中国数字法学研究的奠基与深拓 (2018—2023)

宋保振 赵 强

摘要:从研究热度、人员规模以及成果产出看,数字法学已成为当前我国法学研究的热点,并从基本范畴、基础理论、司法实践、学科建设等方面,促进了现代法学的全方位革新。理论上,数字法学从法理学和部门法两方面,提出和构建了法学新问题、新理念、新价值和新方法;实践中,数字法学秉持新文科建设要求,高度重视数字技术在法的运行全过程中的运用,努力构建新兴交叉学科。当下,我国数字法学研究具有理论的横断性、内容的创新性、方法的交叉性和视域的国际性等特征,但也存在两方面的不足:因忽视法学基础理论与范畴而招致“制造学术泡沫”批判,交叉研究有待深入融合各学科话语体系。当下的数字法学研究呈现出明显的“三阶段”特征,为助力数字法学研究实现阶段跃升,应继续重视法学基础问题研究,以实现科学创新,从实践立场发掘数字法学的新问题与新对策,以及兼顾数字法学研究的立法立场和司法立场。

关键词:新文科; 数字法学; 数字法治; 数字人权; 数据权利

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2024.03.017

在数字科技飞速发展以及现代法治不断完善的背景下,讨论和研究数字法学日渐成为法学领域的学术时髦。我国的数字法学研究历程呈现出典型的历史阶段性:第一阶段,伴随世界数字化革命、中国数字经济发展以及第五轮司法改革,中国的数字法学研究拉开帷幕,研究焦点集中于智能司法和智慧法院建设;第二阶段,在《个人信息保护法》立法和《民法典》编纂背景下,数字法学研究主要围绕隐私与个人信息保护、平台与算法治理、数字人格权益保障、网络犯罪惩治等内容展开,奠定了全方位研究雏形;第三阶段,自2019年党的十九届四中全会首次提出将数据作为生产要素参与分配后,数字法学研究又增添了数据确权与交易、数据跨境流动、数据合规等新内容,并伴随以ChatGPT为代表的生成式人工智能研究而不断推向深入。在数字法学研究的每一阶段,均有大批研究人员汇聚和大量学术成果涌现,尤其是2017年以来,数字法学相关的研究成果井喷式增长,时已形成蔚为壮观的数字法学研究热潮。然而,学术研究快速发展也隐藏着研究泡沫化、重复性、碎片化等问题。此时,在客观把握国内数字法学研究整体情况的基础上,结合数字法学的学科属性,厘清该研究所应遵循的框架思路和体系脉络,发现存在的问题,总结已有的经验,对今后推进数字法学的高质量发展意义重大。

本文以近年学界有关“数字法学”的学术成果及重大科研项目为研究对象,首先从数字法学的理论研究与实践关注双重视角,对2018—2023年来我国的数字法学研究进行全面综述,阐释学界如何进行研究的“奠基”与“深拓”;继而结合法学学科属性,归纳当下数字法学研究的特点及存在的问题;最后从方法论出发定位数字法学研究的“三阶段”,针对当下研究所存在的问题,多角度展望我国数字

基金项目: 国家社科基金项目“‘数字弱势群体’权益法律保障的理论基础与实践路径研究”(22CFX040);2023年度青岛市社会科学规划研究项目(QDSK2301003);山东大学人文社会科学创新团队“全面依法治国战略实施中的数据运用与数据治理创新团队”;山东大学智慧国家治理实验室资助项目;山东大学中华民族现代文明建设研究计划。

作者简介: 宋保振,山东大学法学院副研究员,智慧国家治理实验室研究员(青岛 266237; 126511@163.com);赵强,山东大学信息科学与工程学院博士研究生(青岛 266237; 202120423@mail.sdu.edu.cn)。在本文写作中,上海对外经贸大学法学院硕士研究生胡李楠完成了大量资料整理工作,在此表示感谢。

法学研究的未来趋势。

一、面向法学理论的数字法学研究

(一) 基于法学基础理论的数字法学研究

1. 有关法学基础理论和范畴的研究。本研究包括两方面:一是伴随智慧社会变革,法学应作出何种回应;二是明确数字法学、数字法治、数字法理等核心范畴。在前者,研究者大都从法与社会的关系出发,认为数字社会的扁平化和去中心化需要匹配新的法治原则和运行机制;面对当今数智化社会变革,法律对社会的调控应由赋权与救济转向责任与义务的加载和规制^①。在后者,学者们除了将上述核心范畴作为分析问题的话语体系外,也开始尝试对概念本身进行定位:如,认为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或者说是一种新的法学知识形态^②;其主要范畴可区分为对象论和工具论,主要方法为围绕规范展开和数据建模驱动^③;研究目的是提炼形成中国的数字法理^④,要从未来法治新样态来定位数字法治,努力提升数字法治建设的中国特色和国际影响^⑤。

2. 有关法学基本概念和价值的研究。数字法学在法的价值论和方法论上凝练而成的新概念主要有数字正义、算法正义、计算正义以及数字权利、数据权利和数字人权。就数字正义而言,当下研究的一种取向是在狭义层面将“数字正义”限定于司法过程,特指以数字化方式提升纠纷解决的效率和公平;另一种取向是在广义层面将“数字正义”视为社会正义原则和正义实现机制在数字领域的体现,并将关注点集中于数字红利分配以及“数字弱势群体”权益保障^⑥。相比数字正义,算法正义和计算正义则将正义限定到人工智能算法的设计和实现,是对技术运用展开的法理学反思^⑦。就数字权利而言,理论法学界早有数字权利的提法,并秉持一种开放视角,将把数据信息作为要素而获得的、在数字时代公民所享有的权利一起纳入数字权利范畴。相比数字权利,数据权利则较为具体,专指当数据成为基本要素后与法律主体之间所产生的关系,且主要集中在民法领域^⑧。为充分保障数字社会公民的基本权利,近几年有学者又提出、论证了数字人权,并形成了肯定、否定和折中三种观点。肯定观点认为,数字人权是数字科技运用中的权利,关系到人生存的条件和能力^⑨,可将其归入“第四代人权”范畴^⑩。否定观点认为,数字人权与第二代人权范式完全相同,它只是单纯的人权内容增加和人权的数字化^⑪。折中观点则认为,

① 齐延平:《数智化社会的法律调控》,《中国法学》2022年第1期。

② 彭诚信:《数字法学的前提性命题与核心范式》,《中国法学》2023年第1期;马长山:《数字法学的理论表达》,《中国法学》2022年第3期;曾贇:《第四种法学知识新形态——数据法学的研究定位》,《法制与社会发展》2023年第1期。

③ 胡铭:《数字法学:定位、范畴与方法——兼论面向数智未来的法学教育》,《政法论坛》2022年第3期。

④ 张吉豫:《数字法理的基础概念与命题》,《法制与社会发展》2022年第5期。

⑤ 郑戈:《区块链与未来法治》,《东方法学》2018年第3期;雷磊:《中国特色社会主义智慧法治建设论纲》,《中共中央党校(国家行政学院)学报》2020年第1期。

⑥ 郭春镇:《数字化时代个人信息的分配正义》,《华东政法大学学报》2021年第3期;高一飞:《智慧社会中的“数字弱势群体”权利保障》,《江海学刊》2019年第5期;宋保振:《“数字弱势群体”权利及其法治化保障》,《法律科学》2020年第6期。

⑦ 郑玉双:《计算正义:算法与法律之关系的法理建构》,《政治与法律》2021年第11期。

⑧ 程啸:《论大数据时代的个人数据权利》,《中国社会科学》2018年第3期;许可:《数据权利:范式统合与规范分殊》,《政法论坛》2021年第4期。

⑨ 张文显:《“数字人权”这个概念有着坚实的法理基础、现实需要和重大意义——无数字不人权》,《北京日报》2019年9月2日,第15版。

⑩ 马长山:《智慧社会背景下的“第四代人权”及其保障》,《中国法学》2019年第5期。

⑪ 刘志强:《论“数字人权”不构成第四代人权》,《法学研究》2021年第1期;刘志强:《“数字人权”再反思——与马长山教授等商榷》,《政法论坛》2022年第6期。

数字人权作为一种新型人权或新型权利,是在对传统人权转型升级的基础上拓展出的新的人权内容^①。

3.有关数字科技与法律关系的研究。数字法学区别于现代法学的一个重要方面就是,将法学问题与大数据、人工智能、区块链、元宇宙等技术问题深度融合。从当下研究来看,相关学术关注主要集中于两方面:一是以数字技术为对象,探讨智能社会或网络社会的法律治理问题。有学者认为,智能革命给当下的法律规则和法律秩序带来一场前所未有的挑战,在民事主体法等诸多方面与现有法律制度形成冲突^②,我们应按照双重空间的生产生活方式和智慧社会的生活逻辑,推动现代性法律体系向智慧性法律体系的转型升级^③。还有学者认为,智能社会的法律治理需要从智能技术的发展水平以及社会治理智能化建设实践出发,根据社会治理的智能化特征,构建社会治理智能化领域法治建设的“四梁八柱”^④;而且,在数据科技治理中,除认真对待法律外,还必须从科技研发、推广与使用等环节系统性地植入伦理规则^⑤;正确处理法律治理与技术治理之间的关系,形成二元共治结构^⑥。二是以科技向善为宗旨,对数字技术运用的方式和限度进行伦理性反思。有学者从法学视角出发,探究了科技伦理的一般性意涵,认为实现科技治理的伦理化,法律要在科技研发、设计等“上游”设定要求,也要对“下游”的科技使用行为进行回应性规制^⑦。也有学者从大数据、人工智能、区块链及元宇宙出发,拓展讨论了数字技术的伦理困境,以及在决策式人工智能向生成式人工智能发展过程中,如何对ChatGPT等进行有效法律监管和规制^⑧。

(二)基于部门法理论的数字法学研究

1.民法领域的数字法学研究。民法领域最早集中开展数字法学分析与研究,该领域的研究内容可总结为以下四方面:第一,结合现实情况对传统民法问题进行新研究。伴随数据、网络虚拟财产等被民法典认可为新型财产,众多学者再次深入讨论了虚拟财产的认定、交易、保护及其继承^⑨,从学理层面探讨人工智能产品尤其是自动驾驶的侵权问题^⑩。第二,从个人信息界定与侵权等方面,集中性、高强度地探讨隐私与个人信息保护。具体而言,既有从民法理论和制度层面讨论个人信息保护的出路,又有围绕《个人信息保护法》制定进行的立法分析,还有针对个人信息保护的基本原则、具体规则和诉讼制度展开的司法分析。第三,从私法视角探讨平台和算法治理。有学者结合个人信息保护中的“知情同意规则”,提出建构平等语境下的规则以约制平台行为^⑪;有学者通过关注“算法解释权”,提出防止企业利用算法自动化决策规避主体责任;还有学者从《民法典》和《个人信息保护法》中的具体权利出发,提出通过提升公民权利运用效能约制平台权力^⑫。第四,关注数据产权及数据交易中的具体问题。自数据正式被确认为基本生产要素后,围绕数据相关问题的民法讨论也纷至沓来。比如,围绕最

① 龚向和:《人的“数字属性”及其法律保障》,《华东政法大学学报》2021年第3期;丁晓东:《论“数字人权”的新型权利特征》,《法律科学》2022年第6期。

② 吴汉东:《人工智能时代的制度安排与法律规制》,《法律科学》2017年第5期。

③ 马长山:《智慧社会的治理难题及其消解》,《求是学刊》2019年第5期。

④ 周汉华、刘灿华:《社会治理智能化的法治路径》,《法学杂志》2020年第9期。

⑤ 黎四奇:《数据科技伦理法律化问题探究》,《中国法学》2022年第4期。

⑥ 郑智航:《网络社会法律治理与技术治理的二元共治》,《中国法学》2018年第2期。

⑦ 赵鹏:《科技治理“伦理化”的法律意涵》,《中外法学》2022年第5期。

⑧ 毕文轩:《生成式人工智能的风险规制困境及其化解:以ChatGPT的规制为视角》,《比较法研究》2023年第3期;张欣:《生成式人工智能的算法治理挑战与治理型监管》,《现代法学》2023年第3期。

⑨ 李岩:《“虚拟财产权”的证立与体系安排——兼评〈民法总则〉第127条》,《法学》2017年第9期。

⑩ 司晓、曹建峰:《论人工智能的民事责任:以自动驾驶汽车和智能机器人为切入点》,《法律科学》2017年第5期;周详:《智能机器人“权利主体论”之提倡》,《法学》2019年第10期;朱梦云:《人工智能生成物的著作权归属制度设计》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2019年第1期。

⑪ 陆青:《个人信息保护中“同意”规则的规范构造》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2019年第5期。

⑫ 张凌寒:《商业自动化决策的算法解释权研究》,《法律科学》2018年第3期;张恩典:《大数据时代的算法解释权:背景、逻辑与构造》,《法学论坛》2019年第4期。

核心的数据确权等问题,学者们分别提出传统财产权、新型财产权、知识产权及数据权等定位,同时结合“数据二十条”对确权的理据与方法展开全面反思性探索^①。就数据要素流动及价值分配,学者们也从合同视角出发,系统研究数据定价、数据交易的法律规则与相关模式^②。

2. 刑法领域的数字法学研究。刑法领域的数字法学研究可归纳为四点:第一,结合数字技术和数字经济的特点,拓宽对网络犯罪尤其是电信网络诈骗犯罪的形式认定,优化量刑标准,为国家实施依法治网提供规范依据^③。第二,围绕个人信息权益之法益,探讨如何结合刑法规定,有效地对针对个人信息的犯罪行为进行法律规制。此外,如何实现刑法与《个人信息保护法》的有效结合,也是刑法学者对数字法学的主要关注点,其内容涉及公民个人信息的权利属性、个人信息的法益、传统刑法保护的难题、行为方式与行为对象确定,以及数据安全分类分级保护等多个重点方面^④。第三,对人工智能的刑事风险与责任、区块链技术运用以及元宇宙空间的刑法规制等,展开定罪上的创新性讨论^⑤。第四,围绕企业刑事合规,详细探讨其法理基础、中国模式以及合规不起诉的条件,并结合数据要素的价值流动,针对性探讨数据合规^⑥。

3. 行政法领域的数字法学研究。在行政法学领域,数字法学研究和法治政府建设紧密相关。从取得的成果来看,研究者的关注点主要集中于数字法治政府建设和公共数据开放,即借助电子政务、政务平台建设、网格化社会治理等方式,探索将科技、法律与行政高度统一于国家治理体系和治理能力的现代化^⑦。此外,也有研究者认为,数字法治政府并不仅仅是数字政府的法治化,除了业务流程、体制机制外,还要强调数字法治价值和数字公民的重要作用。应在私权保护外进行公共秩序建构,甚至要进行相应的宪法创新^⑧。同时,在数字平台及算法规制问题上,也需要结合平台的“私权力”性质,探索行政规制模式,弥补民法规制之不足;针对算法不公和算法腐败问题,设立专门机构或同行评议等方式审查和评估算法^⑨。就公民的个人信息保护而言,行政法领域也有学者观点鲜明地指出,行政机关具有处理与保护个人信息活动的合法性,应以“个人信息受保护权-国家保护义务”框架为基础,建构个人信息的公权力保护模式^⑩。

4. 经济法领域的数字法学研究。我国经济法学者也较早参与到数字法学相关的讨论中,尤其是反垄断研究,为整个数字法学研究进行了重要奠基。在数字经济发展战略提出并明确数据要素为生产要素后,相关讨论继续向纵深拓展。第一,经济学的反垄断理论与实践为平台治理提供了重要的分析视角。该方面的研究围绕国家公权力、数据经营者、数据生产者及消费者之间的权利义务关系展

① 周汉华:《数据确权的误区》,《法学研究》2023年第2期;王利明:《数据何以确权?》,《法学研究》2023年第4期;胡凌:《数据要素财产权的形成:从法律结构到市场结构》,《东方法学》2022年第2期。

② 丁晓东:《数据交易如何破局——数据要素市场中的阿罗信息悖论与法律应对》,《东方法学》2022年第2期。

③ 贾宇:《数字经济刑事法治保障研究》,《中国刑事法杂志》2022年第5期。

④ 于志刚:《“公民个人信息”的权利属性与刑法保护思路》,《浙江社会科学》2017年第10期;周光权:《侵犯公民个人信息罪的行为对象》,《清华法学》2021年第3期;劳东燕:《个人数据的刑法保护模式》,《比较法研究》2020年第5期;汪东升:《个人信息的刑法保护》,北京:法律出版社,2019年,导论。

⑤ 黄陈辰:《论人工智能缺陷产品生产者的刑事责任》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2020年第6期;安然:《人工智能时代侵犯著作权罪的法益嬗变与刑法应对》,《扬州大学学报(人文社会科学版)》2022年第3期;刘宪权:《元宇宙空间犯罪刑法规制的新思路》,《比较法研究》2022年第3期。

⑥ 唐林垚:《数据合规科技的风险规制及法理构建》,《东方法学》2022年第1期。

⑦ 宋华琳:《中国政府数据开放法制的发展与建构》,《行政法学研究》2018年第2期。

⑧ 梅夏英:《在分享和控制之间:数据保护的私法局限和公共秩序构建》,《中外法学》2019年第4期。

⑨ 查云飞:《人工智能时代全自动具体行政行为研究》,《比较法研究》2018年第5期;张恩典:《人工智能算法决策对行政法治的挑战及制度因应》,《行政法学研究》2020年第4期。

⑩ 王锡铤:《个人信息国家保护义务及展开》,《中国法学》2021年第1期;孔祥稳:《论个人信息保护的行政规制路径》,《行政法学研究》2022年第1期。

开^①。第二,对数据作为生产要素及其流通展开分析。这一研究主要包括数据作为生产要素的机理、数据交易的规则、数据收益的分配以及如何通过反垄断法来规制^②。第三,为回应全球金融秩序变革,经济法领域深入展开了有关数据信托和数字货币制度的研究。学者们就数据信托机制,数字货币的法律地位、支付方式及相应的担保问题进行了探讨^③。第四,为了实现数字经济活动中的公平正义,研究者也从主体间公正出发,探讨了数字普惠金融的监管与保障,以及如何对数字企业征收数字税等^④。相较于对反垄断和数据交易等传统问题的分析,学者对数据信托、数字货币、数字税的讨论,在整个数字法学研究中极具开拓性价值。

相比实体法领域着重关注数字法学的理论建构,程序法领域的数字法学研究主要围绕实践问题展开,这些分析大都在已有诉讼程序上拓展了新内容。除此之外,在国际法领域,学者们着重从国家主权和数据安全出发,探讨国家数字主权保护、电子数据跨境流动规则等相关问题^⑤。社会法则着重探讨了在平台经济和算法时代,如何充分保护劳动者权益^⑥。此处不再具体详述。

二、面向法学实践的数字法学研究

(一)基于立法和法律实施的数字法学研究

1.立法层面的数字法学研究。当前数字法学和数字法治的立法研究主要集中在三方面。第一,从宏观出发,讨论和数字科技相关的立法问题。这一类研究既涉及大数据、人工智能等技术如何参与和辅助我国的立法活动^⑦,又涉及为了建构数字科技发展新秩序,如何对人工智能、区块链等技术本身进行立法规制^⑧。第二,从部门法出发,讨论人工智能等技术带来的法律内容及结构变革。最主要的研究就是围绕个人信息保护的讨论:既有通过国内外立法对比,分析我国个人信息保护立法难题,探讨我国立法所应遵循的模式、路径以及如何进行内容完善的研究^⑨,又有以有关个人信息与数据保护的相关国家立法和地方立法为范本,讨论个人信息与数据保护法律体系之完善,还有专门针对《个人信息保护法》,讨论其中的立法原则、立法结构、法律解释及立法不足^⑩的研究。第三,从比较法出发,围绕智能社会的风险行政法建构,讨论如何借鉴国外经验完善我国的金融科技法律,以及基于《国家安全法》和《网络安全法》的框架,如何立足数据法体系和安全法体系进行《数据安全法》建构^⑪。

① 杨东:《论反垄断法的重构:应对数字经济的挑战》,《中国法学》2020年第3期;孙晋:《数字平台的反垄断监管》,《中国社会科学》2021年第5期。

② 杨东、臧俊恒:《数据生产要素的竞争规制困境与突破》,《国家检察官学院学报》2020年第6期。

③ 席月民:《数据安全:数据信托目的及其实现机制》,《法学杂志》2021年第9期;袁曾:《法定数字货币的法律地位、作用与监管》,《东方法学》2021年第3期。

④ 张守文:《数字税立法:原理依循与价值引领》,《税务研究》2021年第1期。

⑤ 欧福永、范知智:《个人数据跨境流动规制中的“长臂管辖”及我国的对策》,《时代法学》2023年第1期;张晓君:《数据主权规则建设的模式与借鉴——兼论中国数据主权的规则建构》,《现代法学》2020年第6期。

⑥ 谢增毅:《互联网平台用工劳动关系认定》,《中外法学》2018年第6期。

⑦ 高绍林、张宜云:《人工智能在立法领域的应用与展望》,《地方立法研究》2019年第1期;江必新、郑礼华:《互联网、大数据、人工智能与科学立法》,《法学杂志》2018年第5期。

⑧ 龙卫球:《人工智能立法的“技术—社会+经济”范式——基于引领法律与科技新型关系的视角》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2020年第1期。

⑨ 高富平:《个人信息保护立法研究》,北京:光明日报出版社,2021年,第2—10页。

⑩ 文禹衡、于琳:《我国个人信息法律保护现状、主要问题及完善路径——基于〈中华人民共和国个人信息保护法〉的词频统计与分析》,《图书馆理论与实践》2022年第4期。

⑪ 何渊:《智能社会的治理与风险行政法的建构与证成》,《东方法学》2019年第1期;翟志勇:《数据安全法的体系定位》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2021年第1期。

2. 执法层面的数字法学研究。相比立法,执法层面的数字法学研究重点集中在如何将大数据、区块链等技术充分运用于法治政府建设中,以进一步推行“大综合一体化”的行政执法改革。研究重心是围绕大数据技术在行政决策和行政执法中的运用,探讨如何实现行政执法的精细化与合法化^①。此外,还有学者以转变政府职能和改善营商环境为切入点,讨论“互联网+政务”的法治化改革^②。针对数字科技打造的“技术利维坦”,讨论政府应该如何应对技术赋权引发的权力与权利间的失衡,进而有效地进行社会治理^③;以及讨论如何在行政执法中,实现政务数据的充分有效共享^④。

3. 司法层面的数字法学研究。数字法学在司法领域有着最广泛的研究和应用。伴随对智能司法问题思考的不断成熟,学者们大都认可了互联网技术在提升裁判效率和准确性方面的积极作用,并着力探索了该技术运用的方式与限度。基于已有成果,当前司法中的数字法学研究可依据“弱人工智能”与“强人工智能”、微观技术与宏观机制的区别,归纳为以下四方面:第一,从理论层面反思智慧司法和智慧法院建设的时代性与必要性,着重分析互联网司法的优势及其限度^⑤。第二,围绕司法的性质及人工智能的运作逻辑,讨论人工智能司法决策的可行性及未来发展,并将此作为人工智能司法过程中的最核心问题^⑥。第三,就互联网司法中的制度改革相关问题展开研究,包括互联网法院设置及其运行、裁判文书网上公开、司法证据收集与处理、类案智能推送以及“一站式”公共法律服务的方式等。第四,互联网司法中的机制完善问题研究。主要体现在如何完善在线矛盾纠纷化解、电子文书送达、电子卷宗生成和归档、执行信息共享及司法舆论监督评价机制等。

4. 法律监督层面的数字法学研究。将大数据、区块链技术用于法律监督的直接依据是《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》。在理论研究中,法律监督层面的数字法学研究分别围绕检察院和监察委展开。就前者而言,学者研究旨趣集中于数字技术如何赋能检察院提升监督效果,其发展也实现了从智慧检务到数字检察的过渡演进^⑦。此外,还有学者围绕智慧检务中的具体问题探讨了化解策略^⑧。就后者而言,学者们大都以党纪监督领域的大数据侦查、大数据监控的具体实践为基础,分析数字技术赋能国家监察的概念特征、内在逻辑,以及如何通过行为规范化进行制度建构^⑨。

(二)基于学科建设的数字法学研究

1. 有关数字法学历学学科属性的研究。对于数字法学的学科定位,相关研究者目前大都采取一种较为稳妥的做法,即认为数字法学虽然具有了一些成为独立学科的基础要素,但仍然隶属法学一级学科。从《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》来看,也只是明确了其新兴学科属性,并未直接阐明与法学一级学科之间的关系。但也有学者旗帜鲜明地认为,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。从内容看,数字法学是理论体系、价值体系、学科体系完备的知识构架,为数字时代的法律发展和秩序构建提供了

① 孙丽岩:《行政决策运用大数据的法治化》,《现代法学》2019年第1期;谭俊:《大数据技术在警察执法中的应用及挑战》,《行政法学研究》2018年第6期。

② 翟云:《政府职能转变视角下“互联网+政务服务”优化路径探讨》,《中共中央党校(国家行政学院)学报》2017年第6期。

③ 王小芳、王磊:《“技术利维坦”:人工智能嵌入社会治理的潜在风险与政府应对》,《电子政务》2019年第5期。

④ 袁刚等:《政务数据资源整合共享:需求、困境与关键进路》,《电子政务》2020年第10期。

⑤ 刘品新:《智慧司法的中国创新》,《国家检察官学院学报》2021年第3期;王禄生:《智慧法院建设的中国经验及其路径优化——基于大数据与人工智能的应用展开》,《内蒙古社会科学》2021年第1期。

⑥ 吴习斌:《司法裁判人工智能化的可能性及问题》,《浙江社会科学》2017年第4期;周尚君、伍茜:《人工智能司法决策的可能与限度》,《华东政法大学学报》2019年第1期。

⑦ 孙谦:《推进检察工作与新技术深度融合有效提升办案质量、效率和司法公信力》,《人民检察》2017年第19期;赵志刚:《检察智能化建设的战略转型和发展趋势》,《中国法律评论》2018年第2期;钱昌夫、赵少岸:《数字检察范式的实践应用》,《中国检察官》2022年第3期。

⑧ 张亚军、黄华:《机遇与挑战:我国智慧检务建设的发展隐忧与平衡路径》,《河北法学》2021年第2期。

⑨ 杨建军:《纪检监察机关大数据监督的规范化与制度构建》,《法学研究》2022年第2期。

理论解说和规范指引^①。

从研究进路来看,一方面,学界从新文科和新法科视角出发,结合数字法学体系与内容的特殊性,分析了数字法学的学科属性。有学者认为,新文科在法学领域的展开就是新法学,综合性大学法学院应探索构建互联网法学、未来法学、算法法学和数字法学^②。也有学者认为在数字时代,数字法学应突破传统文科的理论工具和研究手段限制,转向运用现代科技、信息技术和人工智能,实现定性方法与定量方法的统一,彰显新文科的科学性^③。另一方面,也有学者从数字法学的“三大体系”出发,提出在学科体系建设上,要提前谋划如何实现数字法学与现代法学的学科融合。他们指出在学术体系建设上,要将我国鲜活的数字治理实践经验理论化、抽象化,提炼数字法学的基本理论与基本范畴;在话语体系建设上,要讲好我国的数字化治理故事,提高我国数字法学话语体系的国际影响力。对此观点,周汉华教授曾在“数字法学三大体系建设研讨会暨中国人民大学法学院数字法学教研中心成立仪式”上予以详细阐述。

2.有关数字法学学科发展的研究。界定数字法学学科属性的一个重要目的就是便于开展体系化的内容研究,树立面向数字法治的教育理念,构建深度交叠互动的教育模式,推进数字法学学科全面发展^④。在研究主体上,很多高校除了依靠学者个人研究外,还多在学校层面创设了未来法治研究院、互联网法治研究院、数字法治研究院、数据法治研究院、人工智能法学院等专门研究机构,围绕与发展数字经济、进行数字治理紧密相关的社会问题,以对接司法需求和承担重大课题的方式,深入开展学科发展研究。在研究内容上,研究者以人工智能法学、计算法学、信息法学等为内容,着重分析数字法学的学科特点与学科范式,以及数字法学学科未来发展的方向与路径。在研究方法上,研究者利用数字法学的新兴学科特质,侧重法学与经济学、社会学、政治学、心理学、管理学以及自然科学等学科交叉融合,积极借鉴计算机科学、逻辑学、社会学的理论框架,寻找数字法学学科的分析工具,并通过联合举办研讨活动或高端论坛等形式,共同探索数字法学学科发展新模式。

三、当下研究的特点及有待突破的问题

(一)当下数字法学研究的主要特点

第一,理论的横断性。当今数字社会发展正面临生产组织方式的数字化调整和生活方式的数字化重构两大变革。基于原有物理时空而形成的生产生活规律、社会组织形式、社会治理体系、法律制度规范等,也必将面临着数字时代发展逻辑带来的挑战和重塑,亟需法学理论的积极回应和探索重构^⑤。正如尼葛洛庞帝在阐释法律落后于数字化现实时,打的一个精彩比方:“我们的法律就仿佛在甲板上吧嗒吧嗒挣扎的鱼一样。这些垂死挣扎的鱼拼命喘着气,因为数字世界是个截然不同的地方。大多数的法律都是为了原子的世界、而不是比特的世界而制定的”^⑥。相比现代法学,数字法学是一门融合力强的横断性学科,而且是法学领域新文科建设的重要学科^⑦,其基础理论、法律规范与司法实践均展现出极大的独特性。

第二,内容的创新性。客观地说,有关数字人权和数字权利,国外研究先于国内^⑧。但相比国外,

① 马长山:《数字法学的理论表达》,《中国法学》2022年第3期;何志鹏:《优化法学学科体系》,《中国大学教学》2023年第9期。

② 徐显明:《新文科与新法学》,《新文科理论与实践》2022年第1期。

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

④ 危红波:《数字社会的法学教育因应——基于新文科建设视角的理论考察》,《华东政法大学学报》2022年第3期。

⑤ 马长山:《数字时代的法律变革》,《浙江社会科学》2019年第12期。

⑥ 尼古拉·尼葛洛庞帝:《数字化生存》,胡泳、范海燕译,北京:中国工信出版集团电子工业出版社,2017年,第14页。

⑦ 王利明、黄文艺:《论法学学科的发展规律和发展前景》,《大学与学科》2020年第1期。

⑧ Skepys B., “Is There Human Right to the Internet”, *Journal of Politics and Law*, 2012, 4(4), pp. 15-29.

我们的创新之处在于从理论法学和几乎所有部门法学出发,数字法学研究呈现出一种地毯式、体系化的学术群体思索。不仅数字法学、数字法治、数字政府、数字社会、算法正义、平台标准等新概念不断出现,而且有关数字社会生产力发展和生产关系调整的新理论和新观点也层出不穷。为了将这些创新转化为制度优势,我们的数字立法和司法也积极探索“中国模式”。一方面,为充分发挥数据要素的价值,我国采取了“国家推行+地方先试”的模式,率先迈入了数据要素交易、分配与收益立法的世界“无人区”^①;另一方面,借助多方合力,中国智慧司法成为全球“网络覆盖最全、业务支持最多、数据汇聚最大、协同范围最广、智能服务最新、透明程度最高”的体系^②,大大提升了司法智能化程度。

第三,方法的交叉性。数字法学打破了现代法学的知识范围、理论命题和学科划分,对很多现实问题的研究都突破了单一学科语境,转向法学与经济学、管理学及社会学的深入融合。而且,该交叉不仅限于人文社会科学,还拓展到计算机科学、人工智能甚至脑神经科学等学科范畴,是对人工智能、数字科技等内容的深刻法学反思。比如,法学与经济学共同探讨数据产权和数字资产定价规则、数字普惠金融的法律规制、数字货币发行的法律依据、数据交易与收益分配的法律保障,以及数字经济驱动的数字产业化和产业数字化^③;法学与社会学共同讨论数字技术差异赋权、数字贫困的法律治理以及信息公平的法律实现^④;法学与管理学共同研究面对数字化社会变革,如何结合管理学模型开展法治化数字社会治理和法律行为评价^⑤;法学与计算机科学的交叉除了关注一般性的算法程序、算法规制、数字知识产权保护外,还通过社会信息学,量化分析司法中的量刑、法律效果评估等具体问题。

第四,视域的国际性。自G20杭州峰会将数字经济列为创新增长蓝图中的重要议题以来,数字经济逐渐上升为国家战略,以实现数字时代经济发展的“弯道超车”。此过程中,数字法学作为保障数字经济发展最重要的制度性规范,自然带有显著的国家战略性。当下的数字法治研究融入国际治理体系视野,形成数字法治建设的“中国模式”,贡献了中国经验和中国智慧^⑥。该国际性主要体现在两方面:一方面是保护我国公民、企业的数据信息权益及国家数据安全,如主动学习与研究美国联邦及各州、欧盟GDPR等国外众多有关数据信息权益保障立法,保障我国的数据对外不再只是受制于西方的规则与标准,尽最大可能地维护国家数据主权^⑦。另一方面是进行创新性立法与司法,争夺中国在世界数字法治建设中的话语权,如中国主动参与国际通用标准制定,这既与党中央提出的一系列“数字+”重大命题、重要思想相契合,又具有较强的包容力和更优的传播力,极大地提升了中国数字法治建设的国际影响。

(二)数字法学研究亟待突破的问题

第一,因忽视法学基础理论与范畴而招致“制造学术泡沫”批判^⑧。基于此,当下的数字法学研究必须要在如下两方面展开深入反思:第一,虽然有关数字法治的研究成果已不在少数,但其中部分成果仍面临将技术问题简单“修正”为法律问题,或者将计算机、网络技术等领域的概念直接“嫁接”到法

① 宋保振:《数字技术差异赋权风险的法律规制》,《郑州大学学报(哲学社会科学版)》2022年第4期。

② 孙晓勇:《司法大数据在中国法院的应用与前景展望》,《中国法学》2021年第4期。

③ 孔祥俊:《商业数据权:数字时代的新型工业产权——工业产权的归入与权属界定三原则》,《比较法研究》2022年第1期;申卫星:《论数据用益权》,《中国社会科学》2020年第11期;崔海洋、袁倩莹:《数字金融、产业结构升级与包容性增长——基于区域和城乡协调发展的视角》,《云南民族大学学报(哲学社会科学版)》2022年第5期。

④ 宁立标:《论数字贫困的法律治理》,《南京社会科学》2020年第12期;石晋阳、陈刚:《老年人数字化生存困境及其转化学习模式建构》,《扬州大学学报(人文社会科学版)》2023年第5期。

⑤ 潘越等:《数智赋能、法治化营商环境建设与商业信用融资——来自“智慧法院”视角的经验证据》,《管理世界》2022年第9期。

⑥ 杨力:《数字法治的中国探索与世界影响》,《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2022年第4期。

⑦ 张晓君:《数据主权规则建设的模式与借鉴——兼论中国数据主权的规则构建》,《现代法学》2020年第6期。

⑧ 刘艳红:《人工智能法学研究的反智化批判》,《东方法学》2019年第5期。

学领域的风险。对此,就有学者从法治的本质属性出发,批判了“算法之治=法治”的庸俗性^①。第二,数字法学研究不能脱离法学的基本理论和价值框架。在数字法学还未成为独立的一级学科之前,它仍应处于法学框架体系内,甚至即使数字法学成为与法学并列的一级交叉学科,也无法摆脱法学的基本特征。如今数字法学领域涌现出大量新概念,如果没有特定的内涵与外延,这些概念仍会面临只是现代法学概念在数字时代之展现的理论诘难。对此,有学者分析道,离开法教义学的基本立场与方法,人工智能的研究日益滑向不可知论,人工智能并未对法律基础理论、法学基本教义提出挑战,受到挑战的只是如何将传统知识适用于新场景^②。以智能裁判为例,学者们逐步认识到智慧法院建设是一个过程,在实践应用、系统融贯及在线诉讼方面还存在不足。对于智能司法裁判,学者们更是秉持一种保守态度,在承认智能裁判可行性的同时,也强调要注意设置其限度^③。

第二,交叉研究有待更加深入地融合各学科话语体系。学科交叉与融合是深入推进我国数字法学研究的不竭动力。真正实现前沿交叉不能只是从不同角度对某一问题进行审视,或者仅仅从各自立场出发探索问题化解对策。数字法学有特定的研究对象、研究方法和研究范式,不应当将数据信息处理活动不经转化地视为法律活动。当下数字法学研究仍习惯从现代法学范式出发,审视数字社会中的新问题,采取从本专业向网络领域徐徐拓展的方式。这不可避免地使数字法学研究带有“热点导向”痕迹,继而引发一个坏结果——学者们难以形成共同知识前见,只是局限在某一领域内循环论证。而且离开经济学、计算机科学等学科的基础知识而直接分析法学问题时,数字法学研究的局限性、碎片化特征就更加凸显,甚至存在错误判断,这也是数字法学的反对者提出的严厉的批评。

不过,从当下的研究成果来看,我们已经开始探索从不同学科话语体系角度,展开深度的话语转化和交叉研究。以智能裁判研究为例,有研究采用计算社会科学的方式,即融入计算思维研究法律问题,或者利用计算方法开展法律大数据分析,或者研究在法律决断中,如何借助法律科技尽可能实现客观的可视正义^④;也有研究从法律推理建模出发,借助基本的逻辑规则与要求,探索如何客观地进行智能裁判以及建设智慧法院^⑤。亦有学者跳出法学视野,推行一种更为深入的跨界研究。

四、数字法学研究的未来展望

结合数字法学对现代法学的回应,我们大体可将其发展分为“三阶段”:一是作为技术和方法的阶段,该阶段主要强调的是数字技术在法学领域的运用;二是作为对象和内容的阶段,该阶段重在研究技术发展和运用中的法学问题;三是作为基础和范式的阶段,该阶段是用数字法学更迭现代法学及其内在逻辑、法律关系和法律价值。从研究深度看,三个研究阶段逐步递进。我国数字法学主流研究还是处于而且可能将长期处于第一和第二阶段,即着重研究如何将数字技术运用于法的运行全过程,以及如何通过逐步完善法律体系和健全法律制度规范,回应技术本身和技术现实运用中不断出现的新现象、新问题。此过程中,很多学者也从一般法理层面开展研究,但囿于研究者主要还是沿用现代法学分析框架,针对新现象与新问题的分析说服力仍有不足。这并不等于说,作为基础和范式的数字法学研究只是一种理论幻想,其应该是数字法学发展的更高追求。如何扎实推进数字法学第一阶段和第二阶段的研究,进而为第三阶段的理论与学科建设研究夯实根基,将是未来数字法学研究者的重

① 陈景辉:《算法之治:法治的另一种可能性?》,《法制与社会发展》2022年第4期。

② 刘艳红:《人工智能法学的反智能化批判》,《东方法学》2019年第5期。

③ 刘艳红:《人工智能技术在智慧法院建设中实践运用与前景展望》,《比较法研究》2022年第1期;孙海波:《反思智能化裁判的可能及限度》,《国家检察官学院学报》2020年第5期。

④ 申卫星、刘云:《法学研究新范式:计算法学的内涵、范畴与方法》,《法学研究》2020年第5期。

⑤ 熊明辉:《法律人工智能的推理建模路径》,《求是学刊》2020年第6期;魏斌:《法律论证人工智能研究的非形式逻辑转向》,《法商研究》2022年第5期。

学术使命。为顺利完成“阶段跃升”,今后要着重关注以下三个方面:

第一,继续重视法学基础问题研究以实现科学创新。尽管从国家宏观设计和学术研究来看,数字法学日渐被视为一门新兴交叉学科,但数字法学目前秉持现代法学的基本学科体系,很多新概念都只是现代法学的“化身”。因此,我们只有从基础学科角度来证成数字法学,其相关的理论分析和内容建构才不是无本之木。同时,比较与交叉研究也必将成为重要的研究方法,用来探索在“数字”修饰下,现代法学如何向数字法学实现内在转变。当下已有一批法学研究者尤其是理论法学研究者,在努力打造中国特色的数字法学一级交叉学科,积极从法与社会、法与科技的关系出发建构数字法学体系,但知识的碎片化仍然是未解决的难题。比如,当下的研究成果大都是以论文、课题的形式呈现,教材式的学术专著和体系化的外文图书译介仍较为匮乏^①。

第二,从实践出发挖掘数字法学的新问题与新对策。相比理论研究,数字法治实践具有超前性。以智慧法院和数字检察为例,大数据甚至区块链等技术已经突破社会治理进入司法活动,但我们的理论研究还更多的是在总结问题而不是预设问题,即数字司法的社会实践已明显地领先于理论探讨^②。再以数据要素流动为例,众多的数据处理企业和大平台已经就数据产权、数据收益分配、数据要素市场化等棘手问题,形成了行业内特定的游戏规则,这些规则有些完全不同于理论研究的“沙盘推演”。既然我们承认数字法学的新兴性与横断性,那么,学术界应当围绕数字经济发展和数字生活实践中透射出的问题,基于其现实投入与贡献而产生的权益,配置相适应的法律制度^③,有效保护各地方企业或平台。在此方面,四川、浙江、广州、上海等省份在全国作出了表率。它们围绕人工智能、个人信息保护、数据流通交易出台的地方性法规或政府规章,很多都具有全国领先性。

第三,兼顾数字法学研究的立法立场和司法立场。建设新兴法律学科的第一步是完善相关的法律规范体系。近几年,围绕数字科技发展、信息技术运用、数字社会治理的法律指引或规制,我们牢牢把握住了历史发展契机,从《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》等中央立法和地方立法两方面,制定了较为完备的规范体系,这种“中央-地方”共同推进的模式具有显著的中国特色。当法律规范完备之后,法治发展的重点必然将转向规则运用。此时,鉴于数字法学和现代法学的不同,如何通过特定的法律思维与法律方法,理解、解释和运用法律文本,也将成为数字法学发展的重要内容。以《个人信息保护法》为例,相比其他社会权益,公民的个人信息权益是一种动态、复杂并具有主体区别的权益内容,具有更直接的主体关联性与个人标识性,其中的敏感个人信息直接和公民的数字人格与数字身份关联,客观存在着司法适用难度。无论是法律适用的基本原则,还是不确定性概念的理解,均不同于传统部门法。当通过法律保护个人信息权益时,我们应避免陷入抽象的法条主义误区,努力将所保护法益、公民主体身份及数据信息要素充分结合,处理好文本与语境之间的关系,提升已有立法的实效。

① 当代表性成果主要有何渊:《数据法学》,北京:北京大学出版社,2020年;马长山:《数字法治概论》,北京:法律出版社,2022年;胡铭:《数字法治:实践与变革》,杭州:浙江大学出版社,2022年;彭诚信主编的有关数字法学的系列丛书。

② 胡铭:《数字法学研究的实验方法与风险防控》,《华东政法大学学报》2023年第1期。

③ 姚佳:《数据要素市场化的法律制度配置》,《郑州大学学报(哲学社会科学版)》2022年第6期。

The Foundation and Expansion of Digital Law Research in China (2018—2023)

Song Baozhen¹ Zhao Qiang²

(1. School of Law, Smart State Governance Lab, Shandong University,
Qingdao 266237, P.R.China;

2. School of Information Science and Engineering, Shandong University,
Qingdao 266237, P.R.China)

Abstract: Against the dual backdrop of rapid global digital technology development and continuous improvements in modern rule of law, the study of digital law has become a critical component of global legal research, with many countries engaging in profound academic discussions on the relationship between artificial intelligence and law. In terms of research intensity, personnel scale, and output of achievements, digital law has been a focal point of Chinese legal research in recent years, and reform the existing laws from basic categories, foundational theories, judicial practices, and disciplinary construction. Theoretically, digital law proposes and constructs new issues, concepts, values, and methods in jurisprudence from the perspectives of legal theory and department law. Reflecting on the concept and value of law in traditional jurisprudence, this study proposes and substantiates notions such as digital rule of law, digital justice, digital human rights, and digital society, etc. It believes that traditional law based on the construction of physical society is no longer suited to the realities of digital society's development, necessitating a future transformation of legal theory. In practice, digital law adheres to the requirements of constructing "new liberal arts," placing great emphasis on the application of digital technology throughout the entire process of law operation and striving to establish an emerging interdisciplinary field. Among these efforts, research on the construction of intelligent justice and courts has organically integrated law, computer science, psychology, and statistics, garnering a degree of international influence.

The current characteristics of digital law research in China can be summarized as the interdisciplinary nature of theory, the innovativeness of content, the intersectionality of methods, and the internationality of perspective. However, there are also two shortcomings: criticism of "creating academic bubbles" due to neglecting the foundations and categories of legal theory, and the need for deeper integration of the discourse systems of various disciplines in interdisciplinary research.

China's current digital law research exhibits a distinct "three-stage" progression. The first stage focuses on technology and methods, emphasizing the application of digital technology in the legal field. The second stage centers on objects and content, studying legal issues arising from technological development and application. The third stage treats digital law as a foundation and paradigm, employing it to supersede the internal logic, legal relationships, and legal values of modern law. From the perspective of research depth, these three stages progress incrementally, with their associated content continuously enriched. To facilitate stage advancement, we should continue to prioritize research on fundamental legal issues to achieve scientific innovation, identify new problems and countermeasures in digital law from a practical standpoint, and consider both legislative and judicial perspectives in digital law research.

Keywords: New liberal arts; Digital law; Digital rule of law; Digital human rights; Data rights

[责任编辑:王苏苏]