

论网络法权构建中的主体性原则

陈 璞^{*}

内容提要 大数据和人工智能技术凸显了法律人格边界模糊和结构性不平等加大等问题,须在主体性原则的理论层次上才能有效处理。主体性原则是现代法权体系构建的根本原则,具体体现为“自由原则”的核心原则,以及“理性原则”和“人文原则”两个基础原则。网络空间的发展,开显了更高层次的人类自由——“积极自由”的可能性路径,同时也面临“消极自由”受到侵害的现实威胁,二者构成自由理论的内在矛盾。网络空间的层次性,错开了“积极自由”和“消极自由”的直接对立;网络空间的开放性,要求确立网络隐私权在落实主体性原则方面的基础性地位;网络空间的系统性,要求强化对算法的审查和监管。

关键词 网络法权 主体性原则 网络隐私权 大数据 人工智能

引 言

2012年以来,大数据和人工智能技术的突破性发展,进一步增强了网络空间法律规制问题的复杂度。对此,法学研究者从数据权、网络隐私权、个人信息权、数据财产权、基本人权等不同侧面,在宪法、刑法、行政法、民商法、金融法等各个部门法中展开深入研究,取得了积极的研究成果。但是,就问题的现实意义和深远的未来性来说,当前的研究,还仅仅处在起步阶段。对于在大数据和人工智能技术支撑下快速崛起的网络空间,必须从法哲学层面进行根本性考察,才能有望建立与问题相适的、效度更高的分析框架。从网络空间本质上的新颖性来看,当下网络空间法律规制遇到的各种理论困惑,其真正困难的地方,既不在法律关系上,也不在法律客体上。前所未有的问题在于:人类法权体系的主体性条件正在通过网络空间发生改变。以历史性视角来看,这个变化背后的理论原点,就是文艺复兴和启蒙运动以来,人类赖以进入现代性的主体性哲学。主体性哲学作为现代法权意识形态和制度体系观念基础,历史性地推动了人类生存状态的现代性转型,最终落实为普遍的法权关系结构。随着世界历史大踏步地法

^{*} 中国人民大学金融科技与互联网安全研究中心副研究员。

治化迈进,法学话语中的主体性逐步退居为一个常识性的理论预设而失去论域。现代法学问题研究,多将其作为自明性的前提隐没不谈。而今天,网络法权问题的深刻性,需要重新回到这个久已淡出理论视野的根本点上面进行讨论。笔者相信,从这个点上深挖,有望开凿出一个能够覆盖全部问题的理论视角。

一、作为法权概念性前提预设的主体性原则

主体性哲学是世界进入现代性的思想先导,是人类生活从宗教统治过渡到科学主导的精神转向,是现代国家制度合法性最广泛意义上的理论基石。正如哈贝马斯所说,在“现代、中世纪和古代”这个历史划分框架内,“新大陆的发现”“文艺复兴”和“宗教改革”三个重大事件,历史性地抬升了人的主体地位,“构成了现代与中世纪之间的时代分水岭”^①。

主体性思想最早曾在古希腊的普罗泰戈拉那里闪现。他的名言“人是万物的尺度”^②,最早表达了人作为宇宙万物的价值尺度的思想。然而,在中世纪的西方世界,人的主体性力量通过宗教意识形态外化到神的身上。只有上帝才是万物的主人和尺度。人只是作为上帝的函数而存在的因变量,是上帝完成其旨意的肉体中介,是反映上帝价值、凸显上帝崇高的尘世工具。路德领导的宗教改革,提出“因信称义”的教义,将人的信仰需求导向内在良知的自我肯认。这种自我内部证信的新型信仰路径,从制度上切断了教会对于现实世界的精神支配力,结束了罗马天主教对西欧国家的神权统治。现代世界的精神转向之路,由此开启。人类对于科学的坚定信念和不懈追求,由此萌发并发展壮大起来。对于世界历史的这个思想转折,黑格尔论述道:“这样一来,教会就失去了支配精神的权力,因为精神本身已经包含着教会的原则,不再有所欠缺了。有限的、现实的东西得到了精神的尊重;这是自我意识与现实的真正的和解。从这种尊重中,就产生出各种科学的努力”^③。

笛卡尔首次以“我思故我在”的怀疑精神,刺破中世纪蒙昧的宗教意识形态。他怀疑一切事物的真实存在性,想通过追根溯源的办法确立世界存在性的理论原点。笛卡尔最后找到的那件“确切无疑的事”,那件从逻辑上否定不了的事,就是“我正在思维”这个事件本身。思维活动固有的二元结构,必然要求区分主体和客体。人的主体地位,就不可避免地在这种思维结构中浮现出来。

康德提出“人是目的”的“绝对命令”,在认知主体的基础上,赋予人自给自足的道德性,一举奠定了人在世界上的终极价值地位。一方面,在认识论中,康德的哥白尼式革命翻转了主客体关系,在哲学上首次提出,外部世界的客观性,统一于人的先天直观

① [德]尤尔根·哈贝马斯:《现代性的哲学话语》,曹卫东译,译林出版社2004年版,第6页。

② 汪子嵩、范明生、陈村富、姚介厚:《希腊哲学史》(修订本)(第2卷),人民出版社2014年版,第206页。

③ [德]黑格尔:《哲学史讲演录》(第4卷),贺麟、王太庆等译,商务印书馆1978年版,第5页。

形式和先验范畴之中。从这个意义上说,人是世界的客观性和统一性的依据。另外一方面,康德以精湛的理论逻辑,论证了实践理性在道德上的自足性。康德说:“你要如此行动,即无论是你的人格中的人性,还是其他任何一个人的人格中的人性,你在任何时候都同时当做目的,绝不是仅仅当做手段来使用。”^④在这里,单凭实践理性而不假他物,人就可以得出自己道德行动的一般性原则,也就是为自己的意志行为立法。人作为宇宙中的一类物种,既是外部世界统一性的依据,又能为自由意志立法,那么他就是存在论意义上的主体,是当之无愧的世界的主人。从人的主体性出发,康德揭示了自由概念在法权上的深刻含义:“如此外在地行动,使你的任性的自由应用能够与任何人根据一个普遍法则的自由共存。”^⑤

黑格尔以“绝对精神”实现主客观统一,在主体的实体化方面做出了重要的理论推进。黑格尔认为,主体和客体的区分是相对的,世界的根本存在只有一个,那就是“绝对精神”。人作为一种精神存在,只是“绝对精神”的历史低阶段显现。人的自我意识的本质,体现为理性的无限性。在理性认识对象的过程中,自我意识将外部自在的概念,内化到自为的自我意识之中,并且通过概念的辩证运动,将精神升华为活的个体生命。“绝对精神”在时间线上的展开,就是世界历史进步的过程。黑格尔这套哲学,不仅为作为理性存在的人的实体化提供了解释,而且运用辩证法解决了个体性与社会性的矛盾对立,提出了“绝对精神”这样一个历史主体。正是这种历史哲学,为马克思创建历史唯物主义提供了直接的思想资源。在黑格尔看来,人之作为主体的原因就在于,自我意识从“绝对精神”这个世界本体中获得自在自为性。这种主体性体现为“绝对精神”在主客体的对立统一中辩证运动的复杂结构。“这种知识的本性、各个环节和运动已经表明它就是自我意识的纯粹的自为存在;这种知识就是我,就是这个我,而不是别的我,但它同时直接地是中介了的或被扬弃了的普遍的我。”^⑥

说到底,黑格尔的主体论,最鲜明的理论贡献在于其实体性。黑格尔提出的主体,是一种作为运动着的精神的、主体与客体合二为一的实体——人。

克尔恺郭尔从整体论的立论基础上反对黑格尔。他提出了一种非理性主义的个体绝对化主体论思想。他认为黑格尔把个人统一到一个合目的性的历史主体中去,无异于在压制,甚至是在根本上取消了作为个体的人的自由存在。与黑格尔的整体论思维相对,克尔恺郭尔把个体选择上的自由,推到一种无条件性和无限制性。他否认个人行为的规律性,从而进入一种虚无主义的、极端和绝对的主体论。这种主体论否认人作为类存在的主体间性,而把人看作绝对的、孤立的主体。在克尔恺郭尔眼中,每个人都是一座绝望的孤岛。个体人格“最坚固地紧守着他们自己,他们尽管有他们的全部苦难,但却不惜全世界的代价也不愿去成为另一个人”。^⑦ 克尔恺郭尔认为,个人可以选择他

④ [德]康德:《康德著作全集》(第4卷),李秋零主编,中国人民大学出版社2007年版,第437页。

⑤ [德]康德:《康德著作全集》(第6卷),李秋零主编,中国人民大学出版社2007年版,第239页。

⑥ [德]黑格尔:《精神现象学》(下卷),贺麟、王玖兴译,商务印书馆1979年版,第301页。

⑦ [丹麦]克尔恺郭尔:《非此即彼》(下卷),京不特译,中国社会科学出版社2009年版,第266页。

能做的任何事情,只有将这种选择权推向无限,才能说明人的自由。对此,克尔恺郭尔强调:“只有在我绝对地选择我自己的时候,我才是绝对地无限化我自己……并且,这一‘对我自己的绝对选择’是我的自由”。^⑧

如果说,克尔恺郭尔和黑格尔分别代表了个人意志自由与自然规律关系框架内,从两头端点上对立着的不同主体论思想。那么,马克思的历史高度就在于,他运用辩证法的高级思维方法,有效解决了对立二者在原则上构成的矛盾,进而提出一种通过个人自由实现规律性的历史唯物主义主体学说。

首先,马克思反对黑格尔把人看作自我意识那种纯主观的精神存在。相反,马克思从唯物主义基本立场出发,把感性的、物质性存在视为人的第一属性,同时,认为人的本质在于他的自由自觉的现实活动,也就是人活生生的、既有目的性也有物质性的实践活动。从精神和物质相区分的角度来看,人的实践活动既不是单纯的精神,也不是单纯的物质。马克思主义实践概念的关键点和特殊性就在于,提出了一种在主客观相互对立中辩证统一起来的、专属于人的“第三种”存在形态。对此,马克思深刻地论述道:“动物和自己的生命活动是直接同一的。动物不把自己同自己的生命活动区别开来。它就是自己的生命活动。人则使自己的生命活动本身变成自己意志的和自己意识的对象”。^⑨这样,实践概念的主客观一体性,就在逻辑上关联了实践活动赖以展开的客观物质条件,进而将物质领域内的客观规律性,嵌入到人的自由中来。在此,个体活动的自由和历史进步的客观规律,这看似矛盾对立的两个方面,辩证地融合在一起,成为马克思主义主体论的一体两面。

其次,马克思否认克尔恺郭尔原子式的单个人概念。他认为,“人是类存在物,不仅因为人在实践上和理论上都把类——他自身的类以及其他物的类——当作自己的对象;而且因为——这只是同一种事物的另一种说法——人把自身当作现有的、有生命的类来对待,因为人把自身当作普遍的因而也是自由的存在物来对待。”^⑩对于人的社会性,马克思强调说,“人的本质不是单个人所固有的抽象物,在其现实性上,它是一切社会关系的总和”。^⑪

以马克思主义来把握主体性思想,特别强调从实践到人、从人到主体的认知路线。这要求我们在认识和改造世界的过程中,应当从实践的角度看待事物,从人的角度看待实践,从主体的角度看待人。^⑫从主体的角度看待人,对于法哲理论的重大意义就在于:从人类独有的理性出发,推导出人在与外部世界的对立统一关系中作为主体的自由属性,并将其设定为法权体系展开的初始逻辑条件和终极目标。按照这个要求,法权理论就是一套在理性的基础上,依据逻辑法则,落实人的现实自由的制度演进体系。正如费

⑧ 前引⑧,克尔凯郭尔书,第276页。

⑨ 马克思:《1844年经济学哲学手稿》,人民出版社2000年版,第57页。

⑩ 前引⑨,马克思书,第56页。

⑪ 《马克思恩格斯选集》(第1卷),人民出版社1995年版,第60页。

⑫ 参见袁贵仁:《主体性原则与马克思主义哲学》,载《人文杂志》1993年第1期。

希特所说,“每个理性存在者都必须在自己用另一理性存在者的自由限制自己的自由的条件下,用那个关于另一理性存在者的自由的可能性的概念,来限制自己的自由;这种关系叫作法权关系,这里提出的公式是法权定理。”^⑬

总结来看,主体性哲学为法权概念的生成,预设了“理性”“人文”和“自由”两个层次的构成性原则。主体性原则作为从主体性哲学中提炼出的根本原则,具体体现为“自由原则”的核心原则,以及“人文原则”和“理性原则”两个基础原则。“自由原则”是指,法权体系须以自由概念为条件和旨归。在概念分析上,法权来自自由观念的逻辑必然,法权关系的发展,就是将一般性的个体自由形式化、普遍化和实体化的过程。因此,法权的制度构建,时刻不能偏离自由的轨道。背离自由,法将不法。“人文原则”是指,法权概念须以维护人作为主体的地位和尊严为价值依托。“人文原则”从认识论、存在论和本体论的哲学层面,确认人作为宇宙终极存在而具有的主体身份。人不是自然规律链条上处于被决定地位的一个环节,而是一种自在自为的存在,这是人区别于世间万物的终极价值所在。因此,法权的网络化进程不仅要照顾信息技术发展的客观规律性,更要坚持把人的价值属性摆在首要位置。“理性原则”是指,法权概念须以对人类理性的信赖和运用为前提。“理性原则”坚持对人类理性的肯定性立场和态度。历史地看,正是这样的哲学立场和政治实践,打破了中世纪的神权统治,迎来了理性基础上的现代法治社会形态。从网络空间的具体问题看,“理性原则”反对网络发展中贬抑乃至取代人类理性的倾向。

二、大数据和人工智能发展凸显网络空间的主体性问题

从概念上分析,大数据指的是一种更高级的数据处理技术,以及由此导致的海量数据环境;而人工智能则是大数据技术的一个典型应用方向,通过海量数据处理技术能力的提升,而将机器的自动化推进到等于、甚至高于人类智能的水平。二者原本不在相同层次。这里将其并列讨论,是从网络法权的主体性问题出发,将大数据和人工智能对应于网络空间主体异化的两种态势,以便更为本质地讨论问题。从大数据技术的一般性应用来看,导致的问题是网络空间主体的结合更加紧密,乃至消融主体边界的趋势;而从人工智能方向来说,对应的突出问题在于导致网络主体能力和关系结构的重大变化。

一般认为,起源于20世纪70年代的网络空间,迄今为止经历了三个历史阶段。21世纪以前的网络空间,主要以技术为主导,以网站的雇员为核心,这是网络发展的Web1.0阶段。21世纪初期,网络发展逐步转向以内容为主导,以用户为核心的Web2.0模式。而今天,随着物联网、云计算、大数据和人工智能的技术突破,以信息向实物全面渗透为特征的Web3.0模式正在日益成熟。这种正在到来的新型网络空间,赋予大数据和人工智能极端重要的网络属性。首先,大数据和人工智能本身必然是一种网络化存

^⑬ [德]费希特:《自然法权基础》,谢地坤、程志民译,商务印书馆2004年版,第54页。

在,大数据预测功能赖以实现的海量数据抓取,一般要通过网络实现;人工智能的本质属性不在于人的形状,而是高度的智能化(实际上也就是大数据技术的一种典型应用),这也要以接入网络空间、获取海量数据为前提,比如智能导航、智慧家居、写作机器人、无人驾驶汽车等等,莫不如此。其次,基于大数据和人工智能技术的物联网,革命性地扩展了传统的网络空间,生物数据、机器数据、地理信息数据等新型数据网络与传统互联网相连,将网络空间的影响和控制力量,全面扩展到实体空间之中,最终形成一个万物互联互通的泛在网络。再次,大数据应用和人工智能作为网络空间的重要数据源,必然将网络空间的数据规模提升到一个新的量级,极大地丰富网络空间的内容。最后,也是最具法学意义的方面,即大数据技术和人工智能的发展,革命性地改变了网络空间内主体的能力差异和关系结构。随着虚拟空间向现实空间的全面延伸,法权主体因网络空间而产生的异变,成为问题的关键所在。

主体概念包含三个理论质点。第一,主体之于客体的认知性。就是说,主体首先体现为一种认知结构和感应功能。第二,主体的行动自主性。这是主体的认知性发展到更高层次的表现。行动自主性主要是指,主体内部具有自动的意向形成和行为发动机制。第三,主体在本体论意义上的存在性。这是主体性最高层次的表现。就是说,在与外部世界的对立统一关系中,主体的存在,体现出作为本源的自在自为性。大数据和人工智能的发展态势,恰恰是从这三个方面,日益显示出鲜明的主体性特征。

首先,看主体对客体的认知性。“图灵测试”认为,在计算机冒充人答题的情况下,如果能够正确识破的人不足70%,也就是说,如果被骗上当的人超过30%,则可以认为这台机器具备了人类的智能。^⑭2014年6月,在英国雷丁大学组织的“图灵测试2014”计算机比赛中,一款名叫尤金·古斯特曼的电脑程序,假扮成一个13岁的乌克兰男孩,在物理隔离的条件下,通过电脑传输回答问题的方式,成功的骗过了33%的人类测试者,成为历史上首个拥有人工智能的计算机程序。^⑮按照“图灵测试”的标准,通过测试的计算机,就可以被当作和人一样的思维主体。而且,在很多专门领域内,人工智能拥有远远优于人类的认知能力。比如说人脸识别和声纹识别,无论是在速度和精度方面,计算机都体现出远远优于人类的认知能力。

除此之外,大数据在认知方面的独特优势,更在于发展出了高于之前人类历史水平的思维品质和认知层次。先来看思维品质方面。AlphaGo战胜世界围棋冠军柯洁,其实体现的是一种必然性。柏克在反对建构理性时,提出一个重要思想。他认为,传统和习惯,因为经历了漫长的历史演化,而能吸收更多的人类经验和智慧,因而要比人凭空抽象思考出来的制度更加优越可靠。而AlphaGo通过深度学习,能在极短的时间吸收掌握人类历史上所有棋谱中包含的“定式”经验,并将其转化为自己的判断决策机制。从

^⑭ See A. M. Turing, *Computing Machinery and Intelligence*, 59(236) MIND. 433, (1950).

^⑮ 参见《超级计算机首次通过图灵测试:被当作13岁男孩》,载新浪网 <http://tech.sina.com.cn/i/2014-06-09/10469425618.shtml>,最后访问时间:2017年12月19日。

这一点来说,它突破了自然给人类思维机制所设定的终极约束条件——时间。培根说:“历史使人明智”。人类智慧需要消耗的关键性资源是时间。这个条件构成了人类在经验事务方面思维品质的边界。AlphaGo 依靠深度学习突破时间的根本约束,必然能比人类掌握更多的棋局经验,生成更优异的围棋思维能力,因而体现出更高的棋力。AlphaZero 压倒性战胜 AlphaGo 的机理,更直接地证明了这一点。再来看认知层次方面。正如哥德尔证明所揭示的现象:“一个系统的高层观点可能会包含某种在低层上完全不具有的解释能力”。^⑩ 处在骰子的层次上,它永远会认为自己是绝对自由的——想出几,就出几。而站在人的高度,在足够多的数据支撑下的新视角、新的认知结构之中,骰子所遵循的概率规律,就会慢慢清晰起来。根据巴拉巴西的研究,大数据能力的发展,正在揭开人类行为遵循的深层次规律。人的行为在宏观层面,体现出一种间歇性的爆发模式,这种爆发遵循幂律分布规律,大数据一旦掌握具体的幂律分布模型,93% 的人类行为就都是可以预测的。巴拉巴西据此提出一个现实而严峻的问题:“如果我们不能发现人类预知能力上存在的严格限制,是不是就意味着人类行为实际上是可以预测的,而且还存在着揭开人类未来行为秘密的概率构架?”^⑪ 不难看出,沿着巴拉巴西的思路,大数据不仅具有人的认知性,而且将发展成为一个超级认知主体,最终会站到人类这个“骰子”之上,揭示人类行为的概率结构。大数据和人工智能作为一种认知主体,既能从人类身体内部分子层次的布朗运动规律上进行测算,也能从全球人类活动总体的幂律分布上进行分析。对于人来说,这样一种认知主体,不仅远远超出人的能力,简直堪称一个现实版的“拉普拉斯妖”。

其次,来看自主性问题。在 AlphaGo 横扫世界围棋界的系列赛事中,除了它与柯洁等世界冠军的交手引得举世瞩目之外,另外一个有意思的情节值得深思。在 2017 年 5 月的人机配对大赛中,连笑八段与 AlphaGo1 组成白方,迎战古力九段与 AlphaGo2 组成的黑方。双方以人机轮流出招的方式,进行混合 PK。在比赛进入到最后十分钟的时候,古力方的 AlphaGo2 对局面做出综合判断之后,做出了输棋的判断。但是,因为队友古力不肯认输。AlphaGo2 只能继续配合走棋。而在这种情况下,AlphaGo2 的行为,突然变得非常耐人寻味。它不再像先前那样斗争昂扬,绝招迭出了,而是进入一种明显的消极应战状态。甚至到后来,AlphaGo2 走出的棋,竟像是在故意降低己方的赢率。最终,古力和 AlphaGo2 方输掉了比赛。虽然有人说,这不过是 AlphaGo2 算出结局之后,一种符合逻辑的机器行为。但是,从行为特征上看,这和一个血肉之躯的自主意志反应,又有什么区别呢?就此来说,AlphaGo2 的不抵抗,似乎已经展现了机器意志的雏形。^⑫

⑩ [美]侯世达:《哥德尔、艾舍尔、巴赫:集异璧之大成》,《哥德尔、艾舍尔、巴赫:集异璧之大成》翻译组译,商务印书馆 1996 年版,第 936 页。

⑪ [美]艾伯特·拉斯洛·巴拉巴西:《爆发——大数据时代预见未来的新思维》,马慧译,中国人民大学出版社 2012 年版,第 77 页。

⑫ 参见《连笑队赢人机配对赛 AlphaGo 欲认输遭古力拒绝》,载腾讯网,http://sports.qq.com/a/20170526/022470.htm,最后访问时间:2017 年 12 月 19 日。

普遍的观点认为,机器会在计算、逻辑、推理等理性方面模拟人,但却永远无法突破情感这条人类的终极防线。然而,人工智能的基础理论却指出:“‘非理性与计算机不相容’这个观念,是由严重的层次混淆引起的”。^①“大脑中感受美的经验的高层符号过程,其底层是完全理性的,那里发生着完美无缺的行动。任何非理性的东西,如果存在,就是在较高的层次上,而且是低层次事件的旁效现象——一个后果而已。”^②在数据主义看来,贝多芬的命运交响曲、股市的经济震荡和流感病毒看似有天壤之别,实则是一回事,背后都是数据流的不同变化,都可以用同一个算法工具进行统一处理。事实上,激进的数据主义正在尝试重新定义“情感”。在他们眼中,DNA是一个典型的生命信息数据库,而千差万别的人类情感体验,不过是通过一代又一代自家祖先的血肉之躯,跨越个体生命连续优化而得到的一条条生化算法。^③从担心计算机发展出人的情感,到害怕人类情感的真相竟然就是计算。机器自主性已将人的忧惧推到新的深度。

最后,来看数据的本体论意义。形而上学意义上的存在,就是世界的可知性。存在性必然和认识的主体结构功能相互依存。蝙蝠能够听见超声波,而人听不见。对于没有检测仪器的古代人来说,超声波就是不存在的。同样一个物体,在不同认知结构之中显现的性状,也是不同的。比如说,色盲者和一般人比,他们看到的颜色是不一样的。而问题在于,我们不能简单地就说,色盲者看到的是虚假的颜色。因为在他唯一的、无法改换的世界里,别人描述的颜色,才是错误的。从这个角度来说,一条大数据算法,作为一个独特的认知结构,必然对应着以海量数据为认知基础的某种存在。这种存在一般体现为,作为认知结果的某种现象、关系或者模式。而这个结果,在算法发动之前,是安静地隐没在茫茫“数”海之中的。没有这条算法,它们就等同于不存在。正是算法作为一种认知结构,把它们从海量数据之中,凭空拖拽出来。这里的问题关键在于要从理论上认识到,如果没有具体的算法,海量数据本身是无法显现为特定意义的存在的。这和“众里寻他千百度”的目标搜索过程,在现象上相似,本质上却是两回事。因为它的认知基础是海量的大数据,这在理论上意味着数据量无限大,大到极致,就变成了一道无知之幕。就像我们说,在纯粹的光明中就是纯粹的黑暗那样,海量的大数据本身代表的是理论上的无限性,如同康德的“物自体”那样,可以在理论上视为隐藏在现象背后的“无”。从这个意义上说,正是算法自己,创造了自己的认知结果,创造了一个新的存在。

总结来看,网络空间问题的特殊性在于,在过往历史中,人类所有的发明创造,从未超出过自身理性的控制范围。即使是飞向外太空的宇宙飞船,深入马里亚纳海沟的潜水艇,从哲学本质上说,它们都属于客体,都是围绕着人的目的而存在的外部对象和环境。从法律本质上说,它们都是“物”,是毫无疑问地供人类支配的对象。而这次情况的本质区别在于,人类法权体系的主体性条件发生了变化。大数据和人工智能驱动的网络

^① 前引⑩,侯世达书,第756页。

^② 前引⑩,侯世达书,第758页。

^③ 参见[以色列]尤瓦尔·赫拉利:《未来简史》,林俊宏译,中信出版集团2017年版。

络空间广泛渗入人类生活的过程,必然是一个触碰到主体性原则的重大理论和现实问题。换言之,网络法权构建所要处理的问题,并非与现实世界的法权结构平行存在的共时性问题,而是要突破系统边界,从根本上重新考量一切的历时性问题。

三、网络法权的主体性分析

网络空间的兴起,是一种典型的熊彼特所谓“破坏式创新”^②。因为国家鼓励创新,因而在法律约束上多有避让和容忍。“互联网反对一切阻碍从比特到原子自由流动的法律和制度(包括国界)”,^③在早期发展之中,网络空间就已从主观上认识到自己“非法兴起”的路径。正如巴洛在1996年撰写的《网络空间独立宣言》所说,“你们没有统治我们的道德权力,也没有任何强制措施能使我们真正有理由感到害怕……你们关于财产、表达、身份和迁移的法律,所有这些法律概念及其运用情境,均对我们不适用”。^④可见,网络空间的发展,从最开始就在整体上带有偏离传统法权的特性。但是,在Web3.0模式之前,这种偏离仅限于“自由原则”层面,而且多是对诸如知识产权、隐私权、信息财产权等权利的“普遍而轻微”的侵权状态,尚在可以容忍的弹性范围之内。而Web3.0时代开始的网络空间的主体性异变,则已经具备触碰更深层次的“人文原则”和“理性原则”的现实力量。为了促进网络技术发展,而容忍网络空间的侵权行为,理论上说就是人的异化现象,就是人和物的主客地位颠倒的体现。人从网络发展的目的,沦为技术进步的手段。如果当侵权行为仅仅停留在财产权的量化层面时还不明显,那么当大面积的网络隐私权失守之时,“人文原则”就已经受到了实质性的挑战。赫拉利预测,未来世界中最高级的人工智能——“万物互联网”(Internet - All - Thing)将会取代人类成为宇宙的价值尺度,而“人类只是创造万物互联的工具”,在“万物互联网”这个超级人工智能面前,人类就是个“该淘汰的算法”。^⑤更可怕之处在于,“万物互联网”对人类主体地位的觊觎,并不是一种违背正当性的非法诉求。正如前文所分析,未来网络空间将会通过颠覆“理性原则”,而将整个法权的正当性观念基础连根拔掉。就像数据主义所说,“如果我们创造出某个数据处理系统,能够比人类吸收更多的数据,处理信息算法的效率也比人高,是不是这个系统就能胜过人,正如人类胜过鸡。”^⑥

施米特说,“人如今已是一种无法单纯地被其环境所主宰的生物。他拥有历史地获取其存在和意识的力量。他不仅知晓他的出生,也知晓重生的可能性。”^⑦在这个意义

② 参见[美]约瑟夫·熊彼特:《经济发展理论》,何畏、易家详等译,商务印书馆1990年版。

③ 胡凌:《“非法兴起”:理解中国互联网演进的一个视角》,载《文化纵横》2016年第5期。

④ J. P. Barlow, A Declaration of the Independence of Cyberspace, at http://pages.uoregon.edu/koopman/courses_readings/phil123-net/intro/barlow_declaration.pdf (Last visited on Dec. 20 2017)

⑤ 参看前引②,尤瓦尔·赫拉利书。

⑥ 前引②,尤瓦尔·赫拉利书,第345页。

⑦ [德]卡尔·施米特:《陆地与海洋——古今之“法”变》,林国基、周敏译,华东师范大学出版社2006年版,第6页。

上,今天的人类,正处在一个需要为自身命运肩负责任的历史性时刻。透过网络空间日益显露的主体性特征,看出人类存在性意义上的历史责任,或许正是当下网络法权构建所面临的首要问题。针对主体性原则所面临的严峻挑战,网络法权可能的走向无非有三个。第一,逐步放弃这一根本原则,再次迎来人类生存状态的历史性转折,任由人类在网络化发展趋势中丧失主体地位,最终沦为网络的工具化存在。第二,坚持主体性原则,以传统的法权框架和规则体系,严格限制网络空间发展。第三,在坚持主体性原则的前提下,探索构建网络化的新型法权形态,以适应网络空间发展。显然,第三种选择代表了发展方向。而要达成这个目标,就必须以“自由原则”阻挡网络空间的异化力量,从“自由原则”对网络空间的构成性要求出发,发展出适应网络空间本质特征的法权实体形态。

显而易见,问题的复杂性在于,网络空间的发展,在更主要的方面体现为人类社会的历史性进步,不能简单加以否定或抑制。即使是从自由原则本身来看,信息技术正在构造的网络化世界,也展现出一种更高层次的人类自由的可能性。伯林从理论上区分了自由的消极形态和积极形态。根据他的分析,“积极自由”的理论主张,主要关涉人的自主性问题,研究人类如何克服自由所面临的诸多经验性限制,通过自律排除不利的非理性因素干扰,通过理性力量的运用,不断创造更有利的外部条件,从而提升现实中的个人自由度,最终促使个体实现“‘处于最好状态中的’自我”^{②8}的目的。可见,积极自由更多代表着理性主义的理论取向,是一种进步主义的、建构式的自由理论。这个理论面向,与马克思主义自由观高度契合。以马克思主义自由观考察网络自由,离不开如下三个方面的理论视角。

首先,马克思从客观规律方面认识人的自由,强调人的自由要建立在对客观规律的正确认识和运用之上。马克思认为,宇宙处于永恒的运动变化之中,这种运动的客观规律性,是包括人在内的存在物必须遵循的法则。其他生物都是被动接受规律的支配,而人的特殊性在于,他可以发挥自己认识方面的主观能动性,主动地认识和把握外部的客观规律,并运用这个规律在实践中改造外部世界。关于自由与规律性的这种辩证统一关系,恩格斯指出,“自由不在于幻想中摆脱自然规律而独立,而在于认识这些规律,从而能够有计划地使自然规律为一定的目的服务。……自由就在于根据对自然界的必然性的认识来支配我们自己和外部自然”^{②9}。照此来看,由大数据和人工智能技术构造的网络空间,正是人类依据对客观规律的认识和运用而创造出来的自由空间。网络空间从属性上说不是是一种自然物,而是一个完全人造的世界。同时,网络空间也不是脱离人的理性轨道凭空想象的事物,它既不是乌托邦,更不是虚无缥缈的天堂或地狱那样没有实体性的空间,而是人类严格按照信息学的规律建造的客观空间。人类能够创造这个网络空间,正是对信息理论和技术的认识和把握达到新高度的成果。人类基于自我发

^{②8} [英]以赛亚·伯林:《自由论》,胡传胜译,译林出版社2011年版,第181页。

^{②9} 《马克思恩格斯文集》(第9卷),人民出版社2009年版,第120页。

展的目的,从无到有地创造出网络空间,这个事实本身就是一种“积极自由”的实现。另外一方面,大数据和人工智能技术代表了人类理性能力的边界突破和品质超越,由量变达到质变,从认知主体和客观规律性辩证统一的角度看,这也符合低层次自由向更高层次跃迁的发展规律。

其次,马克思从现实的社会生产力方面认识人的自由,强调人的自由要建立在具体的历史条件之上。马克思深刻洞察到之前的唯心主义自由观在经验世界的乏力状态,提出要通过实践打破理论逻辑自我设置的精神闭环,以达到改造世界的现实目的。他说,“当我只是扬弃了这个世界的思想存在,即这个世界作为范畴、作为观点的存在的的时候,也就是说,当我改变了我自己的主观意识而并没有用真正对象性的方式改变对象性现实,即并没有改变我自己的对象性现实和其他人的对象性现实的时候,这个世界仍然还像往昔一样继续存在。”^⑩在这个指导思想下,马克思将人类自由的根本制约,归咎于落后的社会生产力,归咎于由生产力低下而导致的社会分工制度。对此,马克思论述道:“只要分工还不是出于自愿,而是自然形成的,那么人本身的活动对人来说就成为一种异己的、同他对立的力量,这种力量压迫着人,而不是人驾驭着这种力量。”^⑪从这个角度看,大数据和人工智能并非某种抽象的理论学说,某种空泛的宗教或道德方面的精神诉求,而是实实在在从物质性上改变世界的现实生产力。2012年以来,世界各主要国家和经济体纷纷制定大数据和人工智能发展战略,将其作为拉动新一轮经济增长的战略引擎。从中可以看出,以大数据和人工智能为代表的新一代信息技术,已经无可置疑地成为当前时代的先进生产力代表。随着人工智能的发展,机器人全面替代人类进行生产劳动的前景已经在理论上浮现。按照马克思的说法:“自由王国只是在必要性和外在目的规定要做的劳动终止的地方才开始;因而按照事物的本性来说,它存在于真正物质生产领域的彼岸”^⑫,人类通往自由王国的必由之路,似乎正在通过当前的信息技术革命而转化出越来越多的历史性条件。

最后,马克思从人的社会联系方面认识个体自由,在强调人的本质即自由的本质同时,深刻指出“人的本质是人的真正的社会联系,所以人在积极实现自己本质的过程中创造、生产人的社会联系、社会本质”^⑬。对于人的本质特征,他总结道:“一个种的整体特性、种的类特性就在于生命活动的性质,而自由的有意识的活动恰恰就是人的类特性”^⑭。在这个意义上,马克思认为,人的现实的自由,必须以其社会结合为条件,“只有在共同体中,个人才能获得全面发展其才能的手段,也就是说,只有在共同体中才可能有个人自由……在真正的共同体的条件下,各个人在自己的联合中并通过这种联合获

⑩ 《马克思恩格斯文集》(第1卷),人民出版社2009年版,第358页。

⑪ 《马克思恩格斯选集》(第1卷),人民出版社1995年版,第85页。

⑫ 《资本论》(第3卷),人民出版社2004年版,第928页。

⑬ 前引⑨,马克思书,第170页。

⑭ 前引⑨,马克思书,第57页。

得自己的自由”^⑤。通过与社会整体的深度结合,而达到提升个体自由度的目的,这正是网络空间提供便利的机理所在。比如我们广泛使用的智能导航软件,背后就是典型的大数据和人工智能技术的应用。从个体自由的角度分析,人们通过使用导航软件,可以提前掌握目的地的道路拥堵情况以及其他通行方面的重要参数,从而前所未有地提升自身的行动自由度。显而易见,这种人类自由层次的跃迁,来自社会共同体在出行信息上更加紧密的结合。网络空间的这个典型特征,与伯林论述的“积极自由”内容相契合。伯林揭示出“积极自由”的一个鲜明路径特征,就是个体向整体的融合。对此,他写道:“真实的自我可以被理解成某种比个体(就这个词的一般含义而言)更广的东西,如被理解成个体只是其一个要素或方面的社会‘整体’:部落,种族,教会,国家,生者、死者与未出生者组成的大社会”^⑥。个体只有跨越自我边界,深度融入人类整体之中,才能突破自身的有限性,跃迁至建基于整体的无限性之上的更高的自由层次。——在之后的分析中将看到,这个问题正是网络法权构建的一个重要理论纽结所在。

在以上分析中,大数据和人工智能正在构建的网络空间,似乎与主体的自由权利并无原则性的背离。但是,正如伯林所说“‘积极’与‘消极’自由的观念并不总是按照逻辑上可以论证的步骤发展,而是朝不同的方向发展,直至最终造成相互间的直接冲突”^⑦。只要我们更换一下理论视角,立刻就会发现问题中潜藏着的深刻矛盾性。

第一个问题是网络空间的主体权利边界问题。众所周知,伯林的“两种自由”理论,核心立意在于防范以“积极自由”之名,侵害“消极自由”的情况。在伯林那里,“消极自由”主要是指:“主体(一个人或人的群体)被允许或必须被允许不受别人干涉地做他有能力做的事、成为他愿意成为的人的那个领域是什么?”^⑧可见,“消极自由”的理论关涉正是个体的权利边界问题。从“消极自由”来看,自由意味着社会中的个体保有一个绝对的、不受外部干涉的私人空间的权利。这正是上至洛克、休谟,下到罗尔斯、诺奇克的西方主流自由理论体系的核心要义所在。毋庸置疑,“消极自由”理论提出的权利边界问题,蕴含着极大的合理性。而大数据和人工智能应用的发展,恰恰建立在模糊个体边界之上。一方面,大数据本身是建立在无数个人数据之上的分析预测能力,其功能的发挥成为个人数据之间打破权利边界,相互作用和结合、融为一体的主观推动力和客观发展趋势。另外一方面,人工智能的前沿科技已经开始探索人机之间的数据融合技术。“脑机接口”项目致力于为人类打造一顶“思想帽”。戴上这顶神奇的帽子,人凭借自己的意念,即可直接调用网络空间中存储的数据。同样,其他网络主体也可以直接通过这个接口读取人的思想。人脑和网络上其他主体之间的物理边界将会慢慢隐退。这个趋势既可以理解为人作为主体的强化,同时也不妨碍我们把它理解为主体作为人的弱化和消解。无论如何,随着此类信息技术的成熟和广泛应用,主体的构成性必将得到新的

⑤ 前引①,马克思、恩格斯书,第119页。

⑥ 前引②,以赛亚·伯林书,第181页。

⑦ 前引②,以赛亚·伯林书,第180页。

⑧ 前引②,以赛亚·伯林书,第170页。

定义。最后,从数据的哲学属性来看,个人数据不仅仅具有物质性,而且更为突出的特征在于它的精神性。因此,个人数据的高度集中和过度暴露,必将显著增加个体受到影响、控制和操纵的风险。而无所不在的精神控制,正是极权主义的典型特征。这也正是有人将“大数据”视为小说《1984》里面的“老大哥”的担忧所在。

第二个问题是网络空间主体结构的重大变化。与线下空间相比,网络空间的最显著变化在于大数据和人工智能日益增强的主体性特征。实践中,欧洲议会已经收到建立电子人格的相关建议。这个趋势最终会发展到什么程度,尚待观察。机器主体是否能像自然人一样被授予法律权利能力和法律责任能力,仍然有待深入探讨。但毋庸置疑的是,机器主体已经发展出网络空间上的自主行为能力,完全有可能自动实施网络侵权甚至犯罪行为。网络爬虫在自动抓取数据的时候,很有可能采集到未经授权的数据。无人驾驶汽车的违章行为是理论上无法排除的。而正在崭露头角的写作机器人,未来遭遇名誉权和著作权侵权起诉也将是可以预见的大概率事件。与此同时,网络空间另外一个显著的效应在于,把主体之间的不平等性,放大到前所未有的程度。当卢梭写出“人是生而自由的,但却无往不在枷锁之中”^③的名言时,他看到的不过是资本主义初期法权结构中的不平等性。即便是马克思在写作《资本论》时看到的,也只是阶级差距而导致的人类不平等和异化现象。而在网络空间之中,“菜鸟”和“黑客”在认知和行为能力上的不平等、普通网络用户和组织化的数据运营商之间权限和信息上的不平等以及人类主体和机器主体之间全方位的不平等,这些都会因为网络空间的无限性,而得到超乎想象的放大。这对网络空间中的个人自由权利来说,构成了巨大的现实威胁。

在不远将来的人机共生时代,在高级人工智能和泛在信息网络构成的未来网络空间之中,人类的自由形态必将面临根本性考验。要么向上跃迁,跳入一种更高层次的自由模式;要么向下降落,再次堕入低度自由的“丛林状态”。

四、网络隐私权在落实主体性原则方面的基础性作用

伯林揭示的“积极自由”和“消极自由”两种模式所内生互斥的发展需求,构成了法权体系演化过程中的“自由悖论”。在新的历史性驱动力量出现之前,这个悖论尚处于相对静止的休眠状态。而在大数据和人工智能的强劲推力下,现代法权体系内部固有的“自由悖论”,就历史性地尖锐凸显出来。根据哥德尔不完备性定理,包括数学在内的任何一个完备有效的形式系统,不可避免会存在固有的矛盾性。马克思也深刻指出,矛盾运动是事物发展的根本原因和动力所在。

由此来看,问题进一步取决于自由概念的内在矛盾运动——亦即,如何在“积极自由”的实质性扩展之时,有效落实“消极自由”的防御性权利设置。正如诺奇克所言,“个人拥有权利,而且有一些事情是任何人或任何群体都不能对他们做的,否则就会侵

^③ [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第8页

犯他们的权利”^⑩。从“消极自由”角度看主体性原则的落实,有赖于在法权关系结构中设定具有绝对性的权利,以在主体间建立最小边际约束。从传统上看,“消极自由”理论的现实法制构造,体现为由洛克开启的、以个人财产权为核心的法权系统。为什么“消极自由”将保障自由的制度核心,落在个人财产权之上,而非其他的权利类型?理由主要有如下三个方面。

首先,个人财产权与人格自由深刻勾连。洛克最早对这个问题进行系统论述。他认为,私有财产来自个人劳动。对此,洛克论述道:“我的劳动使它们脱离原来所处的共同状态,确定了我对于它们的财产权。”^⑪从中可见,个人独占性的支配某项财产的权利,根本上渊源于附着在劳动之上的自由人格。这一点,理性主义哲学家给予了更深入的分析。康德指出,“一个外在物是我的,只有当这个外在物事实上不是在我的占有中,如果别人动用它时,我可以认为这是对我的侵害,至此,这个外在物才是我的”^⑫。黑格尔也就财产权与自由的内在联系进行了专门论述:“人有权把他的意志体现在任何物中,因而使该物成为我的东西;人具有这种权利作为他的实体性的目的,因为物在其自身中不具有这种目的,而是从我意志中获得它的规定和灵魂的。这就是人对一切物据为己有的绝对权利”^⑬。对此,黑格尔进一步分析道,“真正的观点在于,从自由的角度看,财产是自由最初的定在,它本身是本质的目的”^⑭。

其次,个人财产权可以满足自由的无限性。个人财产权在大陆法系上被称为物权,是以人之外的广泛存在物为对象的权利。可见,这是一个与人的日常生活关联最为紧密的庞大的权利集合体系。只要是人觉得有价值的、可以界定和支配的物体,无不是财产权的对象。甚至于没有实际形体的东西,比如发明专利、著作权等等,也都可以纳入财产权保护之下。从常识上看,现实生活中的某个人,如果能够不受阻碍地支配其他物体,那他的自我感觉,肯定是自由的。抽象来说,这其中的关键点,就在于作为财产权对象的物的广泛性和权利性质上的支配性,有效满足了自由在本性上的无限性。遵循洛克思想起草的美国《独立宣言》,以“追求幸福的权利”替代洛克“财产权利”的经典表述,正体现了在这层意义上对财产权的深入理解。

最后,个人财产权在社会自由的生成机制中具有潜在的中介作用。财产权体现为主体之间的相互承认关系。通过财产的中介,可以屏蔽掉个体的特殊性和任性。各方在可量化的条件下展开理性协商,最终可以在自愿之中达成相互承认的关系结构。这样的人际关系充分实现了参与各方的自我意志,因而就是一种自由的现实形态。从一般意义上说,这就为社会的自由体系提供了一种现实的生成机制。对于财产权这个隐秘的中介功能,黑格尔进行了深刻揭示:“财产作为意志的定在,作为他物而存在的东

⑩ [美]罗伯特·诺奇克:《无政府、国家和乌托邦》,姚大志译,中国社会科学出版社2008年版,第1页。

⑪ [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第19页。

⑫ [德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第53页。

⑬ [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第52页。

⑭ 前引⑬,黑格尔书,第54页。

西,只是为了他人的意志而存在。这种意志对意志的关系,就是自由赖以获得定在的特殊的和真正的基础。这是一种中介,有了它,我不仅可以通过实物和我的主观意志占有财产,而且同样可以通过他人的意志,也就是在共同意志的范围内占有财产。”^⑤

那么,把线下的财产权模式平行移植到网络空间为何行不通呢?概括来说,数据财产对于人在现实生活中的物质性活动没有直接性,因而起不到传统物权施予人的权利防御效应。具体来看,网络空间中财产性资源的开发、利用和保护模式,存在着迥异于传统物权的信息化特性。

典型意义上的大数据应用,既缺乏严格的确定性,也没有必要的相对独立性,因而不具备个人财产权客体的条件的。^⑥就是说,以网络空间上的数据为对象,无法构造出传统物权那样绝对排他的支配性权利。那么,是否就此认为网络空间内无法设置财产性权利呢?很明显,答案也是否定的。从网络空间的特性来看,它排除的只是绝对性、排他性和支配性的财产权类型。事实上,个人可以基于和网络服务商的合同关系,而获得信息性财产,比如购买网络游戏装备等等。可见,数据财产权,本质上是一种债权关系,是对于特定人的具体请求权。而请求权内容上的限定性和义务人的特定性表明,它是无法为人的行为自由提供充分权利基础的。与此同时,根据大数据的技术路线,未来网络空间的数据财产权类型,更应当由私权向共享型经济的、多主体的、公共财产权方面创新发展,“立足数据经济的合理本质,重新平衡用户和数据从业者以及其他关系人复杂利益关系,确立更加复杂的数据新型财产权体系”^⑦。由此可见,网络空间里的财产权,不再是传统物权那样的绝对性权利,因而,也就无法从根本上承担“消极自由”理论提出的防御性制度功能。相反的,数据财产权的功能,恰恰是一种面向创新发展的、积极进取、主动扩展、放大信息资源利用效应的积极性权利,更加符合“积极自由”的理论设定。

总结来说,不同于传统物权中效用性和防御性的合二为一,在网络数据财产权中,二者发生了分离。洛克曾用食物来解释财产权。对于父亲给孩子们的一整块肉,每人割下一小块肉,就形成了对这块肉的个人财产权。对于这个财产权,权利人既能通过吃肉而实现其效用性,同时也据此实现了权利的排他性保护。但是,网络财产权实现效用性的同时,却未必能实现排他性保护。比如,权利人浏览了一个新闻网页,从而实现了该数据的效用,但却不能据此在物理上排除其他人的浏览。即便这是一个收费性的新闻网站,必然也会有其他人通过缴费,来浏览同一篇新闻。就是说,网络数据财产权侧重的是传统物权的效用性方面,而在原则上不具备排他性保护功能。从自由的“积极”和“消极”两个功能面向来看,网络财产权属于自由在效用性上的积极扩展,而在划定人格界限、防御外部侵犯的消极功能方面,则显得无能为力。

^⑤ 前引③,黑格尔书,第80页。

^⑥ 参见梅夏英:《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。

^⑦ 龙卫球:《数据新型财产权构建及其体系研究》,载《政法论坛》2017年第4期。

那么,“消极自由”的防御性功能,可否由个人信息权来落实呢?通过前面的分析可知,在网络空间中,个体自由面临的威胁主要来自主体性的变化。一方面在于网络倾向于模糊个体的人格边界,另一方面在于网络加剧和放大个体之间的不平等性。既然这两种侵害可能性都是以网络主体的个人信息为中介的,那么通过个人信息保护的立法来解决这个问题,似乎理所当然。毫无疑问,个人信息保护法的立法过程,必须重点考虑这个问题。正像已有学者指出的那样,未来的个人信息保护立法应当以“两头强化、三方平衡”作为理论基础,进一步加强对个人隐私信息的保护。但是,必须更进一步地看到,“就整体而言,个人信息这一概念远远超出了隐私权的范畴”^④。面向未来的个人信息保护法,将是一部侧重于构筑利益平衡机制的法律。在“强化‘个人敏感隐私信息’保护,以维护个人在个人信息保护中的核心利益”的同时,同等重要的另一个立法功能还在于:“通过强化‘个人一般信息’利用,以满足信息业者和国家利用个人信息的正当需求,实现‘三方平衡’”^⑤。从趋势上看,个人信息权的功能构造,仍是面向未来发展的。从“积极自由”的理论面向来看,该法的一个重要功能在于,通过赋予个人信息自决权,而为将来的大数据发展所需的个人信息结合提供授权性的权利基础。

经过以上分析比较可见,只有以隐私的名义,才能在奔腾而来的大数据和人工智能潮流之下,为网络主体的人格自由构筑绝对性的权利堡垒。“隐私权是指自然人享有的私人生活安宁与私人信息秘密依法受到保护,不被他人非法侵扰、知悉、搜集、利用和公开的一种人格权。”^⑥。美国学者沃伦和布兰蒂斯最先提出隐私权的法律概念,将其定义为“不受干扰的权利”^⑦。普洛塞将其概括为“入侵私人领地、干扰私人事务;公开揭露令人难堪的私人事项;以公开的方式扭曲他人形象;不合理地揭露他人私生活秘密、为了私人利益,盗用他人姓名或肖像”^⑧等四个方面。惠特曼通过对欧洲和美国隐私权具体内容的比较分析,揭示了侧重尊严和侧重自由的两种隐私权法律体系的类型特征。^⑨从中可以看出,隐私权主要指向两方面核心内容。一个是人格尊严,另一个为人格自由。毫无疑问,人格尊严构成一种绝对性的权利防御。基于人格尊严,权利主体可以对网络空间提出排他性的权利保护要求。

基于人格尊严和人格自由的网络隐私权,代表了“消极自由”排他性保护的防御性功能指向。基于数据的区分和保护技术的网络数据财产权,则代表了“积极自由”在效用性方面的功能指向。那么,问题的最后一步就在于:如何从主体性原则出发,将这两种看似矛盾的权利设计要求,功能性地结合到网络空间的法权关系结构之中去。

^④ 王利明:《论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心》,载《现代法学》2013年第4期。

^⑤ 张新宝:《从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排》,载《中国法学》2015年第3期。

^⑥ 张新宝:《隐私权的法律保护》,群众出版社2004年版,第12页。

^⑦ Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *the Right to Privacy*, 4(5) *Harvard Law Review*. 193, 195 (1890) .

^⑧ William L. Prosser, *Privacy*, 48(3) *Cal. L. Rev.* 383, 389 (1960) .

^⑨ See James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113(6) *Yale Law Journal*. 1151, (2004) .

网络空间的本质是信息。香农深刻指出,“通信的基本问题是在一端精确地或者近似地复现另一端选择的消息,通常这些消息是有意义的。就是说,它们按照某一系统与特定的物质或概念的实体相互联系。通信的语义方面与工程问题是没有关系的,重要的是,一个实际消息是一组可能的消息集合里面选择出来的,系统必须被设计成对所有可能的选择都能工作,而不是只适合工作于某一种选择,因为在设计时这是不知道的。”^{⑤4}从中至少可以得出网络空间的如下三方面的本质特征。第一,网络空间具有系统性。网络元素的具体性包含着整个空间的系统性。就是说,网络空间中每一个有具体意义的个别元素,其实都内含着全部系统的整体功能。元素蕴含系统本身。这就是香农所说“它们按照某一系统与特定的物质或概念的实体相互联系”的含义。第二,网络空间具有层次性。香农说,“通信的语义方面与工程问题是没有关系的”。这就明确告诉我们,作为网络空间物质基础的软硬件结构,和它所表达的语义,是两个层面上的问题。它们既有联系,又分属各自独立的系统。通讯的物理载体属于工程问题,它处于网络空间的底层——基础层;而具体的信息内容则是语义问题,它通过人的接收而产生意义,处于网络空间的表层——意义层。第三,网络空间具有开放性。线下空间具有天然的物理边界,网络空间上则不存在天然边界。网络空间在原理上是对所有技术上的可能性无限开放的,正如香农所说“系统必须被设计成对所有可能的选择都能工作”。

认识到网络空间这三方面的本质特征,问题的最后答案也就水落石出了。首先,网络的层次性,可以解决“积极自由”和“消极自由”的结合问题。从表面上看“积极自由”和“消极自由”构成一组矛盾。但是,网络的层次性,有效错开了二者的直接对立。代表“积极自由”的大数据财产权,要以特定技术条件下的数据聚合为指向,由此可见,这主要是网络空间的基础层的问题。而代表“消极自由”的网络隐私权,则以数据内含的人格尊严和人格自由为指向,显然,这里的权利客体在于意义本身,属于网络空间的意义层。网络空间的层次性消解了矛盾的直接性。个人信息数据完全可以通过在基础层上的紧密结合,而构造出新型的网络数据财产权。同时,通过防御性的技术设定,而在意义层为人格尊严和人格自由保留绝对排他的自由空间。事实上,大数据应用中广泛采用的数据加密技术、数据脱敏技术、匿名化技术、隐私强化技术、隐私差分技术,就是通过代码发挥黏合这两个层次的关键作用。网络空间的开放性,解释了网络隐私权在落实主体性原则方面不可或缺的基础性地位。因为,从基础层来看,也就是从信息技术发展角度上来说,不像数据财产权那样,以保护性技术的发明为前提条件,网络空间自身不存在隐私保护方面的技术驱动机制。正如莱斯格指出的那样,“网络空间的生活主要是由代码来规制的”^{⑤5},通过代码的执法是网络法权的总体特征。但是财产权的代码生成,具有网络空间的内生驱动力,法律只需对这一自发结果进行确认即可。而隐私权的技术实施则无此内生驱动。同时,网络空间的开放性,原则上要求基础层架构对所有可

^{⑤4} C. E. Shannon, *A Mathematical Theory of Communication*, 27(3). The Bell System Technical Journal. 379, 379 (1948).

^{⑤5} [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94页。

能的现实意义都能表征,从保护和防御方面来看,这构成一种相反的技术推动力。因为网络空间自身缺乏对隐私的内生保护机制,所以必须依靠法律强制,从外部赋予其创造保护性技术的动力来源。只有通过对网络隐私权的基础性设定,才能在意义层和基础层之间建立专门的反馈机制,为网络主体行为的边际约束,提供对称性的技术发展驱动。最后,网络空间的系统性提示我们,网络空间的隐私保护,实质上在于对算法的系统审查和监管,以及据此对整个网络架构的控制。网络空间体现为一个大系统,网络隐私与其说是网络上的某个元素,不如说是网络空间基于某个算法而呈现出来的特定属性。尤其是在大数据和人工智能条件下,“成功的互联网企业不再只是提供某种单一和独立的商品或服务,而是以建造某个领域的网络生态系统为商业目标”^⑤,因此,只有通过算法的审查和监管,才能从系统上、从整体架构上建立对主体人格的技术保护。

在未来人机共生的网络空间中,如何将具有人格属性的数据从纯粹的自然数据和机器数据中区分出来,把它们当作具体人格的组成部分予以承认和尊重,将成为大数据和人工智能时代网络化新型法权构建的前提任务。而这正是网络隐私权概念的核心内涵所在。网络隐私权的发展目标,将是一个广泛涉及民商法、行政法、刑法等部门法的庞大的基础性法律权利体系。从未来发展趋势看,还应当将网络隐私权适时上升到宪法权利的高度。因为面对大数据和人工智能商业模式的庞大市场力量,只有政府作为主要的义务主体,主动积极采取有力的国家行为,才能有效确保大数据和人工智能与网络隐私权的同步平衡发展,确保网络空间对主体性原则的坚守和有效落实。

Abstract: Principle of subjectivity is the fundamental principle for the construction of modern legal force. It is concretely embodied in the principle of freedom as the core principle, and the humanistic principle and the rational principle as the two basic principles. Big data and artificial intelligence technology highlight the questions of boundary ambiguity of legal personality and increase of structural inequality, which only in the theoretical level of the subjectivity can we dealt with effectively. The development of cyberspace shows the possibility of the path of human freedom in higher level, that is, “positive freedom”, but it faces the real threat to “negative freedom” at the same time, and the two form the inherent contradictions of the freedom theory. The hierarchical structure of cyberspace eliminates the direct opposition between “positive freedom” and “negative freedom”; the openness of the cyberspace requires the establishment of the basic position of the network privacy in the implementation of the principle of subjectivity; The systematic nature of cyberspace requires that the algorithm be reviewed and supervised.

(责任编辑:王莉萍)

^⑤ 陈璞:《大数据、隐私权与自由》,载《中共中央党校学报》2016年第5期。