

数字法学的理论表达

马长山^{*}

内容提要 近年兴起的数字法学,无疑是工商社会迈向数字社会这一重大时代变革的理论反映。数字法学不是现代法学的理论增补,也不是现代法学的新兴分支,而是现代法学适应数字时代变革发展的转型升级。它通过现代法学基础上的迁移、改造、更新和创生,实现了对现代法学的理论重建,展现着信息中枢、数字行为、算法秩序、节点治理等数字生活逻辑,具有理论体系、价值体系、学科体系的数字知识构架,从而为数字时代的法律发展和秩序构建提供理论解说和规范指引。

关键词 新文科 新法科 计算法学 数字法学 数字法治

目 次

- 一、数字法学的三种演进路径
- 二、数字法学的研究范围和内容
- 三、数字法学的底层逻辑与体系构架
- 四、数字法学的建设策略
- 五、结语

^{*} 华东政法大学教授。本文系 2020 年度国家社科基金重大项目“数字社会的法律治理体系与立法变革”(项目批准号:20&ZD177)的阶段性成果。

人类历史表明,任何一次巨大的技术革命,都会带来总体性的制度变迁和范式转型。曾经的农业革命、工业革命是如此,如今的信息革命更是如此,它“已经深远地、不可逆转地改变了世界,其步调惊心动魄,其范围前所未有的”^①。信息革命重新定义了生产力和生产关系,演绎着数字化发展的新式逻辑,孕育出不同于工商业时代的数字社会形态,进而对现代法学产生了某种“釜底抽薪”效应。在这一背景下,历经几百年工商社会修炼而成、一直被奉为主臬的现代法学,必然要面临空前的严峻挑战,而数字法学将成为新时代的发展主角。

一、数字法学的三种演进路径

近年来,学术界展开了法教义学和社科法学的热烈讨论。对此,有学者这样评论道:“对今天的中国法学研究而言,真正有助益的不是两个正在成长的学派之间那种意气化的、截然对立式的立场宣誓,而是在立足于中国法律实践和充分了解对方的基础上的彼此欣赏和互鉴。避免沦为那些‘不在场的在场’。”^②而客观来看,二者恰恰有着不同的研究预设和侧重点,其学术功能、目标和任务也不相同,因此是一种互动互补关系。“任何单方面强调某种进路的特殊重要性并否定其他进路的正当性,企图用一种类型的知识‘包打天下’,无疑都是错误的。”^③更为重要的是,二者主要集中在如何认识法律、法律知识科学性和自主性、法律(法治)如何实践等方面,基本上是在现代法学的逻辑框架内来展开的,因而属于现代法学的内部之争,但它们在面临算法行政、信息权利、算法治理等诸多数字问题时,则难免呈现出共同的理论乏力。这意味着,如今到来的数字法学是一个不同面孔的“他者”。打个未必恰当的比方——如果说法教义学和社科法学是两个武士正在比刀论剑的话,那么,数字法学则是在丛林中突然跳出来的一个火枪手,也许他并不懂刀剑的技艺和逻辑,但却深知火枪的威力,其能量就来自于“超现代性”的信息革命。可见,数字法学的兴起,并非响应国家战略的一时即兴之举,也并非刻意诱发学术关注的主观冲动,而是数字时代法律变革的必然要求和未来趋势,是数字时代的一场法学理论“革命”。然而,数字法学本身的三种演进路径却是明显不同的,并决定了各自不同的内涵、体系和功能。

1. 方法论路径。其核心在于,把数字法学视为现代法学的一种拓展方法、革新策略和优化路径。它基本是在新文科、新法科建设背景下来展开讨论和分析的,认为数字时代应突破传统文科的理论工具和研究手段,转向运用现代科技、信息技术和人工智能,特别是要运用算法,将文科的定性方法与定量方法相统一,彰显新文科的科学性,^④从而更

① [英] 卢恰诺·弗洛里迪:《信息伦理学》,薛平译,上海译文出版社2018年版,“序言”第1页。

② 尤陈俊:《不在场的在场:社科法学和法教义学之争的背后》,载《光明日报》2014年8月13日,第16版。

③ 谢海定:《法学研究进路的分化与合作——中国法学研究格局中的社科法学》,载《法商研究》2014年第5期,第92页。

④ 参见徐飞:《新文科建设:“新”从何来,通往何方》,载《光明日报》2021年3月20日,第10版。

好地应对数字文明转型带来的挑战。其中,计算法学是一个典型代表,也是数字法学的最前沿,但大多学者则从方法论上来定义和阐释计算法学,认为它是计算思维和法学思维的融合。^⑤中国计算机学会计算法学会的《计算法学宣言——迎接文理交融新法科的时代》就直接申明:如果对计算法学的概念作出最宽泛的表述,可以把它界定为以信息通信技术和计算机系统为主要方法,对法律、权利以及社会现象进行研究和模拟的学科集群,包括对于计算机技术应用引起的新兴法律问题的研究。实际上,这种研究方法和策略,只是“运用计算法学方法充分地挖掘和分析各种法律数据信息,丰富法学研究方法的类型和多样性,为法学研究提供更多的可能性。但计算法学方法并不能完全取代传统法学研究方法中的价值判断、规范研究的方法”^⑥。可见,方法论路径下的数字法学,力图通过守成转型、守正创新,为现代法学提供一种新思维、新策略和新方法。

2. 认识论路径。其核心在于,把数字法学视为由归纳演绎向数据分析、由知识理性向计算理性、由人类认知向机器认知的范式转型。算法是人类通过理性所形成的一种认识数据的特殊工具,它在大数据技术中处于核心地位,并为人类提供了一种认识和理解世界的方式。换句话说,所谓让数据说话,进行结果预测、偏好预测、犯罪监测、风险防控等等,并不是无目的的对人的行为的客观刻画,而是数据分析者或算法设计者从特定目的出发,对计算对象作出的具有定向性、引导性和干预性的认知计算。^⑦在本质上,它不是通过分析相关数据来测试和验证某种理论,而是过去几千年的经验认知(实验、描述)、过去几百年的理论认知(模型、归纳)、过去几十年的计算认知(仿真、模拟)之外的“第四种范式”。这改变了人与机器的关系,机器也从认识论的边缘逐渐走入了认识论的中心,从而“形成了一种非人类中心认识论的新形式”^⑧。人类也会越来越多地依赖机器认知和信任算法决策,以进入更加便捷自动的智能社会。

从世界范围来看,近年学术界出现了认知科学、计算神经科学和人工智能交叉研究的新动向。虽然计量法学、计算法学与认知法学也都尝试用客观的标准减少法律体系中的主观性,但计算法学更多使用建模、模拟等计算方法来分析法律关系,让法律信息从传统分析转为实时应答的信息化、智能化体系,旨在通过主体的分布式实时计算来分析法律行为,发现法律系统运行和法律发展的深层规律。而“认知法学通过模拟法律行为人的认知思维,提高智能系统对法律数据理解、知识表达、逻辑推理和自我学习能力,是计算法学的下一阶段”^⑨。那些更激进的学者,则在经济奇点、技术奇点的鼓舞下提出了“法律奇点”。“法律奇点考虑的是消除法律的不确定性,出现一个无缝的、普遍的、实时的法律秩序。在法律奇异性中,关于约定事实的法律意义的争议将是罕见的。它们可能是对事实的争议,但一旦发现,事实将映射到明确的法律后果上。法律在功能上将是

⑤ 参见邓矜婷、张建悦:《计算法学:作为一种新的法学研究方法》,载《法学》2019年第4期,第109页。

⑥ 辛巧巧:《论人工智能时代的计算法学方法》,载《人民论坛·学术前沿》2020年第18期,第123页。

⑦ 参见段伟文:《信息文明的伦理基础》,上海人民出版社2020年版,第12页。

⑧ 董春雨、薛永红:《大数据哲学——从机器崛起到认识论方法的变革》,中国社会科学出版社2021年版,第73页。

⑨ 张妮、蒲亦非:《计量法学、计算法学到认知法学的演进》,载《四川大学学报(自然科学版)》2021年第2期,第4页。

完整的。”^⑩这表明,作为数字法学的前沿开拓者,计算法学、认知法学将在法律认知、法律适用、法律运行上实现机器对人的替代(至少是相当一部分),直至“法律奇点”的到来。当然,该路径勾画出来的浪漫理想图景,也难免遭遇一些反思和批评:这种思路实际上并没有简化法律,反而使法律系统变得更加复杂和繁琐,因为“法律规则具有开放性且语义模糊不清,研究者尽量将价值选择融入法律模型”^⑪,这“需要在确定未来相关情况的基础上建立无休止的复杂决策树”^⑫,其可能性值得怀疑。而更为重要的是,“由于法律文本驱动的多义性,它可以用不同的方式来计算,而这些不同的方式对于受法律约束的人来说,会产生不同的效果……这样的设计选择属于‘人民’和法院,而不是属于大型科技公司或大型法律公司中武断的任意软件开发者的”^⑬。无论如何,认识论路径仍会在探索中前行,也会带给人们一些理想的期待。

3. 本体论路径。其核心在于,把数字法学视为伴随“物理时代”转向数字时代的本体重建和代际转型,是前现代法学—现代法学—数字法学的变革发展新阶段,并将成为数字时代的法学主导形态。应当说,在信息革命来临之初,人们更多地认为它只是对原有生活的一些改变和优化而已,因此,各国政府常常用信息化、智能化、数字化等“现代化”战略定位来予以回应和规划。然而,随着新业态、新模式的异军突起,原有的生产方式、生活方式、行为方式发生了深刻变革、转换或者替代,人们这才意识到“很多旧有的习惯将被颠覆,很多旧有的制度将面临挑战”^⑭。此时,更高层面、更体系化的数字化转型就上升为国家和地方政府的发展战略。与此相应,学术界则将讨论引向深入,认为通信技术既是我们世界的再本体论化,也是对新实在的创造,而虚拟世界则是“一个更具自主性且与物理世界在本体论上具有某种对等性的新世界”^⑮,它带来的乃是信息环境中能动者之间互动的本体论转换。在此背景下,现代法学必然面临着空前的严峻挑战和历史性重建,这也是数字法学兴起的根本动力。

客观而言,信息法学、人工智能法学、计算法学、认知法学等数字法学的理论研究,大都是方法论路径或者认识论路径,然而其中也不乏本体论考量。如,有学者提出,计算法学基于计算的对象、方法以及能力形成了“计算范式”,进而确立了计算空间法治发展的基本原则,总结计算技术运行在法律上的基本范畴,明确计算社会的规范工具、应用格局,并总结出计算法学的知识体系。^⑯这无疑直指现代法学的当代转型,趋向于本体论的

^⑩ Benjamin Alarie, *The Path of the Law: Toward Legal Singularity*, at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2767835. P3 (Last visited on March 14, 2022).

^⑪ 参见前注⑨,张妮、蒲亦非文,第2页。

^⑫ Simon Deakin, Christopher Markou ed. *Is Law Computable? Critical Perspectives on Law and Artificial Intelligence*, Bloomsbury Publishing, PLC. 2020, p.100.

^⑬ *Id.*, 104.

^⑭ [英]维克托·迈尔-舍恩伯格、肯尼斯·库克耶:《大数据时代:生活、工作和思维的大变革》,盛杨燕、周涛译,浙江人民出版社2013年版,第94页。

^⑮ 郇全民:《从世界3到虚拟世界的涌现》,载《自然辩证法通讯》2003年第5期,第38页。

^⑯ 参见申卫星、刘云:《法学研究新范式:计算法学的内涵、范畴与方法》,载《法学研究》2020年第5期,第11页。

法学重建。质言之,无论是古典法学理论、中世纪法学理论,还是近现代法学理论,都是其所处时代的社会生活的客观反映和规则表达。如今数字时代的社会关系、行为模式、生活方式已经替代了“物理时代”的社会关系、行为模式、生活方式,基于“物理时代”生活规律的现代法律,必然要进行总体性的本体重塑,这无疑是数字法学的历史使命。为此有学者指出,“计算理论之于数字化社会,就像牛顿力学之于工业化社会”^{①⑦}。当然,数字法学并不仅仅是计算法学,其范围和属性更为庞大复杂,它既是数字社会秩序的理论呈现,同时也能够为数字社会秩序提供正当性根据。

可见,方法论路径意在为现代法学提供一种新的视角和方法,是一种拓展性的努力;认识论路径意在改变现代法学认识和理解法律的方向和策略,是一种革新性的努力;而本体论路径则意在实现现代法学在数字时代的转型升级,是一种代际交替的努力。本文支持本体论路径,因为它承载着信息革命的诉求,反映着数字时代的生产生活关系和行为规律,这样,就已不再是应对新问题、新挑战、新领域那么简单,而是一场涵盖法学理论、规范制度及司法实践的“法学革命”。

二、数字法学的研究范围和内容

既然是数字法学,就应明确它的基本含义、范畴、内容和体系,澄清相关的一些基本问题和理论疑惑,这也是数字法学研究与建设的重要前提。

(一) 定义与名称

在本文看来,新文科、新法科都是信息革命的必然要求,都是数字时代发展规律的理论反应。因此,数字法学是新法科的重要学科,它是以数字社会的法律现象以及其规律性为研究内容的科学,是对数字社会的生产生活关系、行为规律和社会秩序的学理阐释和理论表达。然而在名称上,近年来各地设置了名目繁多的新兴学科,如互联网法学、信息法学、人工智能法学、数据法学、计算法学、认知法学、未来法学等。它们大都是按照法学一级学科之下的新兴二级学科(交叉学科)或新兴领域或新兴问题来设计安排的,因此,其涵盖面和学术规格都较为有限。

基于本文的理论界定,其统一名称应为数字法学,但这并不是现代法学之中的所属二级学科意义上的,而是现代法学之后的进阶升级意义上的。其理由有三:一是我们不宜仅从新文科的文理交叉角度来把握,而应从其根本性质和功能角度来审视。如果这样,它无疑是反映数字时代要求的知识形态,是对数字社会生产生活关系的法学抽象和理论应答,因此,应称其为数字法学。二是我们不宜仅从内容新旧的角度来把握,而应从代际交替的角度来审视。如果这样,可以根据人类生产生活方式和政治经济基础的不同,大致地分为古典法学、传统法学、现代法学,如今人类开启了数字生活和数字时代,那么,它就应是现代法学的下一转型升级阶段——数字法学。三是不宜仅从它所面对的新兴问

^{①⑦} 《计算复杂性 50 年:王浩与计算理论》,载墨天轮网, <https://www.modb.pro/db/220005>, 2022 年 1 月 15 日访问。

题或新兴领域的分散角度来把握,而应从核心和本体的角度来审视。如果这样,只有数字法学才能更好地涵盖互联网、数据信息、人工智能、算法和区块链等等相关的研究领域,也才能实现更高、更准、更统一的命题提炼。当然,数字法学只是一个概括性的学理统称,如同现代法学这一统称的效果那样,它并不能做到完美,但至少可以提供一个相对清晰的分析框架。

(二) 研究内容与范围

如前所述,数字法学并不是现代法学的扩容纳新和直线延展,而是在现代法学基础上的转型重建和曲线升级。这里需要回答的一个重要问题是,数字法学与现代法学到底有哪些不同?或者说,到底是哪些重大变革导致了从现代法学迈向数字法学这样的转型升级?而这无疑需要从研究内容和范围说起。

1. 总体研究对象与内容厘定。数字法学中的“数字”,并不是问题或领域上的内涵,而是时代意义上的指称。因此,数字法学总体上必然要涵摄数字社会的所有法律现象及其规律。它是迈进数字时代、数字社会的法学代表,如同现代法学是迈进近现代社会的法学代表,实现了对传统法学的代际升级一样。

毋庸讳言,现代法学贯穿了罗马法的概念逻辑和启蒙精神,其基础和条件则是物理时空环境、自然人行为模式、主体/客体逻辑、国家/社会(公权力/私权利)二元框架,是近代以来工商生活规律的客观反映、经验升华和理论提炼。而当人类进入数字时代后,则呈现出物理/电子的双重时空环境、自然人/数字人的混合行为模式、主体/客体(智能体)的人机协同逻辑、国家/平台/社会(公权力/私权力/私权利)三元框架,呈现着数字生活的新型发展规律。这样,现代法学赖以生成和发展的条件、基础与规律均发生了重大转变、甚至被颠覆,这就使得既有的法律体系与现代法学理论遭遇到严重挑战和革命性重塑,转型升级已势在必行。不过,数字社会毕竟是在工商社会基础上变革转型而来的,其“数字”生态也离不开“物理”基础,特别是在婚姻家庭、衣食住行等生物性行为 and 物质性消费上,因此,这个转型升级并不是简单的替代,而是通过对现代法学的迁移承继和更新重建,并融入新兴数字法学理论之中来完成的。

首先,迁移承继部分。在现代法学的成长过程中,曾出现过“老田生新谷”和“旧偶像倒塌”两种方式,^⑮然而,即便是“彻底革命”背景下的“旧偶像倒塌”,也仍然继承发展了诸多的传统法学理论,更何况今天的现代法学并不是“旧偶像”,而是数字法学的变革基础和转型支撑。因此,大量的现代法学知识理论会经由迁移承继而成为数字法学的重要组成部分,如婚姻、物权、侵权、传统犯罪、传统行政等领域,主要依托于物理空间、人的生物性和物理属性,很多既有的行为样式和规律并没有根本性改变。因此,现代法学理论对其仍然能够有效适用。

其次,更新重建部分。即在发生了重大数字化变革和转型的领域,现代法学知识理论难以对其直接套用,而是需要一定的理论改造和重建才能发挥应有解说效力。如身份

^⑮ 参见[美]泰格、利维:《法律与资本主义的兴起》,纪琨译,学林出版社1996年版,第263页。

人格权理论就必须增加数字人格内涵,合同理论必须吸纳智能合约要素,竞争法理论必须融入数据竞争范畴,而数据信息类新型犯罪、数字行政、在线诉讼等领域就更不待言。

最后,新兴理论部分。这主要是基于数字经济、数字社会、数字政府、数字生态等发展变革基础上的法学命题提炼和理论诉求,如平台治理、数据治理、算法治理、区块链治理、人工智能规制等领域。就平台封禁行为而言,它已经不再为平等主体之间的合同关系所能阐释和包含。其实质乃是平台经济业态塑造了数字时代的信息生态,而这种生态颠覆了传统生活方式和行为模式,变成了全新的进入世界、观察世界、参与世界的基本途径。由此可以看到,特朗普被 Twitter 封号就意味着他发言权的丧失和在舆论场上的消失,电商下架产品就意味着该产品连同其声誉、流量和客户被驱逐出多环商业圈。这些都不是简单地通过“用户黏性”或者“社死”所能表达的,具有“清除”生存的深层意义,其中演绎着复杂的政治、经济和社会关系,蕴含着公法和私法上的多重新兴理论命题。同样,各种应用场景下的算法决策,在主体与客体、主观与客观、国家与社会等基础理论上均会带来人所共知的挑战性问题,亟需进行命题提炼和理论重建。

可见,数字法学由继承吸收部分、“数字化”更新部分和数字新生部分所构成,但这三部分却未必是泾渭分明的,也不一定是比例均衡的,而是会随着数字社会的进一步发展来适时调整。不过,随着社会的数字发展程度越来越高,即便是迁移承继部分的现代法学知识理论,也会在数字法学体系中发挥更多的“数字”角色和功能,而且其占比会逐渐降低,最终实现完全的转型升级。

2. 具体法律概念、原则、规则理论的体系重构。事实表明,当今信息革命直击人类的道德秩序和社会支柱,导致工商社会的道德、政治、经济和法律基础发生了动摇。此时就需要数字法学来承前启后,在迁移承继仍然准确有效的法律概念、法律原则、法律规则理论的基础上,对那些遭遇挑战和变革转型的理论进行数字导向的体系化重构。

首先,扩张重释。即对那些虽然遭遇挑战和尴尬,但却仍有包容性的法律概念、原则、规则理论,在其内涵、条件、范围、结构、功能等方面进行合理挖掘和拓展性的扩张重释。如,智能合约的属性效力、异步审理的司法正当性、既碎片化又产业化的网络犯罪治理、涉人工智能犯罪的定性处罚、自动化行政决策的自由裁量合理性、电子搜查的性质、弹屏送达的法律后果、司法区块链和电子证据、算法裁判的司法程序与原则等等。其中所涉及的相关法律概念、原则和规则理论,都可以进行拓展性重释和包容适用,进而在更新重建中成为汇集塑造数字法学的重要力量。

其次,理论创立。即对那些现代法律理论无法包容、无法回应的新兴问题和领域,如数据/信息确权、算法治理、平台治理、区块链治理以及人工智能规制这些挑战,就需要创设新的法律概念、新的法律原则和新的规则理论,针对其中的数据交易、数据竞争、数据跨境、数据鸿沟、信息茧房、算法歧视、算法合谋、深度合成、数字孪生、元宇宙规制等诸多时代难题,提供相应的制度设计和理论方案。以数据、算法、平台和场景为基本范畴的结构体系设计,以“鼓励创新、安全可控、可问责制、计算透明、技术中立和普惠正义作为基

本原则”的“计算范式”,^{①⑨}就是其中的一项重要努力。

最后,原理探索。即在数字法学的体系重建中,深入探索数字法哲学原理。现代法学是工商生活规律的理论反映,但它的很多方面则在数字生活规律面前失了解说效力。巴洛的《网络空间独立宣言》早就宣称:“你们的财产、表达、身份、活动和条件的法律概念不适合我们。这些概念建立在物质基础上,而我们这里没有什么物质。”^{②⑩}尽管今天看来这种说法未必妥当,虚拟与现实空间也已融为一体,但数字社会确实演绎着不同于工商社会的逻辑。例如,现代法律调整的是物理时空中人、财、物之间的社会关系,是自然人之间直接的、生物性的表达和交往方式。但数字时代则从互联网、物联网、车联网发展到身联网,呈现出大量间接的、数字化的表达和交往方式。此时,每个人既有生物性的自然人身份,又有电子性的数字人身份,特别是元宇宙中“性骚扰”、数字财产、交易活动等已完全突破了传统法学的自然人基础和权利逻辑。还有那些数据分析预测、数据画像、精准推送等等,通过对“数字人”的操控来暗中影响其对应的自然人的情况,^{②⑪}则更是不计其数。这些都是现代法学理论所无力应答的,亟需设定创建“数字人类”的主体理论和权利理论。再如,数字社会中人的行为,一方面是虚实一体融合的,另一方面又可能是人机协同的,对此时发生的法律问题,凭借现代法律那种从单一物理时空和工商生活中提炼出来的法律行为理论——动机、目的、认知以及行为方式、结果、因果关系,是难以进行解释和证明的,亟需进行数字行为立场的理论重建。同样,在法律价值上,工商社会主要是基于身份、财富和机会的分配正义,数字社会则出现了基于数据信息的透视和控制问题,于是,就出现了数据正义观、代码正义观和算法正义观,迫切需要进行深度研究和高度提炼。由此可见,在廓清数字法学的研究对象、内容、方法,对法律概念、法律原则、法律规则进行体系重建的基础上,深入探索数字法哲学原理就显得十分重要,进而为数字法学的变革发展提供强劲动力和坚实支撑。

3. 研究方法的数字化突破。当今的网络化、数字化、智能化的发展潮流势不可挡,自动化的智慧进程会不断加快,算法决策在政府、司法、商业服务、甚至日常生活的应用会越来越多。相关关系作为一种思维或者决策方式已从幕后走向前台,发挥着越来越显著的作用。即“从工业时代到信息时代的转变,是从机械思维到数据思维的转变”^{②⑫},由此而发生的法律思维和法律方法变革则是必然的。这当然不会丢掉因果关系分析,而是在AI法律和法律AI互补发展的背景下,大数据分析、法律认知、专业解释等方法为数字法学提供了新兴动力。

(三) 数字法学与现代法学的关系

对数字法学和现代法学的关系,可作如下总结分析和研判:

^{①⑨} 参见前注^{①⑥},申卫星、刘云文,第11页。

^{②⑩} [英]安德鲁·查德威克:《互联网政治学:国家、公民与新传播技术》,任孟山译,华夏出版社2010年版,第42页。

^{②⑪} 参见[德]尤夫娜·霍夫施泰特:《大数据之眼——无所不知的数字幽灵》,陈巍译,浙江文艺出版社2018年版,第205页。

^{②⑫} 王天一:《人工智能革命——历史、当下与未来》,北京时代华文书局2017年版,第95页。

1. 数字法学的目标。数字法学固然是新文科建设的重要组成部分,但数字法学的目标并非仅仅是知识、理论和方法上的文理交叉或者融合,也并非仅仅是对新时代国家建设发展战略及国际环境的理论回应,其在更深层意义上,则是从工商时代迈进数字时代、从“物理社会”迈进数字社会、从现代法学向数字法学转型升级的重大理论表达。

2. 数字法学的定位。数字法学并不是一个新兴的学科,尤其不是现代法学项下的一个新兴学科。进言之,数字时代不是在现代性发展路线图上的延续拓展,而是通过打破物理时空限制、重新界定人机关系、增赋数字人格属性、塑造虚实同构行为等方式,在颠覆中实现对现代法学的重建超越和代际转换。这必然会出现一系列的新概念、新范畴、新理论和新方法,从而形成数字法学的价值理念和基本原理。这无疑是一个庞大的、长期的理论探索和司法实践过程,有如当初现代法学的形成过程那样,需要数代法律人的共同参与和努力建设才能完成。

3. 数字法学的构造。法律发展史表明,“新秩序不可能代表与过去的完全决裂。它必须从现有各种安排里面发展出来,从而到最后,将会有更多旧观念、态度和制度融合到未来秩序中去”^{②③}。回望当初的现代法学,它也是那个时代的一次重大“法学革命”,也是在大量继承、改造和重建传统法学知识理论的基础上而生成发展的。因此,对当今的数字法学而言,自然不可能抛弃一切、推倒重来。换言之,现代法学依然是数字法学变革重建与换代升级的主要来源和根本基础,只是那些“纯粹”继承沿用的现代法学知识理论比例,会随着时间的推移而逐渐降低而已。其原因有三:一是现代法学知识理论会通过不断增赋数字化要素、强化数字化立场来适应数字社会的纵深发展需要;二是随着数字技术的不断升级和广泛应用,智能执法司法场景会越来越多,现代法学知识理论将在知识图谱构建中逐渐被技术编码和数字化重写;三是新兴的数字法学知识理论会大量涌现,并呈现出指数级的增长状态。至此可以看到,数字法学不是现代法学的一部分,恰恰相反,现代法学是数字法学的一部分。而这一过程,应该与数字社会生活中法律体系变革重建的步伐是大致吻合的,反映了数字法学的基本构造。

三、数字法学的底层逻辑与体系构架

毋庸置疑,农业革命和工业革命对人类的进步意义都十分巨大,但它们乃是在“上帝”的先天给定范围内,拓展了人类的活动能力和生活品质。而当今信息革命,则使人类变成了“上帝”,不仅拆除了物理时空的围墙,还创造出了奇妙的数字孪生、平行世界、元宇宙等等。它堪称人类历史上最具颠覆性、重建性的重大革命,重组了生产组织方式,重塑了生活方式,重建了社会结构,再造了社会运转机制,形成了与工商社会完全不同的连接方式、行为模式、知识体系、价值体系以及社会结构。^{②④}这一时代背景、条件和基础,

^{②③} 前注^{①⑧},泰格、利维书,“前言”第2页。

^{②④} 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88页。

决定了数字法学的底层逻辑和体系构架。

（一）数字法学的底层逻辑

从某种意义上说,现代法学反映着工商社会生活中人、物、事的自然逻辑,而数字法学则反映着数字社会生活中人、物、事的自然与信息的双重逻辑。

1. 数字生活的基本逻辑

今天的信息革命,使人类走出了千百年来“天然”生存状态,开始自我塑造为“数字人类”。

（1）信息中枢机制。毋庸置疑,数据/信息已经成为当今数字时代的“新石油”和新生产要素,由它转变而成的产品和服务正在深刻改变人们的生活,“其影响力足以与工业革命相媲美”^{②5}。

一是万物信息化。信息与通信技术的广泛应用,实现了前所未有的万物链接,人们的所有活动都会在数字时空中留下痕迹,物品、行为乃至思想均可通过数字来表达和呈现,从而创造了万物数字化的全新数字生态,正可谓“信息不是一切,但一切皆可成为信息”。与此同时,每个人作为信息主体,其行为也不再是孤立的信息活动,而是关涉数字社会的信息生态建构,并汇聚着巨大的社会价值和发展能量。

二是信息中枢化。犹如曾经的工商革命一样,当今信息革命也在颠覆中实现了社会重建。如果说传统科技为现代性提供了物质框架的话,那么,当今信息技术则瓦解了这一物质框架;^{②6}如果说工商社会致力于火车司机取代马车夫这样角色转换的话,那么,数字社会则致力于塑造社会成员的数字生活能力和行为能力;如果说在工商社会中一切事物都围绕着生产和劳动力控制的话,那么,在数字社会中“一切社会行为则围绕着生产与信息控制”^{②7},即“人与数据的聚合正在成为构造世界和塑造个人的基础性活动”^{②8},而一旦世界被数据化、信息化,“就只有你想不到,而没有信息做不到的事情了”^{②9}。因此,数据/信息并不仅仅是一种新的生产要素,而是具有某种分析预测、规划控制和调剂分配人力、资源、机会的中枢功能机制,这也正是当今“大数据战争”的一个深层动因。

三是信息权力化。信息的中枢功能机制,成就了信息的权力化。事实表明,“自计算机产生起,技术改变的核心问题是权力的转移”^{③0}。而信息凭借其中枢功能,自然就“带有支配的性质”^{③1},甚至趋于数字社会的权力中心。数据信息与人工智能的结合,还会挑

②5 [美] 安德雷斯·韦思岸:《大数据和我们——如何更好地从后隐私经济中获益?》,胡小锐、李凯平译,中信出版集团2016年版,第18页。

②6 参见[美] 安德鲁·芬伯格:《技术批判理论》,韩连庆、曹观法译,北京大学出版社2005年版,第21页。

②7 [荷兰] 约斯·德·穆尔:《赛博空间的奥德赛——走向虚拟本体论与人类学》,麦永雄译,广西师范大学出版社2007年版,第16页。

②8 前注⑦,段伟文书,第9页。

②9 前注⑭,维克托·迈尔-舍恩伯格、肯尼斯·库克耶书,第125页。

③0 [美] 马克·格雷厄姆、威廉·H·达顿:《另一个地球:互联网+社会》,胡泳、徐嫩羽、于双燕、胡晓娅译,电子工业出版社2015年版,“导论”第XXXIV页。

③1 [美] 尼尔·波斯曼:《技术垄断——文化向技术投降》,何道宽译,中信出版集团2019年版,第130页。

战现代性的平等、自由、公正和民主原则,引发一场被重新分类、评价、比较、甚至被看透的“控制革命”。^{③②}此时,人变成了“可以用数字计算的人”^{③③},社会也进入了“无处不在的计算”时代。于是,资本控制手段就开始走向数字化,而公权力则具有了无处不在监控的能力。^{③④}由此,数字公民的权利保护就成为重要的时代课题。

(2) 数字行为方式。信息革命的一个重要后果就是,人类开始突破上帝设置的物理围栏,虚实同构成为人类最基本的数字生活样态。

首先,虚实交互一体的生活空间。随着 web1.0—web2.0—web3.0,桌面互联网—移动互联网—物联网/车联网/身联网的加速发展,完全改变了社会的“时空体制”,^{③⑤}时间和空间在“脱嵌”中进行了重组,甚至形成了数字孪生的“平行世界”,但此时虚拟与现实已经不再并立,而是形成了虚实一体化的生活空间和数字生态。不管人们对支付宝、微信、知网、网约车等等是否满意,反正已经对这些数字“基础设施”和信息生态形成了严重依赖,而一旦脱离这种生态就会像离水的鱼,“我们的正常信息流一旦出现任何中断,就会使我们陷入病状”^{③⑥}。

其次,双重属性的主体身份。数字时代不仅实现了生产流通的数字化、虚拟化,“它还会形成新的职业结构、经济结构,以及沟通传播结构,开启新的社会互动模式,甚至是新的社会身份认同形式”^{③⑦}。人们越来越多地融入在线生活,个人信息/数据成为大数据源泉和人工智能应用的原料,人也获得了“数字人”的新型存在形态,甚至成为“身联网”(IoB)的一个技术平台。如果说脑机接口还在大量试验的话,那么,“彼得 2.0”的确是用自己的“生命实验”创造了人类史上第一个真正的赛博格(电子人),形成了人与 AI 的共生共存。^{③⑧}越来越多的这类情况表明,人类已日趋变成“现实与数字的两栖物种”^{③⑨},每个人都赋有自然(生物)/数字(电子)的双重属性和身份人格。这无疑是一场大规模的人类革命,“这场革命非同以往,数字人类要比人类复杂得多”^{④①}。

最后,数字化的社会关系。由于每个自然人都是一个“信息体”,因此,社会关系就围绕着“动态的数字自我”来展开。一是个人信息起到“我是谁”“能够成为谁”的重

③② 参见[德]克里斯多夫·库克里克:《微粒社会——数字化时代的社会模式》,黄昆、夏柯译,中信出版社 2018 年版,“前言”第 VII-VIII 页。

③③ 参见前注 ③①,尼尔·波斯曼书,第 153 页。

③④ 参见[美]约翰·马尔科夫:《人工智能简史》,郭雪译,浙江人民出版社 2017 年版,“前言”第 XIV 页。

③⑤ 参见[德]哈特穆特·罗萨:《新异化的诞生——社会加速批判理论大纲》,郑作或译,上海人民出版社 2018 年版,第 118 页。

③⑥ 前注 ①,卢恰诺·弗洛里迪书,第 23 页。

③⑦ 前注 ③⑤,哈特穆特·罗萨书,第 39 页。

③⑧ 参见《科学家得绝症后的超酷自救:人类史上第一个“永生者”诞生了》,载腾讯网, <https://new.qq.com/omn/20220216/20220216A06YRK00.html>, 2022 年 2 月 17 日访问。

③⑨ 《清华大学:2021 元宇宙发展研究报告》,载腾讯网, <https://page.om.qq.com/page/OifC58GczUZpedUjNt5B09-g0>, 2021 年 10 月 2 日访问。

④① [英]克里斯·斯金纳:《数字人类——第四次人类革命的未来图谱》,李亚星译,中信出版集团 2019 年版,第 283 页。

要表征和构成作用,“以数识人”成为每个人“为社会所认知的基础”;^{④①}二是人们每天都要在线上线下来回穿梭,无论是生产生活、衣食住行还是日常交往,已经很难找到“纯粹物理/生物”的行为,而基本都是虚实同构、甚至主要是在线的数字行为;三是这些数字行为生发并作用于数字经济、数字政府和数字社会的关系构架之中,呈现并运行在数字治理、智慧司法、数字公民的行动逻辑之中;四是随着虚拟现实、数字孪生技术的进一步发展,还会形成“虚实互动、互生、互存的平行社会”^{④②},特别是开放性、参与度、沉浸感更高的新型虚实相融的元宇宙也已来临,它开始走出游戏的应用范围,“将虚拟世界与现实世界在经济系统、社交系统、身份系统上密切融合,并且允许每个用户进行内容生产和世界编辑”^{④③}。这样,就会形成场景多样、代码互动、层叠交织的数字社会关系,展现出虚实同构的数字行为逻辑。

(3) 算法秩序状态。随着信息技术的加速发展,深达几百层的人工神经网络算法,在分析预测、发现模式、作出结论等方面的能力已经远远超过了人类。而且,算法也已成为数字经济发展变革的核心推动力量,迎来了“一个由算法定义的世界”^{④④},进而形成了算法主导的社会秩序。

首先,人机协同。能够制造和使用工具,是人类成为世界主宰的重要原因之一。然而,无论这些工具或机器多么先进,它们都是“死”的,只能由人来操作和控制。但如今的算法则“活”了,这并不是说所谓“强人工智能”的那种“自主意识”,而是说它们能够参与、甚至代替人类决策——自动定价、自动驾驶、智能医疗、人脸识别、自动化行政、智能裁判等一些列重大决策权,正在“从人手中转移到算法手中”^{④⑤}。于是,人机协同工作、协同决策、甚至依赖算法决策的场景,将成为数字社会的运行常态。

其次,代码规制。算法决策是通过特定计算过程的输入/输出关系来完成的,其中的代码编写就具有了设计和控制意义。代码编写都会嵌入某种主观判断和价值理念,它能够实现或阻止某种非正式的规制,^{④⑥}因而人们才认为代码就是法律、就是权力。随着数字社会的自动化、智能化进程加快,算法决策的场景将越来越多,人脑决策对算法决策的依赖性也会越来越高,此时,代码规制就成为与政府规制相呼应的重要规制方式,甚至成为国家法律的自动执行机制。尽管目前出现了低代码或者无代码的发展倾向,^{④⑦}但基本的代码规制仍然扮演主要角色,进而构成塑造数字社会秩序的重要力量。

最后,智能伦理。由于算法决策是数字时代的一项自动化机制,因而,如何避免算法

④① 参见前注⑦,段伟文书,第9页。

④② 戴志勇:《“未来一定有多多个平行的你”——王飞跃谈正来临的第五次工业革命》,载南方周末网: <http://www.infzm.com/contents/111120>, 2021年9月25日访问。

④③ 前注③⑨,《清华大学:2021元宇宙发展研究报告》。

④④ 徐恪、李泌:《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341页。

④⑤ [美] 克里斯托弗·斯坦纳:《算法帝国》,李筱莹译,人民邮电出版社2017年版,第197页。

④⑥ 参见前注②⑥,安德鲁·芬伯格书,第16页。

④⑦ 参见陆继恒:《无代码的时代真的来了吗?》,载百家号, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1694452504275670645&wfr=spider&for=pc>, 2021年5月6日访问。

错误、算法黑箱、算法偏见以及技术工具理性、人工智能风险等带来的问题,促进算法友好向善,无疑是数字社会必不可少的“道德基础设施”建设,^{④⑧}也是数字正义价值的重要组成部分。其核心部分主要包括:一是算法决策的可及性,即算法决策的应用范围和效力。由于“算法并不能‘解决’所有问题”^{④⑨},特别是在价值判断和情感计算问题上,它必然会遭遇难以逾越的屏障。二是算法决策的正当性,即算法决策的合法性、合理性,包括数据信息、知识图谱、参数模型、训练测试等全流程合规,克服先验偏置和归纳偏置,体现权利保护原则和数字正义价值。^{⑤⑩}三是算法决策的科学性,即避免算法设计中某种简化和误差可能带来的“原罪”,防止算法错误和算法风险。四是算法决策的良善性,事实上机器人没有道德观,“它们只是一种物体,被灌输了程序员为达到特定目的而编写的代码”^{⑤⑪}。因此,需要对算法的开发设计进行必要的法律和伦理上的规范,防止算法决策变成牟利算计、透视控制和工具主宰,从而保持“以人为本”的设计。五是算法决策的可责性,即算法决策应具有一定的可解释、可回溯、可开放、可审计、可救济机制,从而实现其可责性,促进算法决策的良性发展和社会进步,形成法治化的算法秩序。

(4) 节点治理模式。数字时代的发展逻辑,已经突破了现代性的国家/社会的二元框架和法律—伦理—宗教三元规范结构,这必然也会颠覆传统的社会治理模式,形成数智治理新样态。这个新样态的根本特征,就是节点化治理。

首先,现代社会形成了一种科层制的层级治理方式,但进入数字时代后,信息表达和跨时空链接改变了工商社会结构和物理时空的交往方式,每个关系人不再是层级化的单向指令传递者,而是信息网络的基础单元和双向勾连者——节点,^{⑤⑫}进而消解了传统的层级治理机制,出现了“由中心化的实体组织或个体转向分散化的网络节点”的发展走向。^{⑤⑬}

其次,由于每个关系人都是既接收信息、又传递信息的网络节点,因此,无论是在多方参与的网络交易、即时通讯的新媒体社交中,还是在“一网通办”的电子政务、异步审理的司法过程中,权利/义务、权力/责任都通过节点的访问权、处理权来表达和实现,塑造了全流程留痕、全场景可视、全过程可回溯的治理机制。

再次,节点化的网状治理模式,形成了扁平化、去中心、互动性的分享/控制状态,必然会形成多元的规制范式,包括“法规的/自愿的、正式的/非正式的、国家的/超国家的、等级制的/分散的”^{⑤⑭},特别是分散化的代码规制,将在节点治理中发挥重要的基础性作用。

④⑧ 参见[意]卢西亚诺·弗洛里迪:《第四次革命——人工智能如何重塑人类现实》,王文革译,浙江人民出版社2016年版,第220页。

④⑨ [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196页。

⑤⑩ 参见[美]George F. Lu ger:《人工智能——复杂问题求解的结构和策略》,史忠植等译,机械工业出版社2017年版,第483页。

⑤⑪ [美]约翰·C. 黑文斯:《失控的未来》,全琳译,中信出版社2017年版,第22页。

⑤⑫ 参见彭兰:《新媒体用户研究——节点化、媒介化、赛博格化的人》,中国人民大学出版社2020年版,第24页。

⑤⑬ 参见裴炜:《数字正当程序——网络时代的刑事诉讼》,中国法制出版社2021年版,第10页。

⑤⑭ [英]詹姆斯·柯兰、娜塔莉·芬顿、德斯·弗里德曼:《互联网的误读》,何道宽译,中国人民大学出版社2014年版,第128页。

最后,数字时代的数据/信息突破了物理时空限制,导致基于属地或属人的既有管辖原则和治理机制失效,因此,基于网络节点的社会效果原则和跨时空治理便是一种优选策略。这样,节点治理就成为跨国合作、协同治理和共同发展的重要基础,也是数字时代全球法治建设的新兴动力。

2. 数字逻辑的法学呈现

上述生活规律和数字逻辑,不仅是数字法学的理论根基和时代动力,也是数字法学所要呈现的社会关系和生活常理。然而,数字法学并不是对这些数字逻辑进行反射镜式的直观反映,而是要进行法学上的理论抽象和体系建构,从而形成数字法学的底层逻辑。

(1) 数字逻辑的法理表达。信息中枢、数字行为、算法秩序和节点治理,是数字社会的生产关系、生活关系、行为方式、价值观念等的表现形态,它们本身只是生活逻辑而不是法律逻辑。因此,把数字生活逻辑转化成数字法律逻辑是数字法学的一项重大时代任务,这也是工业文明时代的制度安排、思想观念和思维方式遭遇“创造性”破坏和颠覆时,亟需重塑符合数字文明的概念范畴和社会体制的必然要求。例如,为适应新形势新发展,我国《反不正当竞争法》在修订中增设了“互联网专条”,但没过多久就发现仍然难以有效解决问题,司法机关不得不回到法律的抽象设定上,通过“激活”原则条款来裁决案件。再如,反垄断法上的双边市场、封禁行为等法律认定,在当今平台经济条件下遭遇困境,反垄断的正当性边界出现重大争议。这些问题实质上是立法未能充分表达数字经济逻辑,不能展现数字正义,相应的理论研究也未能提供有效方案。此类情况并不在少数,亟需数字法学对这些生活逻辑进行理论上的命题提炼、原则归纳、原理探究,特别是涉及到法律主体、法律关系、法律行为、法律作用、法律运行、法律方法、法律价值、法律规则、法律原则等基本理论,需要进行创新性重建,并促进数字立法的进步与完善。

(2) 数字逻辑的理论正当化。数字生活逻辑给政治、经济、文化和日常生活都带来了巨大而深刻的影响,“它创造了许多,也同样毁灭了许多,它毁灭的东西可能比替代的多”^{⑤⑤}。平台治理、算法治理、区块链治理等等日渐成为社会秩序的主题,而刚刚兴起的元宇宙等技术应用镜像,构造了虚实同构、深度交融的经济系统、社交系统、身份系统,人们凭借多个“替身”进行虚实互动和创世编写,生成了数字身份、数字资产、数字关系、数字主权、数字规制等更为复杂的数字社会关系。可见,数字孪生、元宇宙等可能是镜像的,但其后果则是现实的,会深刻地影响和改变人类的价值观念、行为方式、社会关系和秩序状态。这其中固然有相当部分的积极进步力量,但也存在着一定程度的问题和风险,需要在总结实践经验和把握变革规律的基础上兴利除弊,进而实现理论上的正当化。

首先,价值判断和识别。基于人类社会的核心价值和发展方向来对数字逻辑加以识别,根据数字正义观来进行基本的理论判断,从而进行有效的正向证成(如数据/信息确权)、中性厘定(如平台治理)或者反向否认(如算法歧视),从而确立数字逻辑的价值

⑤⑤ [美] 安德鲁·V. 爱德华:《数字法则——机器人、大数据和算法如何重塑未来》,鲜于静、宋长来译,机械工业出版社2016年版,第191页。

框架和规范意义。

其次,避免“符合式”套用。不宜采取“符合真理观”的方式,简单套用或者比附现代法学理论来进行证立或证否,而应注重对数字逻辑的吸纳升华。也就是说,面对新兴的数字权利、数字关系和数字规制等,不能总是试图把它们拉回到既有的理论体系或者规则框架中,在“正统”中寻找根据、挖掘理由,以证明其是否“符合”合法性、正当性。更重要的则是立足其生成条件和运行规律,并按照数字时代的发展逻辑来重塑理论和规范框架,探索新根据、发现新理由,进而赋予其合法性和正当性。从宏观而言,一个典型的情况就是,面对日渐增多的人机协同决策的生活场景,当“人的很多行为和认知与机器融合在一起,这时候我们就需要在人机混合的‘系统即社会’中制定规范(Norms)”^{⑤⑥},进而重新审视法律价值和法律关系理论。从微观而言,类似情况则不胜枚举:在劳动法上,信息革命创造了“玩工众包”“在线众包”等新型数字劳动(平台劳动),^{⑤⑦}形成了受制于算法、组织、监控的新型数字社会关系。工商时代的劳动和社会关系理论已经无法继续套用,需要按照数字逻辑对劳动关系赋以新的理论内涵、价值意义并重新定义“劳动”及“劳动关系”。在经济法上,传统“双边市场”理论的解说效力日渐式微,新兴“看门人”说、“新公用事业”说以及“新布兰迪斯学派”等尚不成熟,而目前平台经济中变通性的反垄断法执法,又无法有效解决自我优待、大数据杀熟、封禁行为、扼杀型并购等难题,亟需数字逻辑框架下的理论创新。在刑法上,大而化之的“非法获取计算机信息系统数据罪”等“数据犯罪”面临着越来越深的司法窘境,^{⑤⑧}其深层原因在于它仍是一种立足“物理世界”而非“信息世界”的规制逻辑,但这并不能简单地通过增设新条款、新罪名来补漏性地策略应对,而是通过思维和理论上的变革重建来加以根本解决。在司法上,面对异步审理场景时,应嵌入虚实一体的生活立场,重新定义直接言辞原则等,进而推进现代法学的变革更新。

最后,创新性证立。立足新业态新模式创新经验、数字关系和数字行为属性,凭借数字思维和理论知识确立其正当性。就是说,面对数字社会的新型生活逻辑,在工商社会中提炼出的既有规则难免会失去其规制功能,既有理论也往往会失去其论证效力。诚如学者们所指出的:“数字化经营的产品则几乎具有信息的量子属性,无形,无法量化,可以永久性复制,永远在转换过程中;似乎没有几种(如果有的话)常见的实体商务的规则可以实际运用于此。”^{⑤⑨}在这种情况下,就“需要融入计算思维以增加对计算行为的认识,对计算行为的种类、行为机制和规范方式等进行具体研究,才能适应我们正在进入的

⑤⑥ 陈钟:《从人工智能的本质看未来的发展社会:趋势·风险·挑战》,载《探索与争鸣》2017年第10期,第6页。

⑤⑦ 参见[意]亚历桑德罗·甘迪尼:《数字劳动:一个空洞的能指?》,操远芃译,载《国外社会科学前沿》2022年第1期,第51页。

⑤⑧ 参见郭旨龙:《非法获取计算机信息系统数据罪的规范结构与罪名功能——基于案例与比较法的反思》,载《政治与法律》2021年第1期。

⑤⑨ 前注⑤⑤,安德鲁·V.爱德华书,第120页。

数字化社会,从而直接为计算行为提供行为规范”^{⑥0}。近年来,世界主要国家也都在加快信息立法速度、加大保护强度,然而,数据/信息仍存在着界定不清、权属不明、保护不力的状态,其中一个很重要的原因,就是人们总是试图按照既有的物权、人格权、财产权或者知识产权等“状态性”赋权方式来套用和处理,而未能根据数据/信息自身的分享/控制这一基本属性,来进行“流动性”“过程性”赋权(数据/信息处理的全流程、全周期)和创新设定。在平台治理、算法治理、区块链治理中这样的情况很多。为此,需要把数字逻辑上升为法律逻辑,重构相应的机构和制度,反思重铸法律思想和权利观念,^{⑥1}这是数字法学的核心使命所在。

(3) 对数字逻辑的体系化建构。数字逻辑是数字社会生活规律的客观反映,它涉及面广、要素多、异常复杂。数字法学在对数字逻辑进行法律逻辑的转化过程中,应按照法学属性和法学思维进行必要的体系化建构,形成数字法学的概念、范畴、原则、方法等。

(二) 数字法学的体系构架

作为现代法学的升级版,数字法学无疑既具有传承的包容性,也具有立足时代的开拓创新性,展现着新型的理论体系、价值体系和学科体系。

1. 理论体系

数字法学的理论体系包含着现代法学理论,但比现代法学理论更加丰富,文理学科、文文交叉相容的色彩较为浓重,它主要包括三部分。

其一,继承发展的现代法学理论。主要是依然能够完全回应和适用数字社会法律问题,以及经过扩张重释和变革重建的现代法学理论。例如:经济法在空间理论、主体理论和行为理论等三个维度上,对数字经济的命题提炼和理论拓展;^{⑥2}再如,基于数字化对当代行政法核心结构的挑战,提出数字行政法的变革转型等等^{⑥3}。

其二,全新崛起的数字法学理论。主要是基于数字社会生活逻辑,立足数字空间、数字行为、数字关系、数字纠纷解决等类型化的对象领域,进行理论提炼而生成的法学新范畴、新概念、新原则、新理论、新方法。例如,作为数字社会中枢的信息,就是一个释义和赋义的产物,“包含了对符号的赋义和释义的双重活动”,具有生成性、建构性、属人性,^{⑥4}其法律属性、构造和功能无疑是一个重大的、基石性法学理论命题。再如,数字法治政府、数字公民、数字司法、数字人权、数字正义、数字法治;以及平台权力(权利)、算法治理、区块链治理、计算法学、认知法学等等,都是亟待回应和建构的时代法学理论。基于此,一些计算法学的倡导者已开始探索计算空间所形成的数据、算法、平台和场景等基本范畴、思维方式,数字社会的新式行为、新型关系,进而探索数字法治的基本原则、基本范畴和知识体系。

^{⑥0} 前注^{①6},申卫星、刘云文,第14页。

^{⑥1} 参见[美]彼得·德恩里科、邓子斌:《法的门前》,北京大学出版社2012年版,第407页。

^{⑥2} 参见张守文:《数字经济与经济法的理论拓展》,载《地方立法研究》2021年第1期,第19页。

^{⑥3} 参见于安:《论数字行政法——比较法视角的探讨》,载《华东政法大学学报》2022年第1期,第6页。

^{⑥4} 参见肖峰:《重勘信息的哲学含义》,载《中国社会科学》2010年第4期,第34页。

其三,法学立场的技术规制理论。早在三百多年前,莱布尼兹就设想了一切皆可计算的“法律公理化体系之梦”。当代一些学者提出,可“将法学问题形式化为可计算问题”^{⑥5},进而选择合适的计算方法进行编程。甚至在法律奇点的语境下,人类和技术一直在以剧烈改变法律系统的方式进行互动,导致一个主要依靠自动化决策的法律体系,而只保留了人类审查和批准的体系。^{⑥6}这种图景无疑是一种技术规制,其中浪漫的科幻成分能否变成现实也尚需审慎分析。不过,数字时代的算法秩序确实会产生越来越多的技术规制元素、方式和手段。“一方面,因为刑事、民事、商业、税务、版权等法律领域迁移到数字环境,数字化成为法律规制的对象;另一方面,数字化也成为法律规制工具,很多平衡利益或解决冲突的法律功能已由数字技术接管。”^{⑥7}因此,这就涉及结构化大数据、算法建模、知识图谱构建以及机器数据理解、知识表达、逻辑推理和自主学习等领域的理论知识和规制要求,需要从法学立场来对这种“技术之治”的方法策略进行系统分析和研究,并成为数字法学理论中的重要一脉。

2. 价值体系

数字法学的价值体系依然以现代法学的价值论为基础,但其中很多重要的范畴、概念、理论和方法都因数字生活逻辑而发生了改变或者重建,主要包括三大方面:

(1) 数字正义。从古至今,正义一直是法律的永恒追求,但它“并不只是以一种声音说话”^{⑥8},也没有一个确定无疑的标准和图表,更多的则是一些理念和原则,因此,“一个旨在实现正义的法律制度,会试图在自由、平等和安全方面创设一种切实可行的综合体和谐和体”^{⑥9}。现代法学理论是以契约论为基础来阐释正义的,目标取向是对物理时空中“基本品”(资源)的合理分配,它在一定意义上是人、物、事中的“物理逻辑”呈现。然而,当今数字逻辑则突破了物理时空的边界,形成了数字正义尺度。

其一,数据正义、算法正义和代码正义。数据处理、算法设计、代码编程,都不是一个纯粹的技术行为,而是吸收、反映了一定的社会观念和目标,或者说“法律和代码的相互作用塑造了这些价值观”^{⑦0}。因此,其正当性、合理性、合法性就是一个重大而关键的时代问题,大数据杀熟、数据垄断、数字鸿沟、算法黑箱、算法歧视等均来源于此,甚至还会形成某种“数据独裁”。

其二,自由、平等和权利的交换平衡。大多数理论“不是用平等就是用自由作为探讨正义问题的焦点的”^{⑦1},然而,数据/信息具有分享与控制以及不遵守能量守恒定律等独特属性,突破了自由、平等、权利和主权的传统逻辑、权益基准和规制边界。信息与控

^{⑥5} 前注^⑤,邓矜婷、张建悦文,第109页。

^{⑥6} See Simon Deakin & Christopher Markou ed. *supra* note 13, p.249.

^{⑥7} 杨学科:《数字时代的“新法学”建设研究》,载《法学教育研究》2021年第2期,第71页。

^{⑥8} [英]约翰·格雷:《自由主义的两张面孔》,顾爱彬、李瑞华译,江苏人民出版社2002年版,第7-8页。

^{⑥9} [美]E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第295页。

^{⑦0} [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2009年版,第8页。

^{⑦1} 前注^{⑥9},E·博登海默书,第242页。

制论可能会成为“通往人类被某些人、系统,甚至机器统治的危险道路”,也可能是一种授权和允许的控制形式,其等式为“更大的空间=更多的自由=更多的控制=更多的选择”^{⑦2};它包含的技术发展,“既可能带来巨大的善,也可能带来巨大的恶”^{⑦3}。其关键在于如何对数字时代中自由、平等和权利进行扩展与限缩的交换平衡,进而达致数字正义。

其三,可视生态中的数字公平。随着万物数字化和“一切皆可计算”的技术发展,人们逐渐摆脱对经验和理性的依赖,开始对计算抱有更多的信任,甚至包括道德和情感的计算,这就形成了可视化的社会生态。然而,这种可视往往是单向的、不对称的,导致了严重的数字不公平。这主要包括两方面:一是数据透视和“电子牢笼”。社会生活中的人变得“总是可见的和透明的,即全景开放的”^{⑦4},即在技术公司、网络平台、政府部门等信息处理者面前,每个人都是“透明的个体”,随时可被数据透视,继而建立起来的则是“一个人都生活在玻璃后面的地方,一个没人能够逃离的电子牢笼”^{⑦5}。其中一方是深藏不露的观察者和控制者,另一方则是浑然不觉的被观察、被控制的对象。观察者、控制者一方基于这种严重的不对称性,来操纵交易、控制行为、分配利益,进而获取商业利益、政治利益和秩序期待,这无疑会导致严重的数字不公平,亟待予以制度性解决。二是信息“投喂”与信息茧房。在数字时代,谁掌控数据信息、处理数据信息,谁就拥有了控制他人行为和思想的能力。其中,实现精准分析和个性化推荐的过滤泡技术就如同一个透镜,它“通过控制我们看到的和看不到的东西来无形地改变我们所经历的世界”^{⑦6}。这无疑形成了一个“投喂”算法下的“信息茧房”——你所看到的正是你喜欢看到的,或者是平台公司想让你看到的片段性世界,那是一个你以为是真实世界而不是本来的、客观的、完整的那个世界。资料显示,在英国脱欧和美国总统大选过程中,平台公司的数据画像和个性化推送并“不会触发用户的意识,而是一种潜意识,使它们成为你思想的一部分,还让你觉得这是自己的主见”^{⑦7}。于是,人们在潜移默化中被“洗脑”,从而形成了一场信息操纵下的“政治颠覆”和“新政治形态革命”。^{⑦8}这无疑会严重侵蚀现代性的民主价值和法治机制,亟需重塑数字时代的民主形态和制度正义。

由此可见,“在数字社会中,自由、平等、民主以及法律、秩序和正义都将被重新定义,数字正义将是最高的正义”^{⑦9}。它反映着数字社会的发展逻辑,因此,已经难以简单套用过去“物理逻辑”下的正义基准,亟需展现信息时代的数字正义观,探索新型的数字

⑦2 前注④8,卢西亚诺·弗洛里迪书,第45页。

⑦3 [美]诺伯特·维纳:《控制论》,王文浩译,商务印书馆2020年版,第51页。

⑦4 [英]卢恰诺·弗洛里迪:《在线生活宣言——超连接时代的人类》,成素梅等译,上海译文出版社2018年版,第307页。

⑦5 [美]安德鲁·基恩:《科技的狂欢》,赵旭译,中信出版集团2018年版,第177页。

⑦6 [美]伊莱·帕里泽:《过滤泡——互联网对我们的隐秘操纵》,方师师、杨媛译,中国人民大学出版社2020年版,第63页。

⑦7 《算法操控大选,数据左右美国》,载腾讯网, <https://new.qq.com/rain/a/20201015a025hs00>, 2021年9月28日访问。

⑦8 参见江平舟:《新型政治形态革命,用网络操控你有多简单?》,载搜狐网, https://www.sohu.com/a/297332306_425345, 2022年2月8日访问。

⑦9 周强:《深入学习贯彻党的十九届六中全会精神 不断推进审判体系和审判能力现代化》,载《人民司法》2020年第1期,第5页。

正义理论,这正是数字法学的重要任务和使命。

(2) 数字人权。随着数字时代的到来,传统人权开始遭遇严峻挑战,而数字人权保护则成为迫切的时代诉求。

其一,数字生存权。数字生存权是指数字社会中每个人应该获得保障的生存条件、生存空间、生存能力等基本权利。主要体现在以下三方面:

首先,数字分化。随着人工智能的大量应用,大量体力性、重复性的工作岗位将被取代,而新兴的工作岗位往往具有更高的脑力劳动要求。于是,只有一少部分人的工作足以创造巨大的价值,而大部分人将会失去工作机会和创造价值的能力,甚至有人预测未来 90% 的人将失去工作,99% 的人会变得毫无用处,^⑧ 出现所谓的“无用阶级”。这样,“现有的社会体系需要被升级,否则会带来人类内部的剧烈冲突”^⑨,从而产生严重的生存危机和秩序风险。可见,在加快数字经济发展的同时,也必须警惕数字分化,以确保普通民众的最低数字生存空间。

其次,数字鸿沟。数字化抹平了某些不平等,但同时又造就了一些新的不平等,出现了老年数字鸿沟、中西部数字鸿沟和城乡数字鸿沟,具体表现为接入鸿沟、使用鸿沟、知识鸿沟和能力鸿沟,直接涉及到人的生存发展状态和社会参与能力。这些问题的存在,使得社会自主性、人性尊严受到严重的数字化侵蚀,也会使相当一部分人群被排斥在数字社会外,沦落为“数字遗民”和“数字难民”,严重侵蚀弱势群体的生存权和发展权。

最后,沉浸/躺平。数字技术的飞速发展带给人们空前的沉浸式体验和无限性编码想象,参与者也获得了上帝般的“创世纪”能力。然而,戴上 VR 眼镜的那种超凡脱俗境界,与摘下 VR 眼镜的惨淡现实之间,会形成极大的心理落差。这很容易导致那些不能自控的人们花费大量的时间和金钱去戴上 VR 眼镜沉浸,借以逃避现实、实现梦想;而摘下 VR 眼镜面对现实时又会怨声载道、愤愤不平。这会形成一种恶性循环,导致巨额资本的隐形数字控制、沉浸诱惑、利润攫取与底层民众的单向度接受、盲目快乐、任性躺平之间的巨大断裂。其后果是不仅会出现严重的生存权危机,也会激发阶层仇恨和社会冲突。

总体来看,数字分化、数字鸿沟和沉浸/躺平都是数字化变革发展的副产品,防范和抑制它们所带来的生存发展问题,既是数字人权保护的重要任务,也是弘扬数字人权价值的必然要求,从而促进数字法治的良性发展。

其二,免受数字歧视权。基于数据和算法的自动定价、犯罪预测、数据画像、情感计算等领域的算法歧视问题日渐突出。而它一旦嵌入歧视因素,就会变成无形化、自动化、机制化的不公平对待,后果十分严重。因此,免受数字歧视权已成为数字时代的正义诉求。

其三,免受数字控制权。智能化的商业交易或者行政管理机制在带来高效率的同时,也会带来数字化的劳动控制。如,就外卖骑手而言,数字控制不仅削弱着他们的反抗

^⑧ 参见《人工智能时代的到来,90%的人将失业?教育将走向何方?》,载搜狐网,https://www.sohu.com/a/400727180_120449547,2022年2月8日访问。

^⑨ 李智勇:《终极复制——人工智能将如何推动社会巨变》,机械工业出版社2016年版,第118页。

意愿,蚕食着他们发挥自主性的空间,还使他们在不知不觉中参与到对自身的管理过程中,且“资本控制手段不仅正从专制转向霸权,而且正从实体转向虚拟”^{⑧2}。但外卖骑手并非个案,而是一种类现象,平等、自由、公正和民主原则都将遭遇重大挑战和贬损危险。^{⑧3}这是数字时代的新型人权威胁,对政治、经济和社会生活都会产生系统而深刻的影响。

这些数字人权问题,具有不同于传统人权的诸多属性和特点,可称之为数字时代的“第四代人权”,需要作出新型的命题提炼、理论建构、规范分析和价值厘定。这表明,数字人权是数字时代极为重要的法学命题,也是数字法学价值体系的重要组成部分。

(3) 数智人文。在人类历史上,科技进步带给人类的福祉始终是颇受称赞的,但技术理性与人性精神也难免会存在一定的张力。在现代法学的发展变革进程中,面临着从自由主义法治、福利国家法治再到程序主义法治的制度演进,并遭遇了后现代法学的理论挑战,导致“法律理论已经进入一种‘现代主义的困境’,旧有的形式不再令人信服,新的形式则更多的是批判而非积极的建树”^{⑧4}。随后而来的信息革命,超能增赋了技术理性的力量,带来了科学智慧的理想期待。然而,经过一段发展之后,人们才发现“数字精英所承诺的大多数东西并没有带来自由、平等和博爱”^{⑧5},而是出现了一系列社会问题。

一是算法锁定。数字化、自动化的智慧发展,是通过机器的数据处理和逻辑算法来支撑的。一方面,这意味着“制定标准、制造硬件、编写代码的人拥有相当程度的控制力量”^{⑧6};另一方面,自动化系统已经由最初的辅助工具变成了重要的“决策者”,并形成了“解决主义”的功利目标和机器逻辑,从而导致了一种“数字决策系统锁定”效果,^{⑧7}个人的生活与行动也极可能被日益强大和精准的算法所主导甚或“绑架”,这就很容易产生环境、生态、伦理等风险,以及个人精神迷失、信仰空缺和意义危机等问题,这些都亟待通过数字法学来实现价值重塑。^{⑧8}

二是道德量化。技术至上主义相信一切皆可计算,终极算法可以解决所有问题,包括情感计算和道德计算。然而,数据的意义在于价值而非数字,一旦那些曾经定义我们道德生活的无法量化的部分——人所有的行为、所有的感情、所有经历的事情、所有认识的人都可以量化为一组数据,那么,我们就会失去作为人类最为珍视的人性。^{⑧9}而且,当“人类只不过是一种计算的设施时,人类在此之前的几百年间所逐渐积累的政治和道德

⑧2 陈龙:《“数字控制”下的劳动秩序——外卖骑手的劳动控制研究》,载《社会学研究》2020年第6期,第113页。

⑧3 参见前注③2,克里斯多夫·库克里克书,“前言”第VII-VIII页。

⑧4 [美]戴维·鲁本:《法律现代主义》,苏亦工译,中国政法大学出版社2004年版,中文版序,第6页。

⑧5 [美]威廉·J.米切尔:《伊托邦——数字时代的城市生活》,吴启迪、乔非、俞晓译,上海世纪出版集团2005年版,第9页。

⑧6 前注⑧4,詹姆斯·柯兰等书,第122页。

⑧7 参见[美]弗吉尼亚·尤班克斯:《自动不平等——高科技如何锁定、管制和惩罚穷人》,李明倩译,商务印书馆2021年版,第5页。

⑧8 参见前注⑧4,徐飞文。

⑧9 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298-299页。

进步都将被推翻”^⑨。因此,如何在算法秩序中保持人的光辉,便成为数字法学的一个重大时代课题。

三是道德约束。数字社会形成了空前的结构变革和独特的运行机制,技术(网络)平台成为一种“公共基础设施”,而人工智能系统则成为一种“道德基础设施”。也即在自动化系统的工作场景下,人工智能体就从简单工具转变为“代理人”,代替人类来决策和工作,提供相应的产品和服务。于是,“既然认识到计算机已经取代了那些本该具有道德约束的人类服务人员,再去避免谈及对计算机系统类似的道德约束就显得不合适了”^⑩。因此,加强人工智能伦理建设,实施对智能体进行道德约束,构建友善的数字社会秩序,这正是数智人文的时代使命,也是数字法学价值体系的重要组成部分。

3. 学科体系

由于本文并非在交叉学科意义上,而是在转型升级意义上来讨论数字法学的,因此,这里就不会是现代法学下设的“二级学科”安排,而是数字法学包含现代法学的新型框架设计。数字法学仍包括理论法学、应用法学和交叉法学三大分支,下设各自的二级学科。具体如下表:

数字法学	理论法学	法理学、法史学、比较法学等	
	应用法学	国内法学	宪法与行政法学、民法学、刑法学、经济法学、诉讼法学、信息法学、互联网法学、人工智能法学、计算法学等
		国际法学	国际公法、国际私法、国际贸易法、国际数据法等
		立法学	
		司法学	
	交叉法学	认知法学、法律教育学、法医学、司法鉴定等	

这里有几点需要说明:首先,上述三类学科分支中,尽管很多二级学科的名称均与现代法学相同,但其内容上,除了“原版”迁移承继的之外,则通过新兴问题研究与新规则发现,或者概念、范畴、规则和原则方面的扩张重释,或者理论上的革新改造等,进行了“数字化”转型和重塑重建,可谓虽是“旧貌”,却已“换心”。如,法理学会注入数字法治理论、数字人权理论,民法学会注入数字人格理论、智能合约理论,宪法与行政法学会注入数字政府、数字公民理论,经济法学会注入数据竞争、算法合谋理论等等。这既保证了“直通车”式的平稳顺畅,实现了成本低、效果好的转型升级,也比较容易被接受。其次,信息法学、互联网法学、人工智能法学等新兴学科与传统学科并存存在,但这并不是简单的“色拉拼盘”,其实质乃是“数字化”后的现代法学与新兴数字法学的代际转型

⑨ 前注 ②⑥,安德鲁·芬伯格书,第 121 页。

⑩ [荷兰]尤瑞恩·范登·霍文、[澳]约翰·维克特:《信息技术与道德哲学》,赵迎欢、宋吉鑫、张勤译,科学出版社 2014 年版,第 223 页。

融合,是内容与方法的结构化、体系化,共同反映着虚实同构的数字生活逻辑,蕴含着数字法学的理论体系和价值体系。最后,交叉学科既包含了传统的文科交叉,也包含了文理交叉,从而体现了新文科的时代要求和数字法学的基本属性。

四、数字法学的建设策略

如前所述,数字法学是从工商社会迈进数字社会的一场理论革命,是一项迁移承继、更新改造和探索创新的重大时代工程,因此,它必然担负着复杂的、长期的、艰难的塑造和重建任务。

(一) 确立数字法学理念

早在20多年前,美国曾发生了一场影响深远的“马法之议”,后来演变成网络法的学科“独立地位”之争,而今天的网络法则如火如荼,数据法、计算法学等发展更为迅猛,这绝不是因为研究者的激情使然,而是数字社会发展变革的强力需求。然而,数字法学发展仍会面临很多问题,需要法学理念的更新。

1. 立足数字法学立场。很多学者认为,数字时代的法律并没有本质上的变化,变革带来的只是新兴问题,既有的法学理论和规则框架仍然有效,或者稍加调整就都可以解决。因此,数字法学无非是新的法学问题或者法学的数字化问题,它最多是现代法学项下的新兴二级学科或者交叉学科,而现代法学理论本身不会发生根本改变。但笔者认为,法学的变与不变并不在于它自身,而在于决定其存在和发展的社会条件。诚如马克思指出的,法律应该是社会共同的,由一定的物质生产方式所产生的利益需要的表现,它们“只是表明和记载经济关系的要求而已”^⑨。当商品(市场)经济转为数字经济、物理生态转为数字生态的时候,法律和法学必然会发生根本性转向。这犹如一个自然事例:在以往的生命认识中,在没有空气、没有阳光、热泉高温、水压极大的万米海沟中,不可能有生命的存在。但当人类有能力到达海底的时候,才发现这里不仅有生命,而且还异常丰富,那些虾蟹跟水面上的并没有太多差别。这说明我们以前的观念错了,需要重新定义生命和重建生命理论,以涵盖并呈现水上和水下“两个世界”共同的生命规律。其引申的意思是说,对于那些现有理论(包括尽力扩张重释)能够应答解决的,当然是优选的方案;但对那些不能应答解决的不宜强行套用。比如,人机协同并非是“人+机器”,而是逐渐形成了一体化行为,此时,完全基于自然人前提的法律行为理论和因果关系就需要重新审视。再如,信息不是物质、不是能量、还不遵守能量守恒定理,此时,完全基于物理时空中人、财、物为基础的权利理论就需要反思重建——不是从现有制度框架和理论逻辑出发来论证“数据/信息确权”的正当性、合法性,而应基于人的生物/数字双重属性、虚实同构的行为规律、算法决策的秩序机制等来重新界定权利形态、阐释权利理论,以涵盖并呈现工商社会和数字社会融合发展条件下的基本规律。可见,数字法学的发展需要

^⑨ 《马克思恩格斯全集》(第4卷),人民出版社2006年版,第121-122页。

从数字时代的理念和立场出发,才能实现真正的突破和建树。

2. 关注实践创新。实践为基础,理论为先导。然而,在当今数字时代,则出现了社会创新引领在先、国家跟进规制在后,实践开拓探索在先、理论研究回应在这后的局面。一方面,这是新兴科技发展迅猛、对社会影响重大、社会变革加速所导致的;另一方面,也与政府决策感知和学术回应理念相关。

目前,头部企业和政府部门处于数字变革转型第一线,法治新理念、新思维、新策略也主要从这里诞生并向社会传播。从国家“十四五”规划和2035年远景目标纲要、法治政府建设实施纲要的战略部署,到上海、浙江等地的“整体性转变、全方位赋能、革命性重塑”和“数治”新范式探索,都是一个质变而非量变的过程。^⑧同时,“数字公民”提案在几年前就已经出现在“两会”上,数字人权基本理论、数字法治政府建设、人工智能法学理论等也被列为近两年的国家社科基金招标选题。然而,面对“革命性重塑”“数治”新范式这样的高度战略认知和重大举措,法学研究者的理论敏感度偏低,对数字司法实践的理论回应比较滞后。这大大制约了对实践创新的学术研究和理论反映,长此以往,还可能会在我们身上形成法学观念和学科生存上的学术“数字鸿沟”,甚至数字时代还在何种程度上需要法学、需要什么样的法学也难免会成为一种社会拷问。因此,我们不可对如此深刻的法律变革淡然处之、熟视无睹,而应面向数字时代的法治实践创新,在数字法学的视野下开展更现实、更前瞻的研究。

3. 注重命题提炼。关于新兴的法学研究,一直在现代法学的框架中为争取“认同”、争取“独立”而努力。随后人们意识到,应超越“学科独立地位”之争,在保持足够的理论意识和理论自觉的前提下推进相关研究。^⑨时至今日,我们应再向前一步,从信息革命和法学转型的维度来予以审视和把握。其实,这也正是一个新兴理论发展变革的规律,即从运用既有理论解决新问题(遵循既有框架)——形成新的理论分析框架(要求独立地位)——进行新型理论命题提炼(继承创新转型)——系统性的理论创立(新型理论体系)。数字法学应走出“问题”化的现象性、破碎性研究方式,转向基于“问题”的命题性理论研究方式;也要走出“法学+X”这种加法式的交叉学科研究路径,转向基于数字知识体系的多学科融合式研究路径。只有这样,才能为数字法学提供一个体系化、基础性的系统理论支撑。当然,这是一个复杂的重大时代工程,它不是一个人、一群人、甚至不是一代人所能完成的,而是需要学术共同体的长期创新努力,一如当初现代法学的生成发展那样。

(二) 强化交叉融合研究

学科交叉研究并不算是新鲜事,但这种交叉研究是有限的,学科分界、特别是文理之间的知识体系、理论逻辑、研究方法、实践指向都有显著区别。然而,随着数字时代的到

^⑧ 参见《关于全面推进上海城市数字化转型的意见》,载国家网信办官网, http://www.cac.gov.cn/2021-01/08/c_1611676479346954.htm, 2022年1月19日访问;《浙江省数字化改革总体方案》,载澎湃网, https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_11835378, 2022年2月12日访问。

^⑨ 参见戴昕:《超越“马法”?——网络法研究的理论推进》,载《地方立法研究》2019年第4期,第16页。

来,新兴科技全面渗入社会生活,它已不再是工具意义的技术应用,而是生活逻辑上的改写。因为各类智能体越来越多地成为日常生活的伙伴,手机甚至成为了人们的一个“器官”和打开世界的方式,“人类已经被深深地嵌入到具有非人类认识主体的网络中,这种网络的基本节点是仪器、计算设备和实验装置”⁹⁵。在这种情况下出现的新文科和数字法学,必然要求具有深度交叉的研究基础。

首先,基于法学维度的知识融合。在面对网络空间治理、数据治理、平台治理、算法治理、区块链治理等数字法学问题时,遇到的一个重大挑战是:懂技术的不懂法律,懂法律的不懂技术,而很多任务目标(如数字行政、智能裁判)恰恰是需要要在技术和法律之间、知识系统和数字系统之间实现可靠的有效转换。于是,就形成了全能型、通才式研究的主张,认为法律人应该深入研习、掌握计算机理论与数字技术,甚至可以设计算法和编程来推进相关领域的研究,但实际上这是很难做到的。因为无论有多么聪明的天才,都很难同时研习、跟进多个跨度巨大、体系庞杂的文理学科,更何况这些学科本身的发展又日新月异。事实上,对于数字法学而言,并不一定要求研究者具有亲自操刀、设计算法之类的能力才可投身其中,数字法学也并不是智能法律系统的代名词。然而,致力于研究数字法学,无疑应该掌握和理解跨学科的基本知识与理论,更主要的是能够深刻理解信息技术所产生的法律关系及其社会后果,这是数字法学研究的基本条件和重要基础。换句话说,只有从法学维度出发来融合计算机、数据信息、人工智能、区块链等领域的跨专业知识和理论,才能更好地推进数字法学的研究。

其次,基于AI系统的专业合作。随着数字技术的广泛深度应用,法律AI系统将越来越丰富、也越来越发达,从而推进执法司法的自动化、智能化。这些技术应用,无疑需要法律与技术上的专业合作、沟通理解和知识转化,进而实现法律数据结构化、法律知识图谱构建和自动化算法决策。这在各类智能系统的数据归集、要素抽取、算法设计、应用示范等各环节中表现得十分清楚。这些数字实践反映着法律与技术的深度融合和理论共建,成为数字法学的社会动力和理论源泉。

最后,基于制度创新的跨界互动。数字化变革转型的进程,无疑是一个制度更替的创新过程,其中必然会发生新型的社会分化、利益解组和秩序重建。在《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》以及《区块链信息服务管理规定》《互联网信息服务算法推荐管理规定》《平台经济领域的反垄断指南》等各类行政法规、规章和行业规范的制定过程中,反映着头部企业、技术公司、政府部门、行业组织、消费者等各方利益的诉求平衡。数字法学研究应立足这一生活现实,增进与各方的跨界互动和创新交流,不仅为立法在多元平衡中进行制度创新奠定坚实基础,也为数字法学的命题提炼和理论重塑提供时代动力。

(三) 创新法学教育方式

数字法学是一个革故图新的理论重建进程,有太多的问题、太多的命题、太多的理论

⁹⁵ 前注⑧,董春雨、薛永红书,第183页。

需要研究、提炼和重塑,因此,需要大胆创新教育模式、大量培养创新型人才,从而为数字法学的后续发展提供智力支持。从新文科的建设导向来看,国家对此也十分重视,在13个学科门类外又设置“交叉学科”门类,实施“六卓越一拔尖”计划2.0,以实现一场“质量革命”。对于数字法学而言,则会有更高的要求。

一是在生源上,增大本科、硕士、博士招生中的复合专业背景和跨学科教育比例,特别是注重招收有计算机科学与技术、信息科学、人工智能、数据科学与大数据技术、大数据管理与应用、数据计算及应用等专业背景的生源。

二是在学位上,除了双学位、主辅修、微专业以及跨院校、跨专业、跨行业、跨国界的协同育人之外,^{⑨6}应大幅增设人工智能法学、数据法学、网络法学、数字法治等目录外二级学科的硕士、博士学位点。但更长远的,则是根据数字时代的发展要求,积极推进学科目录设置改革,将数字法学的各个新兴学科增补进学科目录中,实现学科身份“转正”。

三是在课程上,加强学科交叉和知识融合,但“法学+X”的课程平行相加并不是最好的办法。因为这种课程的平行相加,其实就等于不同专业知识的平行传授,然后交由学生在头脑里交叉融合,这种效果很不理想。而比较好的方案则是,由授课老师在法律专业主线上进行交叉研究,如网络空间治理、平台治理、数据治理、算法治理、区块链治理等等,然后再把其中已经融合好的跨专业知识和理论传授给学生去消化吸收,从而实现从课程交叉到知识融合的教育升级。

四是在实践上,应积极推进高校与头部企业、政府部门、司法机关、律师事务所等机构的合作。一方面邀请这些领域的实务专家进校授课、强化理论和实践的互动交流;另一方面,也要为学生提供机会和条件,支持学生广泛参与社会实践,在实践中学习知识、发现问题和探索创新。只有如此,才能营造开放互动的学习氛围和教育环境,培养出适应数字社会需要的新型优秀人才,进而推进数字法学的发展成熟。

(四) 深化国际交流合作

众所周知,现代法学发源于西方,然后以进步的号角和理性的能量传播到了世界,进而成为法学理论的主导。如今的数字法学则不同,它不再是一个从点到面、从局部到整体的发展路径,而是一个多点并发、多元共进的局面。

首先,信息革命带给人类的必然是一种总体性的共同转型。只是由于美国、欧盟、中国的数字经济发展较快、基础较好,因此,它们成为探索数字法律体系的三个典型,也是数字法学变革发展的重要前沿阵地,但这无疑需要在共同转型中进行多方的深度合作。

其次,数字社会与传统工商社会的一个重大不同,是它突破了过去物理时空边界,于是,面对数据跨境等的“长臂管辖”就成为一个涉及各方关切的重大难题,如何在无中寻有、在有中存无,既能维护国家主权和自身利益,又能实现数据流动使用,无疑这不是任何一方能够断定和解决的,需要利益相关方以集体智慧来加以解决。事实上,数字法学中这样的问题很多,都需要通过国际合作来对话研究和共同应对。

^{⑨6} 参见前注④,徐飞文。

最后,让数字文明造福各国人民是数字时代的主旋律,这也构成了人类命运共同体的重要支撑。与此相应的数字法学,也必然是人类共同发展的最新成果,尤其是在数智人文领域。这也正是联合国教科文组织发布《人工智能伦理问题建议书》的根本动因所在。因此,数字法学的很多问题、挑战和愿景都需要各国法学研究者来加强对话、共克时艰、携手向前。

五、结 语

本文积极倡导数字法学,但为避免理解偏差,需要再次重申:第一,现代法学理论依然十分重要、不可或缺,因此,这里绝不是置现代法学于不顾,主张都去搞新兴数字法学、数字法治,而是意在表明包括现代法学在内的数字法学,是一场时代性、系统化的转型升级。第二,面对数字法学,我们确实需要克服跨学科、跨领域研究的巨大难题,但这是时代要求,只能迎难而上。否则,就难以回应数字时代的法学需求,更难以担负相应的法学使命。第三,本文主旨在于展示数字时代的法学变革趋势,勾勒数字法学的理论框架,因此,尚难以提出详尽完整的、体系化的数字法学范畴、概念、原则或原理。事实上,这些重大任务也并不是某篇论文、某个学者的力量所能企及的,恰恰相反,它应该在制度变革和司法实践的基础上,经由法学学者、司法者和实务专家等法律共同体的长期探索才能完成。但无论如何,毕竟未来已来、大势所趋,其根本在于,并不是法学如何看待数字时代,而是数字时代如何重塑法学。

Abstract: Digital jurisprudence, which has emerged in recent years, is undoubtedly a theoretical reflection of the major changes of the times as industrial and commercial society moves towards a digital society. Digital jurisprudence is not a theoretical addition to modern jurisprudence, let alone an emerging branch of modern jurisprudence, but the transformation and upgradation of modern jurisprudence to adapt to the development of changes in the digital era. It realizes the theoretical reconstruction of modern jurisprudence through migration, transformation, renewal and creation on the basis of modern jurisprudence, showing the logic of digital life such as information pivot, digital behavior, algorithmic order and nodal governance, and possessing the digital knowledge framework with theoretical system, value system and discipline system, thus providing theoretical explanation and normative guidance for the legal development and order construction in the digital era.

(责任编辑:强梅梅)