

迈向 数字社会的 法律



马长山 著

本成果获得研究阐释党的十九大精神国家社科基金重大专项
——“新时代共建共治共享的社会治理法治化机制研究”
(18V5J033)的鼎力资助，特此鸣谢！

迈向 数字社会的 法律



马长山 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA



马长山

1964生，哲学博士，法学博士后。现为华东政法大学教授、博士研究生导师、《华东政法大学学报》主编、数字法治研究院院长。兼任中国法学会法理学研究会副会长、东京大学东洋文化研究所“外国人研究员”。先后入选国家“万人计划”哲学社会科学领军人才、人社部“新世纪百千万人才工程”国家级人选、中宣部文化名家暨“四个一批”人才、教育部“新世纪优秀人才支持计划”，享受国务院特殊津贴专家。

目 录

导 言 / 1

第一章 数字时代的法学变革 / 5

一、中国法学发展的自主性 / 5

- (一) 中国法学发展的新际遇 / 5
- (二) 面对“法律革命”的因应态度 / 9
- (三) 培育多元自主的法学生态 / 14

二、总体性的法学变革 / 18

- (一) 研究理念的转换 / 19
- (二) 知识谱系的更新 / 22
- (三) 理论逻辑的重建 / 23
- (四) 教育模式的探索 / 25

三、AI 法律、法律 AI 及“第三道路” / 26

- (一) 两种立场与方向 / 27
- (二) 不同的领域与路径 / 29
- (三) 各自的问题与前景 / 31
- (四) “第三道路”的选择 / 36

第二章 数字时代的法律变革与权利保护 / 41

一、智能互联网背景下的“法律革命” / 41

- (一) “破窗性”的法律挑战 / 41
- (二) 法律变革的基本面向 / 48
- (三) 面向未来的应对之策 / 67

二、数字时代的“众创”式制度变革 / 74

- (一) 民间“植入”和“嫁接”的监管困境 / 75
- (二) 数字时代的制度创新与变革动向 / 81
- (三) 塑造数字时代的新型治理秩序 / 98

三、数字社会的“第四代人权”及其保障 / 114

- (一) 数字社会境遇下的人权挑战 / 115
- (二) 当代人权变革与“第四代人权”的形成 / 126
- (三) “第四代人权”的法治化保障 / 144

第三章 人工智能应用的法律规制 / 155

一、人工智能的社会风险及其法律控制 / 155

- (一) AI 浪漫主义与人工智能的本质 / 155
- (二) 人工智能应用的社会风险 / 159
- (三) 人工智能应用风险的法律控制 / 169

二、人工智能的规制挑战与应对 / 176

- (一) 人工智能带来的规制难题 / 176
- (二) 执法司法智能化的“瓶颈”制约 / 179
- (三) 基于数据和代码的秩序重建 / 180
- (四) 探索数字社会治理的新策略 / 183

三、司法人工智能的可能与限度 / 185

- (一) 从“接近正义”迈向“可视正义” / 185
- (二) 司法人工智能的重塑效应 / 189
- (三) 司法人工智能的内在限度 / 199

第四章 数字社会的智慧治理 / 213

一、数字时代的“软法之治” / 213

- (一) 数字经济背景下的“软法”崛起 / 213
- (二) “软法之治”的问题与局限 / 217
- (三) “软法之治”对数字社会治理的法治化驱动 / 222

二、NGO 共享赋权与智慧治理 / 226

- (一) 数字时代的治理秩序转型 / 226

(二) 基层智慧治理中的 NGO 共享赋权 / 232	
(三) 塑造智慧社会治理秩序 / 240	
三、网络空间治理中的公民文化塑造 / 245	
(一) “网络公民”与网络空间治理 / 245	
(二) 网络空间的自我行为、重叠性共识与制度认同 / 247	
(三) 公民文化：网络空间治理的深层支撑 / 250	
四、基层网格治理的法治化 / 253	
(一) 国家和社会治理模式的变革转型 / 253	
(二) 基层治理的变革机遇与难题 / 256	
(三) “网格化”治理的策略选择及其问题 / 259	
(四) 基层网格治理的法治化路径 / 266	
五、数字社会的治理逻辑及其法治化展开 / 271	
(一) 国家治理体系和治理能力现代化的双重面向 / 271	
(二) 当今数字社会的治理逻辑 / 275	
(三) 数字社会的法治转型与自主性的法治道路 / 288	
主要参考文献 / 302	
后 记 / 309	

导 言

从古到今，人类发展经历了三次重大革命，人类的生活品质也获得了三次转型升级。第一次是农业革命，使人类从采集活动走向了种植生活；第二次是工业革命，使人类从畜力耕作走向了机械生产；当今信息革命是第三次，将使人类从物理生态走向智能生态，建设数字国家也随之成为全球共识和发展趋势，从此迈入了数字时代和智慧社会。它创造了便捷舒适、丰富多彩、高效智能的社会生活，但同时，也带来了一些前所未有的风险和挑战，亟需法学理论来积极面对和回应，进而为数字中国、数字法治建设提供理论支撑。

（一）双重空间的生活逻辑

自人类诞生以来，就一直在大自然的世界中生产和生活，从来没有超出这个“上帝”给定的物理空间。但信息革命改变了这一切，特别是网络化、数字化、智能化的叠加效应，“破天荒”地在有限的物理空间之外创造出了无限的电子空间，在经验传承的现实生活之外开辟出了丰富惊奇的虚拟生活，人们可以在网上开店购物、手机炒股订票、“滴滴”打车、“美团”外卖、微信群聊、发朋友圈……所有这些都随时穿越于虚实两个世界，其中既有工商业时代的人、财、物等物理空间逻辑，也有信息时代的建模、算法、代码等虚拟空间逻辑，而且二者彼此交织、相互塑造、虚实同构。于是，社会关系、行为模式和价值观念都发生了重大转型，衣食住行变得越来越自动便捷，日常生活和社会治理也日益智慧化，与此同时，各种难题和风险也随之而来，如算法决策的“失灵”及其控制、个人隐私的保护、信息伦理的挑战、各种智能化犯罪等。这些都对社会秩序构成了明显的威胁，亟须认真对待。

（二）人机交互的工作场景

近年来，刷脸验票、自助银行、机器人快递、无人餐厅、无人超市等日渐增多。随着人工智能的飞速发展，智能机器人将会在生产生活中获得越来越多的应用，它们自身也会通过自主的深度学习和升级而变得越来越聪明，甚至像“阿尔法狗”那样能够与人类相匹敌。尤其是自动驾驶、医疗机器人、服务机器人、陪伴（或伴侣）机器人等将大量涌现，很多工作或者服务可能都是由人类和智能机器人之间的协作或者共同来完成的，这样，人机共处、人机交互就成为越来越常见的工作场景。这大大提高了社会效率，也使生活更便捷、服务更精准、任务处理更客观。然而，值得注意的是，在这种人机交互的工作场景下，智能机器人一旦“活了”，我们还能再把它看作原来意义上的机器吗？如果不能，那么智能机器人与人是什么关系、是否应该具有“电子人”的身份地位？人与智能机器人共同完成工作的责任或风险该如何分担？人与陪伴（伴侣）机器人是否有伦理关系？当大量工作都被智能机器人所取代时，人类又该怎样面对和适应？人的主体地位是否需要重建？诸如此类的问题就随之凸显出来，这无疑使社会治理变得更为复杂、任务更加艰巨，面临着前所未有的难题和挑战。

（三）数字人类的全新面向

当今信息革命的一个直接后果，就是人们的社会行为和日常交往都在不断地数字化，我们已不再是单一的“生物人类”，而是赋予了“数字人类”的新属性；人们每天、每时、每刻都会留下一串串的身份数据、关系数据、行为数据和言语数据，获得了新型的“生物/数字”二维面向。技术公司、平台和政府可以凭借大数据挖掘和分析技术来对人们进行“数据画像”，描绘出一个人的基本面貌、身份背景和活动规律，进而提供丰富的信息检索、目标推送、个性订制和精准服务，促进了智能交易和智慧治理。同时，也大大强化了打击犯罪和安防的能力，社会秩序更加可视化、可控化和稳定化。然而，人类的这种数字化面向也会带来一定的社会问题，它很容易侵蚀个人隐私，形成信息不对称和数据鸿沟，甚至还会出现利用“数据画像”的“监控社会”。这些问题浸润到智慧治理之中，带来的就不是民权民生保障，而很可能是公权力的技术化延伸，从而造成数字时代的秩序异化，这

也是未来法治建设所面临的全新挑战。

（四）建模算法的价值偏好

有史以来，人类掌握的信息手段和范围都十分有限，数据分析技术也十分匮乏，因此，只能依靠一辈辈的经验积累和聪明智慧来进行人脑决策。但随着信息时代的到来，人们不仅可以掌握海量的信息数据，而且还可以进行全样本的分析，通过建模和算法设计来推动生产生活的自动化、智能化和治理智慧化。这样，一些人类决策将让位于人工智能的算法决策，且占比会越来越高。可以预见，将来高度自动化、智能化的社会，必然是一个算法主导的社会。然而，人工智能的建模和算法毕竟是由人设计出来的，相同的数据、相同的目标任务，也可能因不同的程序员而设计出不同的建模和算法，从而导致不同的算法输出结果。也就是说，建模和算法都自觉不自觉地嵌入了设计者的偏好，内含一定的人为价值判断，它并不能完全展现“技术中立”理想下的客观性和可靠性，甚至还会出现算法“黑箱”、算法歧视、算法错误、算法自主等诸多问题。如 COMPAS 算法对犯罪人的再犯风险进行评估的过程中，黑人的高犯罪风险概率就被错误地评估为白人的两倍。此外，基于“数据画像”的广告推送、各种暗藏玄机的检索排名、花样翻新的“大数据杀熟”等，都是其直接后果。这些问题一旦出现在数字时代的算法决策之中，就会产生社会不公、激化社会矛盾，形成一定的社会风险。

（五）代码规制的制度化应用

事实表明，人类的每一次飞跃都引发了重大的制度变革，农业革命实现了从宗教、伦理和习惯向世俗法律的制度转型，工业革命实现了从传统等级身份向现代契约关系的制度转型，当下信息革命将会实现从物理空间规制向双重空间规制的制度转型。具体来说，物理规制方式是近代以来工商业发展的产物，它以人、财、物为规制对象，采取的是关系—行为—后果的规制策略；而信息时代的双重空间规制，就增加了虚拟空间规制的新方式、新途径，其典型特征就是不再过多注重因果关系和行为后果，而是采取过程控制的代码规制，即通过算法和程序设计（如自动监控过滤、识别认证、目标屏蔽、“弹屏”送达等）来实现规制目的。可以看到，随着智慧商务、智慧政务、智慧司

法和智慧城市建设进程的不断加快，这种规制方式在平台交易、政务服务、基层治理等多个领域将会获得更广泛的应用，并逐步嵌入制度规范之中，日益呈现出规范化、制度化形态。这种基于数据分析和算法的代码规制，固然大大提高了效率，也更加客观，但也潜在问题和风险。比如，代码规制是自动执行的、普遍一致的机器指令，它一旦出现错误或不公，其影响远超人类的个别决策和个别性问题，而是会产生严重的体系性、机制性、普遍性后果，其修复的代价十分巨大；再如，代码编写一旦渗入设计者的价值偏好，无论是商业的、伦理的还是政治的，都可能会影响其规制的正当性与合理性，等等。由此看来，代码规制在数字时代的制度化应用，无疑是一把“双刃剑”，如何兴利除弊，则是一个重要的时代考验。

面对数字时代的这些挑战和全新问题，法学理论研究就不能过于忧虑，或者被动调整 and 适应，而是要通过积极回应和探索来加以解决，从而有效推进智慧治理，塑造数字时代的法治秩序提供根本保证。

第一章 数字时代的法学变革

一、中国法学发展的自主性

随着信息革命的深入和网络化、数字化、智能化的快速融合发展，“所有的信息资源都能够被智能的计算机软件实体所识别和处理，并且这些软件实体能够自治地、主动地在网络中漫游，具有很好的适应性和可靠性，能够代替用户完成各种工作，并为用户提供丰富的服务”，^①从而进入了人类的数字时代。它引发了从生产关系到生活方式、从行为模式到思想观念、从经济业态到制度规制的全方位深度变革。这必然也会给法学理论和规则制度带来诸多挑战，如何去应对这些挑战，塑造中国法学的自主性，就成为一个重大的时代课题。

（一）中国法学发展的新际遇

在漫长的人类历史发展进程中，中国曾经创造了辉煌的东方文明，也塑造了独特的中华法系。然而，自晚清以来，中国却成了世界现代化进程的弃儿，甚至被列强所欺辱和分割。为此，追赶现代化和实现民族的独立复兴，就成为近代以来中国生存发展的总体逻辑。与此相应，近代以来的中国法学，也一直在移植西方和寻求自主的矛盾中努力前行。

中华人民共和国成立后，我们曾一度彻底否定此前的法学/法制建设成果，转向全盘照搬苏联法学，进而造成了严重的工具化、御用化的法制后果。改革开放后，随着中国主动融入全球化进程和发展市场经济，法学界便在深刻反思中重新面向现代性、市场化，大量引介移

^① 史忠植等：《智能互联网》，载《计算机科学》2003年第9期。

植西方的法学理论，并进行制度上的比较借鉴。包括近年来的很多学术争论，也基本上是在西方的理论话语、范畴和逻辑中展开的。究其原因，一方面，我们着实没有太多的可以解释和指引当下中国法制变革的传统理论资源；另一方面，则是因为西方法学传承了罗马法传统并注入了法律的现代性精神，因而，它只在发生学的意义上是西方的，但在法治文明成果的意义则是世界的。也就是说，借鉴西方法学理论和制度，是中国追赶现代性和世界法治发展步伐所不得不作出的反应。

事实表明，尽管“现代法律被视为与简单而原始的‘本土’法律截然相反的进步典范”，然而，“目前法律秩序所使用的各种装备常常不适合于不发达国家的社会、文化和法律传统”。^① 在中国，西方法学理论“水土不服”的困境也一直困扰着法治实践过程。更何况，现代性的忧患与危机早已成为不争的事实，它“以试图解放人类的美好愿望开始，却对人类造成毁灭性威胁的结局而告终”，^② 以至于“后现代主义”以其极端反叛精神，对基础、中心、理性、真理、权威和统一等现代性逻辑展开了全面批判和解构，并倡导“重写现代性”。^③ 这样，西方法律传统也不得不面对时代的挑战与变革，甚至“西方本身已经开始怀疑传统法律幻想的普遍有效性，尤其是它对非西方文化的有效性”。^④ 同样，基于西方法学在中国的“水土不服”和对西方法律传统危机的反思，中国法治“本土资源”、中国法学自主性、“中国法学向何处去”的忧虑和追问，便开始与理论与制度的“移植论”形影相随，有学者甚至痛切直言：“几代学人倾尽全力，也不过是为西方法学扩展了适用范围，增添了几个注脚。而中国法学的自身界碑则从未树立。”从而，“不仅失去了学术的自主性，而且失去了学术性本身”。^⑤

① [英] 阿布杜勒·帕力瓦拉、[英] 萨米·阿德尔曼等：《第三世界国家的法律与危机》，邓宏光等译，法律出版社2006年版，第19页。

② [美] 大卫·雷·格里芬：《后现代精神》，王成兵译，中央编译出版社1998年版，第64页。

③ 参见[法] 利奥塔：《后现代与公正游戏》，谈瀛洲译，上海人民出版社1997年版，第153页。

④ [美] 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，高鸿钧等译，中国大百科全书出版社1993年版，第39页。

⑤ 凌斌：《中国法学时局图》，北京大学出版社2014年版，第26页。

综上所述，近两个世纪以来的中国法学发展进程，始终没能摆脱西方/东方、现代/传统、移植/本土的深层纠结和困局。从根本上说，这并非只有在中国才出现的“中国问题”，而在很大程度上乃是全球化与地方化、现代性与文化传统之间内在张力的突出表现。因此，它是在追求现代性文明过程中发生的“中国如何融入世界的难题”。^① 这里的关键问题是，在我们面向现代性的西方时，不仅有难以对其进行有效仿制和适应的深刻体验，同时也看到了它正在遭遇的现代性危机；如果我们不面向现代性的西方，那么出路又何在？无疑，试图通过已受现代性深刻雕塑的且时间较短的本土实践，就提炼出能够与几百年发展积累而来的现代性西方进行比较和对话的法学理论，似乎极为艰难。不过，人类历史的发展总是挑战与机遇同在，随着当今信息革命的到来，互联网、大数据、云计算、人工智能等新兴领域和业态迅速崛起，人们的生产关系、生活方式、行为方式、价值观念等都会发生重大而深刻的变革，因此，立足于工商业生产生活关系基础上的现代性法律就必然遭遇到前所未有的挑战，而世界各国也不得不去面对“同一起跑线”的相同或相似问题。于是，在中国追赶法律现代化的进程中，就又出现了信息社会所带来的某种程度“重新洗牌”的变革契机。这无疑会给中国法学走出西方/东方、现代/传统、移植/本土的困局，塑造中国法学的自主性提供了重大机遇。

一方面，数字时代催生了新型经济关系和社会关系，对既有法律体系形成了“严峻”的挑战。如今正在发生的信息革命，使数据和算法成为重要的生产要素，并呈现出智能互联/分布共享、双层空间/虚实同构、人机共处/数字生态三大特征，网购平台、网约车等各种新业态、新模式也便纷纷“破窗”涌现，进而形成了以信息（包括知识和数据）为资源、以网络为基础平台的全新数字经济形态。为此，它所带来的空前变革，并不是现有生产方式、生活样态的简单拓展和延伸，它在很大意义上则是对工业革命以来生产关系和生活方式的一种替代。这样，它就持续地、全面地制造着日益增加的新问题，产生越来越多的新型法益和新兴权利。诸如虚拟财产、比特币、智能合约、自动驾

^① 郑永流：《“中国问题”及其法学辨析》，载《清华法学》2016年第2期。

驶、智能机器人身份、数据歧视、代码规制、算法“黑箱”等，都是既有法律体系所不能解决而又必须面对的深刻挑战。这表明，既有的法律体系和规制方式既难以涵盖这些新型经济关系和社会关系，也难以对它们作出及时有效的规制调整，立基于工商业革命的现代性法律，便难免遭遇了严重的危机。这在很大程度上是信息革命的“后现代性”对现代性的挑战。为此，已经成熟的西方法学和正在发展中的中国法学，都需要共同来经受这种挑战的考验。换言之，无论是现代性的西方法学，还是追赶现代性的中国法学，都基本处于相同或相似的信息革命境遇之中。在这里，“人类变成了制定规则的上帝，所有伴随人类进化历程中的既定经验与认知沉淀将遭遇颠覆性挑战”。^①而作为世界第二大经济体的中国，其智能互联网的迅速发展与广泛应用，或许不仅能为西方的法律改革提供一个实践目标，而且“也能作为不同视角的（法律的与其他的）一个来源”。^②

另一方面，数字化时代加剧了传统、现代性与后现代性的碰撞交融，形成了特有的“中国问题”。中国是一个后发现代化国家，100多年来一直致力于追赶现代化和实现民族复兴。改革开放后，则借助全球化、信息化而日益提速这一进程。然而，问题是，由于中国并不是像西方国家那样，传统性、现代性和后现代性基本上是一个取代另一个的过程，而我们恰是在时空压缩的条件下进行的，即传统性、现代性和后现代性被压缩在同一个时空之中。^③与此同时，当今信息革命又使物质世界、社会世界和精神世界的“时空体制”加速转变，深刻“改变了社会生活的空间和时间的知觉与组织”，并导致“人类主体无可避免地去中心化、分裂、充满张力的”。^④这种时空压缩与加速，就使传统、现代性与后现代性的各种元素，在中国改革发展进程中呈现

① 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192~193页。

② [美] 络德睦：《法律东方主义——中国、美国与现代法》，魏磊杰译，中国政法大学出版社2016年版，第28页。

③ 参见景天魁：《时空压缩与中国社会建设》，载《兰州大学学报》（社会科学版）2015年第5期。

④ [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14、146页。