可能有共识性答案的问题。“理想的人类社会应该是人的智性、心性和灵性都能得到高度发展的社会。”^{④9}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,为之套牢法律之轭。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化、复杂化乃至恶化了。一切自动化算法决策,看似屏蔽了“主观人为”,但其形成决策的知识、逻辑、边界和价值基准是被预置的。就像莱斯格所言,代码即法律,但代码不是被发掘而是被创造出来的,并且是由我们人类创造的。“我们可以建造、构筑、编制网络空间,使之保护我们最基本的价值理念,同样地,我们也可以建造、构筑、编制网络空间,使这些价值理念丧失殆尽。”^{⑤0}在悖论重重之中,我们将如何行动?

④6 前注②8,余成峰文,第5页。

④7 前注②8,马长山文,第28页。

④8 [以色列]尤瓦尔·赫拉利:《人类简史:从动物到上帝》,林俊宏译,中信出版社2017年版,第113页。

④9 於兴中:《算法社会与人的秉性》,载《中国法律评论》2018年第2期,第59页。

⑤0 前注②2,劳伦斯·莱斯格书,第6页。

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。数字鸿沟导致的不平等前所未有,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。正像有学者指出的那样,个体固有偏见和社会结构性不平等可以透过问题建构、数据理解、特征选择和个人信息等维度侵入智能系统,诱导输出否定个人尊严、歧视性配置资源、破坏社会平等共识的结果。^⑤特别是,政府和私有部门借助对后设机制的控制走向权力极化时,作为人之“根本”的意志自由面临的风险也将极化。意志自由的丧失,必意味着心性和灵性的丧失,意味着对人之理性的釜底抽薪,更意味着法律价值体系的崩塌。面对种种风险与挑战,法哲学之眼需要有意与数智化拉开距离,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做出审视与反思。数智化会改变世界,但是否选择改变和选择何种改变的最终权力仍然属于我们人类,仍然属于人类法律的应控和可控范围。

Abstract: The logic of digitization and intelligentization is algorithm-oriented, and is based on the integration of human and machine and the isomorphism of virtuality and reality. Structurization and modeling of the relationships in a digital and intelligent society will completely change our ways of understanding, controlling and intervening in the world. Since all behaviors and relationships will be governed in accordance with the regulatory mechanisms of digitization and intelligentization, legal practices and studies will turn their focuses from ‘how to repair and restore the society’ to ‘how to regulate and shape the society’. The regulation of law to the society should be changed from ‘the adjudication of the consequences of behaviors’ to ‘the shaping of the logic of behaviors’, from subsequent disposal to the participation in constructing the ‘structure’ of social relationships, and from empowerment and subsequent relief to addition and regulation of responsibilities and obligations. The algorithmically automatic operation of law will be normal, while the manual operation of law will become rare. Since the logic of digitization and intelligentization will challenge those rights-based and adjudication-centered legal philosophies, rights-centered jurisprudence will certainly be replaced by regulatory legal theory.

(责任编辑:强梅梅)

^⑤ 参见李成:《人工智能歧视的法律治理》,载《中国法学》2021年第2期,第146-147页。