

数字政府的法治建构*

余凌云

【摘要】我国政府从迈向数字化之际，数字技术运用就远远走在规则之前，中央政府与地方政府通过规划、意见、工作方案等规范性文件对各级政府、各行政部门提出数字建设要求，以内部行政的进路方式不断推进。但是，政府的数字化转型不仅是“流程再造”“模式优化”及重塑权力运行方式，而更多的是带来对既有规则的冲击。有必要通过区分内部行政与外部行政、重新界定权力与责任、跟进调适有关法律规则的方式，分别探寻数字政府法治化构建的基本路径。

【关键词】数字政府 法治 内在驱动 建构

【作者简介】余凌云，法学博士，清华大学法学院教授、博士生导师。

【中图分类号】D922.1 **【文献标识码】**A

【文章编号】2097 - 1125 (2022) 01 - 0090 - 19

一、引言

数字政府从早先的信息化建设、电子政务发展而来，它不是电子政务在概念上的简单替换，^①而是一个具有全新意义的概念，实现了“从以职能为

* 本文系国家社会科学基金重大项目“大数据、人工智能背景下的公安法治建设研究”（19ZDA165）的主要成果之一。

郑志行、王正鑫帮助收集有关规范与文献，在此致谢。

① 西方一些学者认为，“从电子政务到数字政府的治理发展过程可以划分为五个阶段：存在、互动、交易、转化和数字政府，其中前四个阶段属于电子政务的范畴，只有第五个阶段才是真正通过双向互动为所有公众或企业提供高质量服务的数字政府阶段，在这个阶段最终会实现技术与服务的高度融合”，参见蒋敏娟、黄璜：《数字政府：概念界说、价值蕴含与治理框架——基于西方国家的文献与经验》，《当代世界与社会主义》2020年第3期，第176页。也有学者认为，数字政府与电子政务没有区别，数字政府只是电子政务的一个发展阶段而已，是从业务上网到服务上网，参见翟云：《改革开放40年来中国电子政务发展的理论演化与实践探索：从业务上网到服务上网》，《电子政务》2018年第12期，第83页。

中心到以公众为中心，从技术驱动到需求驱动”的飞跃。^①这个概念风行于2017年之后。党中央文件首次提及“数字政府”，是2019年10月31日十九届四中全会通过的《关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》。^②对它的描述尽管视角多元、不尽相同，但大致是指一种新的治理模式：政府通过数字化转型，重塑施政理念、方式与流程，在安全和隐私得到保护的前提下，通过数据共享促进业务协同，通过数据开放促进创新，不断推进政府治理体系和治理能力的现代化。^③

刚进入21世纪不久，关于数字政府的研究就铺天盖地而来。最初是公共行政管理、电子政务、国际关系、政治学、互联网信息技术等领域的学者围绕数字政府如何建设、如何开展治理进行研究，关注数字政府的治理方式变化、政府体制机制的系统优化、流程再造、政务服务全面数字化以及地方实践。^④旋即，法学学者也纷至沓来，但对数字政府变革与法治的宏观研究不多，^⑤大多是对自动化行政、非现场执法、算法、技术性正当程序等问题的微观研究。^⑥

新公共管理的改革浪潮已经基本停滞或逆转，取而代之的是“数字时代治理”（digital-era governance）。^⑦可以说，在我国迈向数字化之际，数字技术运用就远远走在规则之前，中央与地方政府通过规划、意见、工作方案等规范性文件对各级政府、各行政部门提出数字建设要求，以内部行政的进路方式不断推进。但是，政府的数字化转型不仅是“流程再造”“模式优化”

① 参见张锐昕：《电子政府概念的演进：从虚拟政府到智慧政府》，《上海行政学院学报》2016年第6期，第6页。

② 参见北京大学课题组、黄璜：《平台驱动的数字政府：能力、转型与现代化》，《电子政务》2020年第7期，第8页。

③ 参见黄璜：《数字政府：政策、特征与概念》，《治理研究》2020年第3期，第7~8页；蒋敏娟、黄璜：《数字政府：概念界说、价值蕴含与治理框架——基于西方国家的文献与经验》，《当代世界与社会主义》2020年第3期，第175、178页。

④ 参见刘淑春：《数字政府战略意蕴、技术构架与路径设计——基于浙江改革的实践与探索》，《中国行政管理》2018年第9期，第38页。

⑤ 参见马颜昕等：《数字政府：变革与法治》，中国人民大学出版社2021年版。

⑥ 参见胡敏洁：《自动化行政的法律控制》，《行政法学研究》2019年第2期；余凌云：《交警非现场执法的规范构建》，《法学研究》2021年第3期；查云飞：《健康码：个人疫情风险的自动化评级与利用》，《浙江学刊》2020年第3期；张凌寒：《算法自动化决策与行政正当程序制度的冲突与调和》，《东方法学》2020年第6期；刘东亮：《技术性正当程序：人工智能时代程序法和算法的双重变奏》，《比较法研究》2020年第5期。

⑦ 参见 Patrick Dunleavy, Helen Margetts and Simon Bastow et al., *New Public Management is Dead: Long Live Digital-Era Governance*, *Journal of Public Administration Research and Theory*, Vol. 16 (3), 2006, pp. 467-494.

及重塑权力运行方式，内在驱动模式也一定会扩大、影响并作用于外部行政关系，带来对既有规则的冲击，有必要通过区分内部行政与外部行政、重新界定权力与责任、跟进调适有关法律规则的方式，分别探寻数字政府法治化构建的基本路径。

二、既定的数字建设要求

我国政府的数字化转型从地方开始先行先试，其中的佼佼者广东、浙江和贵州。2017年12月，广东率先提出并部署数字政府建设。第二年，广东下发了《广东省人民政府关于印发广东省“数字政府”建设总体规划（2018—2020年）的通知》（粤府〔2018〕105号）、《广东省人民政府办公厅关于印发广东省“数字政府”建设总体规划（2018—2020年）实施方案的通知》（粤府办〔2018〕48号），“借助系统性思维从管理、业务和技术三个层面对数字政府的构建进行顶层设计，从全方位对政府数字化改革进行保障”，^①就数字平台建设、数字技术应用以及创新政务服务等作出安排。2016年，浙江省委经济工作会议首次公开提出“最多跑一次”改革。2018年7月《浙江省数字化转型标准化建设方案（2018—2020）》（浙政办发〔2018〕70号）主要就政府数字化转型的标准化工作体系、工作机制作出安排。贵州也在2018年先后下发《贵州省人民政府关于促进大数据云计算人工智能创新发展加快建设数字贵州的意见》和《贵州省推进“一云一网一平台”建设工作方案》，全力推动互联网、大数据、云计算、人工智能和政府治理、民生服务深度融合。

上述文件都是关于数字政府建设的行政性作业，自上而下、由内而外发力，就组织实施、工作重点、监督考核作出具体要求，要求各级地方政府及政府部门恪遵功令，主要包括：一是政务服务方面，“利用互联网、大数据等现代信息技术，推进集约化平台的建设和应用，对外实现政务服务质量提升，对内实现跨部门协同办公”；二是数据治理方面，打破信息孤岛，加强数据开放；三是政府职能创新方面，“利用大数据技术提升政府在市场监督、社会治理、生态保护、公共服务等领域的职能履行”。^②

2018年之后，广西、宁夏、湖北、山东、山西、四川、河南、辽宁、黑龙江、深圳、苏州、济南等地方政府都陆续下发了有关数字政府建设的行

① 参见蒋敏娟：《地方数字政府建设模式比较——以广东、浙江、贵州三省为例》，《行政管理改革》2021年第6期，第56页。

② 参见蒋敏娟：《地方数字政府建设模式比较——以广东、浙江、贵州三省为例》，《行政管理改革》2021年第6期，第53页。

动计划、实施方案、指导意见、总体规划、工作要点等，具体内容基本上也大同小异。

中央层面明确对数字政府建设提出具体要求的是以下“一规划、一纲要”。2021年3月11日十三届全国人大四次会议通过的《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》专用一章，2021年8月中共中央、国务院印发的《法治政府建设实施纲要（2021—2025年）》也突破了以往有关法治政府建设文件的行文结构，专设一条，提出了数字政府建设的基本要求。“平台、系统建设，实现有序共享，互联网全覆盖是基础，执法方式更新、流程再造、公共服务精准优化等是运用。”

（1）打通数据孤岛，建设统一平台。统筹规划、建设政府信息平台和政务服务平台，优化整合各类数据、网络平台，防止重复建设。“构建统一的国家公共数据开放平台和开发利用端口”，“完善国家电子政务网络，集约建设政务云平台和数据中心体系，推进政务信息系统云迁移”。

（2）推动数据信息共享与开放，确保数据安全，加强数据整合。一是政府及各部门之间共享。“推进数据跨部门、跨层级、跨地区汇聚融合和深度利用”，“深化国家人口、法人、空间地理等基础信息资源共享利用”。二是向社会开放。“扩大基础公共信息数据安全有序开放”，“优先推动企业登记监管、卫生、交通、气象等高价值数据集向社会开放”，“优先推动民生保障、公共服务、市场监管等领域政府数据向社会有序开放”。

（3）以互联网为基础，全面推进政府运行方式、业务流程和服务模式数字化、智能化。一是广泛运用“互联网+”监管执法，探索推行以远程监管、移动监管、预警防控为特征的非现场监管、非现场执法。二是大力推行“互联网+公共服务”，加快推进政务服务向移动端延伸，实现更多政务服务事项“掌上办”。优化公共服务流程，提高公众体验感。三是利用数字技术辅助政府决策、行政立法、行政执法，加强与公众的便捷有效交流，提高基于高频大数据精准动态监测预测预警水平。

上述除全国人大通过的规划外，无论是地方政府还是国务院下发的文件都是规范性文件。从内容看，前述文件属于内部行政法上的内部规则，符合内部行政法的基本特征：^①首先，是向各级政府、行政部门发文，没有相对人参与其中；其次，是对各级行政机关的工作要求，不涉及对相对人权利义务的法律上直接处分；再次，仅产生对内的拘束效力，不直接产生外部效

^① 参见章剑生：《作为担保行政行为合法性的内部行政法》，《法学家》2018年第6期，第69页。

力；最后，仅关注行政机关系统的管理目标、任务、运行效率以及组织保障。可以说，政府的数字化转型是内在驱动型，由政府自上而下、由内而外发力推动。

上述人大规划、政府规范性文件都是数字技术的应用，而不是规范要求，都没有提及现行规范能否满足政府数字化转型的要求及现行规范是否需要立改废，几乎都不涉及立法规划，更没有具体明确的法律规范要求。从有关浙江、广东、贵州数字政府的实证研究看，也没有提及在现行法律结构下是否存在运行不适，以及如何调适规范的问题。《法治政府建设实施纲要（2021—2025年）》仅提出“建立健全运用互联网、大数据、人工智能等技术手段进行行政管理的制度规则”。《国务院关于加快推进“互联网+政务服务”工作的指导意见》（国发〔2016〕55号）、《国务院办公厅关于促进电子政务协调发展的指导意见》（国办发〔2014〕66号）也只是明确“建立健全制度标准规范”的几个方面要求。^① 这些本身都不是规范，而是对构建规范的指示。这些文件仍旧主要“是一种基于内部视角的制度、体制和机制建构，以及推动相关制度、体制和机制建构得以落实的实施过程”。^② 通过颁布文件，能够“协调内部各种行政关系，整合全部行政资源，强化行政一体性”，制定回应公众诉求的公共政策并加以落实。^③

当然，也并非完全没有相关立法。公共数据是数字化转型的基本元素，公共数据的收集、存储、使用以及共享和开放都亟待规范，尤其是数据安全和隐私保护，构成了数字政府建设的重中之重。地方政府也逐渐加强了公共数据和电子政务规范建设。2017年，浙江省制定了《浙江省公共数据和电子政务管理办法》（省政府令354号），这是全国第一部公共数据和电子政

① 《国务院关于加快推进“互联网+政务服务”工作的指导意见》（国发〔2016〕55号）指出：“加快清理修订不适应‘互联网+政务服务’的法律法规和有关规定，制定完善相关管理制度和服务规范，明确电子证照、电子公文、电子签章等的法律效力，着力解决‘服务流程合法依规、群众办事困难重重’等问题。国务院办公厅组织编制国家‘互联网+政务服务’技术体系建设指南，明确平台架构，以及电子证照、统一身份认证、政务云、大数据应用等标准规范。”《国务院办公厅关于促进电子政务协调发展的指导意见》（国办发〔2014〕66号）规定：“完善法律法规和标准规范。研究制定政府信息资源管理办法，及时总结经验，建立信息共享制度，为持续稳步推进信息共享提供制度保障；研究制定政务活动中使用电子签名的具体办法，积极推动电子证照、电子文件、电子印章、电子档案等在政务工作中的应用；加强现有成熟标准规范在电子政务中的运用，研究制定网络、安全、应用、信息资源等方面的技术和业务标准规范，促进电子政务健康持续发展。”

② 刘国乾：《法治政府建设：一种内部行政法的制度实践探索》，《治理研究》2021年第3期，第127~128页。

③ 参见章剑生：《作为担保行政行为合法性的内部行政法》，《法学家》2018年第6期，第71~72页。

务政府规章。^① 广东、上海、武汉、济南、宁波、无锡、成都等地方政府陆续就公共数据管理、开放、一网通办等颁布地方政府规章。在中央层面，没有直接针对数字政府建设、公共数据、电子政务等立法。比较重要的相关立法是，《数据安全法》（2021年）对政务数据明确规定，“对在履行职责中知悉的个人隐私、个人信息、商业秘密、保密商务信息等数据应当依法予以保密”，要求受托处理政务数据的，“受托方应当依照法律、法规的规定和合同约定履行数据安全保护义务”。在支持利用数据提升公共服务的智能化水平的同时，要避免给老年人、残疾人生活造成障碍。而《个人信息保护法》（2021年）明确了行政机关在处理个人信息方面的权利义务边界。《网络安全法》（2016年）也只是原则性规定“促进公共数据资源开放”，对公共服务、电子政务等领域的网络安全实行重点保护。因此，可以说，我国对数字政府的建立，总体上仍然处于技术先行的状态，而规范建设是局部的、零散的，还远没有全面系统地明确规则、引入规范。

三、技术运用何以先于规则

内在驱动型的数字政府建构模式发端于内部行政，彼时不涉及对相对人权利义务的法律处分，仅关注5G、区块链、大数据、云计算、人工智能等新一代信息通信技术的引入能为政府加速赋能，实现组织优化、流程再造、治理方式变革。但是，当数字化行政变革逐渐扩展、影响并作用于外部行政关系时，技术与法律规范的相容、互洽、调和就会成为问题。那么，在数字化转型之初规则缺失及规则相对滞后之下，行政机关却能够积极推进数字技术的广泛运用，公众、学者、立法机关也没有明显的抵触。这是什么原因呢？

第一，数字技术的引入，最初都是为了有效辅助打击违法犯罪，确保国家安全，^② 优化公共服务。目的正当便容易获得舆论支持，公众也很难拒绝。大数据、视频监控、人面识别技术的运用对公民基本权利的潜在侵害风险，对有关技术的正当性拷问也比较容易在巨大的公共利益之下被

^① 参见刘淑春：《数字政府战略意蕴、技术构架与路径设计——基于浙江改革的实践与探索》，《中国行政管理》2018年第9期，第37页。

^② 人面识别技术，是由美国军方为国家安全目的而开发的，后来被执法机构使用。这项技术能够立即将图像与姓名，以及与姓名有关的个人数据进行匹配。与数字可视摄像头一起使用，这项技术可以用来扫描、监控和控制访问，能够更准确地锁定嫌疑人员、车辆，实现精准跟踪、调查取证和及时缉拿。参见 Christopher S. Milligan, Facial Recognition Technology, Video Surveillance, and Privacy, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 9 (1), 1999, pp. 295 - 334.

遮蔽。

第二，中西方权利观不同。在西方，学者比较关注公共场域的个人及群体隐私保护。^① 公民个人也有合理预期，相信在道路上“政府不会监视他”。^② 在公共场所安装、运用视频监控、感应设备、测速仪以及人面识别技术，他们都十分警觉与反感，反对未经公众同意过度收集公民信息。然而，在我国，对大数据、视频监控、人面识别技术的广泛运用，公众、学者、媒体也对个人及群体隐私不无担忧，却不反感、抵制，反而“大受欢迎”。“究其根本原因，是现代社会的混乱和犯罪行为的增加让交通部门、公安机关和反恐部门通过随时监控来预防和管制违法犯罪行为。”^③ 公众只是反对行政机关滥用上述信息或者出于不适当目的收集信息，比如为了创收而安装摄像头。

第三，通过便捷、稳定、可靠的公共服务数字体验，提高了公众的接受度、参与度。以往电子政务的流程优化是以管理者为中心的思维模式，与之不同，“数据范式或者数据导向的思维就是要以人或者服务对象为中心来创造价值”。^④ “让数据多跑路，老百姓少跑腿”，这种以用户需求为中心的服务和审批模式，不仅“有效规避了玻璃门、弹簧门、旋转门，避免了‘门难进、事难办、脸难看’”，更重要的是为公众提供更高效、更便捷、更广泛的政府服务，^⑤ 深刻体现了“以人民为中心”的理念，“进一步优化了营商环境，有效降低了制度性交易成本，在很大程度上实现了便企利民，真正

① 对于监控技术设备、人面识别等技术在道路交通上的广泛运用，车牌号自动识别与机动车登记资料互相对比，可以锁定驾驶人，形成个人身份信息。与此同时，监控摄像头与人面识别软件结合使用，也会形成具有个人识别属性的信息。这些警察技术的广泛运用，如果不是观察式比对（observational comparison），不是为了过滤、检控违法，而是不加选择的数据收集（indiscriminate data collection），并大量长期储存，那么，这些警察技术会让我们每个人的行踪无处隐藏，进而威胁到我们在公共场所的隐私。特别是，随着成本急降，可以存储海量数据，而且，使用数据融合中心（data fusion centers）来集中数据，能够容许大量的调查访问（improve broad investigative access）。这些技术发展更是加剧了上述担忧。参见 Stephen Rushin, *The Judicial Response to Mass Police Surveillance*, *Journal of Law, Technology & Policy*, Vol. 2011 (2), 2011, pp. 281-328。

② Jennifer Mulhern Granholm, *Video Surveillance on Public Streets: The Constitutionality of Invisible Citizen Searches*, *University of Detroit Law Review*, Vol. 64 (4), 1987, pp. 687-716。

③ 《面对无处不在的视频监控 如何权衡利弊》，<https://security.zol.com.cn/452/4521179.html>, 2021年11月19日。

④ 比如“最多跑一次”“一网通办”“不见面办事”“掌上办”，“用户只需要一次提交全部数据，然后都由系统根据用户办理的事项来组织业务流程，将数据分派到不同的部门”。黄璜：《数字政府：政策、特征与概念》，《治理研究》2020年第3期，第11页。

⑤ “支付宝、微信、政务公众号、政府网站、政务微博及政府移动应用成为政务服务的新通路。”参见周雅颂：《数字政府建设：现状、困境及对策——以“云上贵州”政务数据平台为例》，《云南行政学院学报》2019年第2期，第121页。

激发了市场活力和社会创造力”，让改革获得感落到实处。^①

第四，数字技术在执法上是辅助性定位。辅助性是半自动与全自动的分水岭，辅助性只能是半自动化。行政机关的责任所在，绝不会因为数字技术的引入而转移或减少。对于大数据、人工智能、云计算等，行政机关一直持审慎态度，一般作为执法决策的辅助手段，对外最终的决定权始终把控在行政机关人工操作上，不会完全交给机器系统决断，实现完全的人工智能化。即便是实现人机对话的全自动化，也严格限定在事项简单、线性处理的行政决定。比如，深圳市率先掀起的“秒批”之风，“基本为羁束性的”，“相应法律依据的构成要件处均不存在不确定法律概念，法律后果处也并无决定或者选择可能”。^②

第五，执法 App 实际上是对人工执法的仿生。经过长期的执法规范化建设，尤其是通过裁量基准规范裁量权，不少领域的执法作业，有关执法标准、办案流程、处理结果都已经趋于标准化、格式化、流程化，成为线性执法，并已获得实践认可。执法 App、自动化行政只是仿制转化并设计为系统，按照执法规范化搭建算法模型，再运用于执法，实施效果与人工执法几无差别，只是提高了行政效率，节约了人力、物力资源。

第六，数字技术精准高效地解决了不少以往难以解决的棘手问题。比如，将执法从传统的“低能见度”变为“高能见度”，处于领导、公众视野监督之下，加强了执法规范与监督。^③ 又比如，数字化转型造就的“不打

① 参见翟云：《改革开放 40 年来中国电子政务发展的理论演化与实践探索：从业务上网到服务上网》，《电子政务》2018 年第 12 期，第 86 页。浙江从 2016 年开始，推行“最多跑一次”改革，“由群众的需求引发，从优化审批流程切入”，“群众和企业到政府办理一件事情，在申请材料齐全、符合法定受理条件时，从受理申请到形成办理结果全过程只需一次上门或零上门”。何圣东、杨大鹏：《数字政府建设的内涵及路径——基于浙江“最多跑一次”改革的经验分析》，《浙江学刊》2018 年第 5 期，第 50 页。数字公安建设的提速是在 2016 年之后。“‘最多跑一次’改革、‘云上公安·智能防控’第一战略、‘情指行’一体化合成作战、大部门大警种制改革、两个职务序列改革等重点项目全面铺开，进一步打通了现代科技应用与现代警务机制有机融合的新的转换通道，释放出的巨大红利惠及广大企业、群众和公安民警，人民群众的获得感、幸福感、安全感显著提升。”金伯中：《公安现代化之路的浙江实践与展望》，《公安学刊（浙江警察学院学报）》2021 年第 1 期，第 10 页。

② 参见查云飞：《行政裁量自动化的学理基础与功能定位》，《行政法学研究》2021 年第 3 期，第 116~117 页。

③ 从浙江、江苏、贵州等地的实践看，“互联网+政务服务”能够依据既有法律规范，事先编制权力运行的流程，通过软件设计，明确权力运行的方法与步骤、时限要求和具体边界，对于操作过程中的任何异常实时报警，从而将传统上权力行使的“低能见度”变为网络平台上的“高能见度”，能够更好地限制行政自由裁量。参见翟云：《改革开放 40 年来中国电子政务发展的理论演化与实践探索：从业务上网到服务上网》，《电子政务》2018 年第 12 期，第 84~85 页。

烱”政府可以提供全天候、不间断的服务与监管。这些都是自动化行政无可比拟的优势。

四、实践发展与既有规范的矛盾

内在驱动的数字化行政变革，从内部关系扩展到外部关系，由对内要求发展为对外要求，也必然会带来数字技术与法律之间的契合问题。“如何应对互联网、大数据和人工智能各自技术特点引发的法律规制挑战，通过建构规则弥补技术缺陷，解决个案中具体技术样态的合法性”，“将数字化行政趋向的技术之治整合入国家权力运行的法律之治中”。^①我们可以按照平台建设、政务服务和数字治理、数据安全与隐私保护三个方面梳理出主要问题。

（一）平台建设

政府数字化转型的前提是建立大平台、大系统，加强顶层规划，贯彻“政府即平台”（government as a platform）的理念，“创建共享平台、组件和可复用的业务功能”，让数据有序地流动起来，才能释放数据价值，激励创新，提高公共服务质量。^②在打通数据孤岛、系统堡垒过程中，在与互联网平台、数字技术企业等第三方合作上，还存在着不少法律问题。

其一，以往，一般针对特定的业务应用开发，各自搭建硬件和软件，以相对独立的IT系统架构呈现，^③好似“烟囱林立”，形成在在皆是、又互不相连的数据“孤岛”。“传统的行政主体是建立在分散的、独立的、专业的行政部门或组织基础之上的，这种部门之间泾渭分明、独立运行的设定，加剧了信息孤岛、专业壁垒和协同困难等问题，与整体政府下‘一站式’‘去边界’‘无缝隙’地提供公共服务的改革实践不相适应。”^④

政府数字化转型的第一项任务就是打通并连接这些“孤岛”。通过网络等信息技术，跨越各部门、单位、社区间的障碍，“盘活政府已有数据中心和社会化数据中心资源”，打通数据“孤岛”，建立大数据体系，实现互联互通，“加快政府信息资源与社会信息资源融合创新”，^⑤是促进协同、治理

① 展鹏贺：《数字化行政方式的权力正当性检视》，《中国法学》2021年第3期，第115页。

② 参见北京大学课题组、黄璜：《平台驱动的数字政府：能力、转型与现代化》，《电子政务》2020年第7期，第3页。

③ 参见黄璜：《数字政府：政策、特征与概念》，《治理研究》2020年第3期，第13页。

④ 骆梅英：《面向整体智治的法治现代化》，https://mp.weixin.qq.com/s/pg_d6lROES89eP_FyBpGVg，2021年11月29日。

⑤ 逯峰：《广东“数字政府”的实践与探索》，《行政管理改革》2018年第11期，第57页。

创新的基础。比如，北京、浙江衢州都在推动视频监控系统互联互通。^①但有关措施涉及减损权利或者增设义务。对于公共资金建设的数据系统，要求其实现互联互通，属于内部行政，通过规范性文件就可以实现。对于社会投资建设的数据系统，则属于外部行政，如果没有法律、法规依据，便不能强行要求连接到信息平台实时提供数据，也不能事先规定技术标准、接口规格，要求各单位依照要求施工建设。

其二，政府与互联网平台、数字技术企业等第三方合作，“政府与企业的深度互嵌”，“在公共领域的边界愈发模糊交错”，在政企合作、采购服务、合同管理上面临诸多法律挑战。

政府与互联网平台、数字技术企业等第三方合作，发挥它们的人才、技术优势，是数字政府、智慧城市建设的基本范式。^②“在数字社会形态下，通过社会化方式提供政府公共服务的趋势日益明显。”“近年来，我国互联网企业也在不断加强与政府合作，基于腾讯微信平台可以开展社保、交通、税务、教育、医疗、水电煤气缴费等在线服务，通过运行在阿里云计算平台上的‘政务超市’，市民可以像逛淘宝一样‘办政事’。”^③

一方面，按照政府采购服务模式，通过政府购买相关信息化服务的方式，相对人“网上办”无需额外缴费，这种合作机制应该没有法律风险。政府还可以“‘按年度付费’‘按使用付费’‘按用户评价付费’，促使服务提供商持续改善服务水平”。^④但是，不少政府经费匮乏，又要推进数字化转型，就可能转嫁成本、涉企不当收费。比如，上述电子平台向市民收费，

① “浙江省衢州市实施这一改革之后，可调度使用视频数是建设前的3.1倍，处理时限缩短了62%，公共安全视频统一调度能力提升2.7倍，视频破案占比达到40.06%。”刘淑春：《数字政府战略意蕴、技术构架与路径设计——基于浙江改革的实践与探索》，《中国行政管理》2018年第9期，第40页。2006年《北京市人民政府关于加强图像信息管理系统建设工作的意见》，“并以文件的形式”，要求区县府、市政府委办局，以及社会企业和事业单位，“推动图像信息系统的建设”。同年12月，北京市政府发布第185号令《北京市公共安全图像信息系统管理办法》，发布9个技术规范，“通过政务网、互联网等多种网络环境和市级图像信息平台的交换”，“实现覆盖全市的图像信息系统互联互通”。参见《北京市视频监控联网建设情况》，http://www.21csp.com.cn/zhanti/9BWJD/article/article_13482.html，2021年11月15日。

② 广东省“与三大基础运营商和腾讯、华为合作，在较短时间内成功打造了‘粤省事’移动应用和‘广东政务服务网’一体化在线政务服务平台”。浙江省“联合阿里巴巴开发了‘浙里办’办公App和掌上办公‘浙政钉’”。参见蒋敏娟：《地方数字政府建设模式比较——以广东、浙江、贵州三省为例》，《行政管理改革》2021年第6期，第55页。

③ 张晓、鲍静：《数字政府即平台：英国政府数字化转型战略研究及其启示》，《中国行政管理》2018年第3期，第31页。

④ 逯峰：《广东“数字政府”的实践与探索》，《行政管理改革》2018年第11期，第56页。

或者由政府投资、部分出资成立的网络企业在提供政务服务上收取费用，这是否属于借用行政权力、行政影响力和行业特殊地位强制服务并搭车收费？对此不无疑问。^①另一方面，“数字政府建设的造价高、投资周期长、技术复杂，在政企合作、合同管理等方面的挑战较大”。^②比如，数据权属未定，影响数据安全。一些企业“认为产生的数据应为企业所有”，“擅自对政府数据进行开发利用”。“地方政府却对此束手无策。一旦造成安全事故，权责不清将导致无法追究问责。”^③又比如，政府过于依赖企业技术，在实施公众参与、公开透明上被企业“绑架”。“算法自动化决策系统由私营公司‘技术垄断’，公众参与权难以得到保障。”^④

（二）政务服务和数字治理

在数据融通、决策扁平化等政府数字化转型基础上，围绕“放管服”实行“互联网+政务服务”“互联网+监管”，逐渐实现了半自动化行政、无裁量的自动化行政，也带来了与已有法律的互洽性问题。

首先，“互联网+政务服务”“互联网+监管”不能完全在现行规范体系中运行。我国自2015年以来推行“放管服”改革，与“互联网+”相结合推出两个方向改革：一是围绕“优化服务”展开的“互联网+政务服务”；二是围绕“放管结合”展开的“互联网+监管”。“把改善民生环境与营商环境，提升履职能力作为核心发展目标。”^⑤但是，也产生了一定争议。首先，通过智能化的操作和信息共享减少审批中间环节，便利了申请人，却与法律规定的审批流程存在冲突。其次，通过发送短信、平台告知等电子化方式告知，缺乏明确的法律依据。再次，“‘最多跑一次’和‘一件事’改革正在重塑公共行政的流程，而承诺制、容缺受理等正在颠覆过去行政程序的举证责任体系”，^⑥很难用已有的程序规范。最后，“最多查一次”这种新

① 但是，美国的犹他州、马里兰州、威斯康星州、阿肯色州和得克萨斯州等都已成功运用了“无成本契约”模式，形成公私合作伙伴关系，重新构建了数字政府服务采购模式。政府不需要进行前期投资，就可以建立和启动数字化服务。公司会向使用数字化政府服务的用户收取一定的费用。由于数字化服务只有在被使用时公司才能赚到钱，因此，公司会积极推动公民采纳和使用这项服务。参见姚水琼、齐胤植：《美国数字政府建设的实践研究与经验借鉴》，《治理研究》2019年第6期，第63页。

② 马亮：《数字政府建设：文献述评与研究展望》，《党政研究》2021年第3期，第104页。

③ 王伟玲：《加快实施数字政府战略：现实困境与破解路径》，《电子政务》2019年第12期，第92页。

④ 张凌寒：《算法自动化决策与行政正当程序制度的冲突与调和》，《东方法学》2020年第6期，第9页。

⑤ 黄璜：《数字政府：政策、特征与概念》，《治理研究》2020年第3期，第8、10页。

⑥ 骆梅英：《面向整体智治的法治现代化》，https://mp.weixin.qq.com/s/pg_d6lROES89eP_FyBpGVg，2021年11月29日。

的执法模式的出现，“将会改变以往对行政管辖、执法方式等概念的认知，因此亟需完善相应的规则以应执法创新的需要，促使公共行政改革与高效、协同、便民的执法目的之间更加平衡”。^①

其次，自动化裁量软件系统不能桎梏执法。实践上长期推进的手册、指南和裁量基准建设，逐步实现执法的规范化、格式化、程式化，顺势转化为自动化裁量的标准化基础。自动化裁量在一定程度上，“计算结果的准确度以及计算规则的合理性是由裁量基准决定的，机器仅在‘忠实’地落实裁量基准所划定的量罚情节以及量罚幅度”。“为保证机器计算结果的准确度和合理性，应侧重于完善传统的裁量基准并对其进行精准的代码转译。”^②“秒批”、非现场执法、执法 App 都建立在较为成熟的执法规范化基础上。实践丰富多彩，裁量也意味着有多种处理可能，系统软件就应当有灵活性和伸展性，对于定性、量罚、考量因素等，要留有补充、完善、校正的端口，不应该禁锢裁量，削足适履，让裁量拘束于软件。

但是，实践上，自动化处罚裁量决策系统一般由部委、省级政府或其工作部门统一部署设计，基层执法人员往往只能规行矩步，没有变更权限。因为数字技术不成熟，系统软件设计不够贴近实际，致使原则性有余而灵活性不足，“自动化处罚裁量对执法人员施加诸多限制，导致处罚裁量决定作出过程中的人工作用被大幅削弱，执法人员有将裁量决定权限实质性让渡给机器的倾向”。^③比如，软件系统事先将违法行为逐一编号，依据裁量基准，设定相应处罚。对于新出现的违法行为，在已有编号中却找不到，又不能在“警务通”智能执法仪上手动补充，交警只能选择近似的违法行为编号操作处理。

（三）数据安全与隐私保护

在大数据时代，通过传感器、移动设备、定位系统、爬虫技术、运算能力等，能够充分记录、搜取和加工处理高度相关、海量的、完备的数据，“在技术上能够对用户和公众的个性偏好、利益诉求、情感表达、身心体验等特征进行数字化定量分析”。^④对于大量零散的、片段的、看似无关紧要

① 骆梅英：《面向整体智治的法治现代化》，https://mp.weixin.qq.com/s/pg_d6lROES89eP_FyBpGVg，2021年11月29日。

② 王正鑫：《机器何以裁量：行政处罚裁量自动化及其风险控制》，《行政法学研究》，<https://kns.cnki.net/kcms/detail/11.3110.d.20211109.1333.006.html>，第8页，2021年12月2日。

③ 王正鑫：《机器何以裁量：行政处罚裁量自动化及其风险控制》，《行政法学研究》，<https://kns.cnki.net/kcms/detail/11.3110.d.20211109.1333.006.html>，第7页，2021年12月2日。

④ 刘淑春：《数字政府战略意蕴、技术构架与路径设计——基于浙江改革的实践与探索》，《中国行政管理》2018年第9期，第41页。

的信息,在收集和处理过程中,很难判断是否有侵害隐私的风险。在预测性警务系统(predictive policing systems)中,在可预测性个人危害形成之前,大量的数据收集和传输已然实施。^①在数字化转型过程中,以往的法律保护方法都不足以确保数据安全与隐私保护。^②这个领域也很自然地成为地方与中央立法规范的发力重点。

五、法律规范建构的基本路径

党的十九届四中全会要求“建立健全运用互联网、大数据、人工智能等技术手段进行行政管理的制度规则”。数字技术、数字经济、数字平台的发展,给法治政府建设带来了内外两方面任务,无论哪一项任务都是森罗万象、任重道远。一个是对外如何规制电子平台、电商等新业态活动,有效调控和促进数字经济的发展。这是行政法规规范行政机关与相对人之间关系的新增长点。另一个是对内如何规范数字政府的流程、权力运行与模式再造,将它们纳入法治的框架之内。这又可以按照数字化转型内在驱动的发展进路,分为内部行政关系与外部行政关系,分别由内部行政法与外部行政法调整,对法律规范的要求不完全一样。

(一) 内部行政

内在驱动的数字政府建设遇到的问题,首当其冲就出现在内部行政。这也是公共管理、电子政务、大数据等领域学者主要关注之所在。首先,“各地电子政务‘野蛮生长’,加上缺乏‘顶层设计’”,标准化严重空缺,没有统一的技术标准、数据标准、接口标准,政府部门内部存在着大量非结构化数据。其次,部门之间数据占有存在差异,“无论是横向上部门间的资源共享,还是条块上的数据对接,都难以使部门内生出数据共享的驱动力”。再次,流程再造会“打散过去既有的利益格局”,“这无疑会面对来自政府内部的强力反弹”。“自上而下的流程再造极有可能受到自下而上的有效抵制。”^③

内部行政建立在科层制基础上,存在上下领导关系,由内部行政法调

① 参见 Kate Crawford and Jason Schultz, Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms, *Boston College Law Review*, Vol. 55 (1), 2014, pp. 93 - 128.

② 传统上,美国对公民隐私权的保护主要集中在三个方面:信息收集、处理和披露。大数据有可能避开所有这三种方法,因为其预测隐私危害的不可预测性。参见 Kate Crawford and Jason Schultz, Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms, *Boston College Law Review*, Vol. 55 (1), 2014, pp. 93 - 128.

③ 周雅颂:《数字政府建设:现状、困境及对策——以“云上贵州”政务数据平台为例》,《云南行政学院学报》2019年第2期,第123~124页。

整。简而言之，其基本意涵与特征是，“内部行政法将行政机关作为其唯一的来源、对象和受众”。“内部行政法包括行政机关运作的措施，这些措施是由行政机关或行政部门制定的，主要针对政府工作人员。”“行政机关的科层制和监督架构奠定了内部行政法的效力。”^①对于内部行政关系的调整，下发规范性文件就能够产生对内的拘束效力，对法律规范的依赖性不强。“通常由政策关注和政治需要所驱使的内部措施，应该排除在法律之外。”^②

对于内部行政上出现的上述问题，可以制定有针对性的规范性文件，强化有关数字政府建设举措的贯彻落实，要求各部门、各领域不仅必须令行禁止、不得违误，还必须上下联动、左右协同。也就是说，无论是中央对地方数字政府的顶层设计，还是以省政府为单位的“块数据”建设，提出的标准化要求，推行跨层级、跨地域、跨系统、跨部门、跨业务的数据互联融合与共享以及再造流程等，都是上级政府对行政系统内下达的要求与指令，下级部门必须上令下行、令行禁止。

但是，对此也不能一概而论，并非解决内部行政上的问题都不涉及法律规范。因为“行政行为的内外维度已经紧密相连，常常难以分开”。^③首先，不少内部措施的设定是为了支配行政权力的运行，指导、告知和控制行政机关如何运作，并很可能产生外溢的法律效果。立法机关近来也有着将此类重要的内部措施转为法律规定的趋势。其次，有些内部行政本身就已法治化，比如行政组织法。数字化转型需要优化组织架构、重塑体制机制、再造流程，突破组织法已有规定，就不能对改革与立法之间的抵牾置之不理、一味讲求改革容错，应当同步修改行政组织法相关规定，或者依据《立法法》（2015年）第13条“暂停法律适用”予以处理。

（二）外部行政

政府由内而外地持续推动数字技术、云计算、物联网、人工智能等运用，给外部行政关系带来了新的变化，也带来了一些新问题，需要我们从法律上认真对待。比如公共管理学者发现，“一些地方为了抢抓大数据的机遇，按照投入多、政策好、范围广、影响大的思路部署大数据战略，使政务数据平台的建设出现了以营利为目的的目标偏离和领域发展最大化的思路偏离”。“政务数据平台成为放大精英群体声音、导致政策绑架的通道”，以及“现

① Gillian E. Metzger and Kevin M. Stack, *Internal Administrative Law*, *Michigan Law Review*, Vol. 115 (8), 2017, pp. 1239 - 1308.

② Gillian E. Metzger and Kevin M. Stack, *Internal Administrative Law*, *Michigan Law Review*, Vol. 115 (8), 2017, pp. 1239 - 1308.

③ Gillian E. Metzger and Kevin M. Stack, *Internal Administrative Law*, *Michigan Law Review*, Vol. 115 (8), 2017, pp. 1239 - 1308.

阶段政府所掌握的信息安全技术，并不能清晰地将公共数据、个人数据以及可能涉及到公共问题的个人隐私数据进行明确划分”等。^①

外部行政法（external administrative law）调整行政机关与相对人之间的关系，通过控制和规范行政权力的行使，实现对基本权利的保障。它是从秩序行政、侵害行政起步，拓展到给付行政、福利行政，原则上坚持“无法律、无行政”，即没有法律依据，行政机关不得作出任何减损权利或者增设义务的决定。在政府数字化转型之初，暂且可以“采取包容审慎原则，以弹性思维、底线思维对待数字政府建设所引发的法律不适性考验”。但是，应当“依照数字世界的逻辑与原理，在立法思维、立法内容上快速做出必要调整，尽快构建一个有利于数字政府建设的权责配置与行权法律环境”。^②

1. 对引进技术的审慎态度

对于数字技术、云计算、人工智能等引入行政运行，行政机关始终持审慎态度。出于责任机制，行政机关会仔细评估上述技术的成熟度、可接受性，决定其在行政运行中的恰当定位与功能。引进完全自动化系统直接实现人机对话，比如“遥测警务”（telemetric policing），也限于事项简单、无裁量的线性决定，更重要的是行政机关要承担的责任不大。

一些有关自动化行政的研究也超前地预设了一些“虚拟的情境”，机器系统达到完全智能化，能够深度学习、恰当裁量。在虚构的法律空间与问题意识里任意驰骋，出现不少“法学的童话”。这些在行政实践上却尚无实例，也无法应验。未来是否可能，也难以预测。因为“机器学习仍然基于规则（rule-based）”。“法律规则不仅常常是矛盾的、循环的、模棱两可的或故意模糊的或有争议的，而且它们依赖于社会情境和人为解释，不能直接应用于原始事实。依靠逻辑的计算机可以操作法律规则，但是，对例外情况的解释和识别通常需要人通过对整个文本的理解来认定规则的目的。”^③它们之间如何转换，不仅考验法学理论，而且也是极大的技术难题。但是，可以肯定的是，行政机关绝不会将决定权一股脑地托付给自动化行政系统，只要行为结果仍然要由行政机关负责，后者就不可能将身家性命全都交由机器左右。因此，数字技术的应用一定是渐进的、可控的、适度的。

德国行政程序法规定的“全自动具体行政行为”，也是严格限定“适用

① 参见周雅颂：《数字政府建设：现状、困境及对策——以“云上贵州”政务数据平台为例》，《云南行政学院学报》2019年第2期，第123~124页。

② 参见何圣东、杨大鹏：《数字政府建设的内涵及路径——基于浙江“最多跑一次”改革的经验分析》，《浙江学刊》2018年第5期，第52页。

③ Lyria Bennett Moses and Janet Chan, Using Big Data for Legal and Law Enforcement Decisions: Testing the New Tools, *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 37 (2), 2014, pp. 643 - 678.

场景应当是标准化的规模程序（das standardisierte Massenverfahren）”，“在法律保留的前提下且不存在不确定法律概念和裁量情形时，具体行政行为方可由全自动设备作出，”且限于羁束行政行为，“完全排除了全自动裁量的可能”。“首要原因还是基于根深蒂固的信念，即裁量对个案正义的要求只能通过人类的意志活动来满足，个人在具体情形中的判断才是可靠的。”“在裁量全自动化的情形下，无论是‘确定型算法’还是‘学习型算法’都是对过往的大数据进行分析、建模、测试、运行，是面向过去的关联性统计和运算行为，而不是面向未来的因果性判断，法律逻辑三段论也并不是单向的线性思维，而是目光流连式地构造理解过程，在此意义上，裁量全自动化也必然意味着行政机关未对个案行使裁量权，只是基于过去的关联性自动得出了一个线性结论。”^①

Moses 等认为，大数据技术对法律和司法决定的潜在、可能的影响和适用性可以从三个维度来评估，也就是技术、社会和规范。技术维度主要“考虑技术的功能和有效性”，社会维度意在“分析那些对大数据分析的吸收和渗透可能产生影响的社会文化政治因素”，规范维度是“调查新技术在多大程度上符合用户和社会的道德或价值观”。^②

这些考虑可以归结为三个主要的评价标准：（1）“有效性”，即大数据技术能否成功应用，使法律和司法决定取得更好的结果；（2）“可接受性”，即某些应用是否符合法律和司法人员等潜在使用者的技术框架；（3）“适宜性”，即它的使用方式是否符合专业人士和更大社会群体的价值观。^③

“一项技术是否符合用户和社会的伦理和价值观，是评价的一项重要标准。虽然社会可以从采用某项技术中获益，但他们不愿为了技术进步而牺牲某些根深蒂固的价值观。同样，无论一项新技术多么成熟，如果法律和司法人员感到他们的职业主义在这一过程中打了折扣，他们也不乐意依赖这项技术。专业人员和社会都深谙的价值观，与民主法治基本前提有关，包括合法性、问责制（accountability）和透明度。”“决定者要对其决定负责。”“在评估一个用于辅助决定的工具时，很重要的一点是，要考虑它对决定者对其决定负

① 参见查云飞：《行政裁量自动化的学理基础与功能定位》，《行政法学研究》2021年第3期，第116~120页。

② 参见 Lyria Bennett Moses and Janet Chan, Using Big Data for Legal and Law Enforcement Decisions: Testing the New Tools, *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 37 (2), 2014, pp. 643-678.

③ 参见 Lyria Bennett Moses and Janet Chan, Using Big Data for Legal and Law Enforcement Decisions: Testing the New Tools, *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 37 (2), 2014, pp. 643-678.

责的不同方式的潜在影响。”^①

2. 技术应用与规范调适

数字技术的引进，不见得必然会对法律规范产生冲击。相反，数字技术的应用反而可能会让传统上一些法律规范瞬间变为过往。比如，人面识别技术在盘查中的应用，^②使得《人民警察法》（2012年）第9条第1款第（三）项“有作案嫌疑身份不明的”规定已无必要。又比如，随着电子驾驶证的推广，^③《道路交通安全法》（2021年）第95条第1款规定的“未随车携带行驶证、驾驶证的”也即将成为历史遗迹。

数字技术给法律规则带来的冲击，应当优先考虑采用技术的方法解决。“对于技术问题及其引发的权利保护上的失衡，可以优先采取技术革新方案，在更高的技术层面上实现警察权与公民自由的平衡。假设这一路径可行，技术的引入丝毫不会妨碍执法在原有的法律结构中运转自如。因技术运用而拉低的权利保护水准，又能够通过技术自身的完善而得以恢复。”^④比如，视频监控、人面识别技术等广泛收集、存储个人信息，可以通过严格授权登录、查询留痕等进行控制使用，以此抑制行政机关滥用使用权，防止个人信息外泄。

要是当下技术暂时无法解决，就必须调适法律规范。平台建设、政务服务、数字治理、数字共享与开放都可能涉及规则调适。从规则性质上看，可分为程序与实体。从调整对象上看，可以分为行政机关与相对人之间的关系

① Lyria Bennett Moses and Janet Chan, Using Big Data for Legal and Law Enforcement Decisions: Testing the New Tools, *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 37 (2), 2014, pp. 643 - 678.

② 2016年，广州天河警方自主开发，在全国区县一级公安机关中首建“盘查管理平台”，引用“互联网+”思维，在警务手机上安装自主开发的“天河公安核查通”App。通过移动警务终端对被盘查人员进行人面识别，实现对可疑人像、车牌、护照等工作对象的一站式核查，110警情的及时推送，以及后台数据的量级积累。参见《“公安网+盘查”平台手机刷脸识别嫌疑人》，http://m.news.cn/2017-04/28/c_1120887928.htm，2021年11月24日。

③ 为进一步深化公安交管“放管服”改革，经部分省市试点推行，2021年9月1日起，北京、长春、南宁等28个城市开始推广应用机动车驾驶证电子化。2022年全面推行。电子驾驶证式样全国统一，与纸质驾驶证具有同等法律效力。电子驾驶证通过全国公安交管电子证照系统生成，方便实时查询、实时出示、实时核验。驾驶人可出示电子驾驶证办理车驾管、处理交通违法、处理交通事故等交管业务，无须再提交纸质驾驶证。参见《2022年全面推行电子驾照 试点城市已有195万余人申领电子驾照》，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1708400383851067614&wfr=spider&for=pc>，2021年11月24日；《电子驾照来了！9月1日起将在全国28个城市推行》，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1709385670883170987&wfr=spider&for=pc>，2021年11月24日。

④ 余凌云：《交警非现场执法的规范构建》，《法学研究》2021年第3期，第44页。

规范以及对行政权力的规范：前者主要是数字经济、数字化运用、互联网、物联网等带来社会关系的新发展、新变化，行政机关应当如何规范；后者是在数字化环境下行政权力如何运行。无论从上述哪种分类或者进路去研究，涉及规范的范围、种类，以及因不同具体问题而做适应性调适方案，都不免宏大、庞杂且琐碎。需要逐案研究，因事而论。

但是，在笔者看来，无论怎么调适规范，其中，因应数字技术而生，有别于以往立法，构成核心且必不可少的内容是技术性正当程序、技术与规范双重意义的标准化以及不得低于传统保护标准的价值取向。

第一，针对数字技术，产生了技术性正当程序（technological due process）。有的学者认为，“只要国家采取的行动是基于预测性或者不透明的技术，就要符合正当程序或自然公正的要求”。有关建议包括：将预测性分析运用到影响个人的决定的，要事先告知；当事人有权要求听证，要提高预测方法的透明度；定期审核预测的准确性；当事人有权检查计算的准确性，以及对过度依赖数据的质疑，有权要求公正的裁决。其中，透明化被放在很高的突出位置，“透明化能够发现不准确或者错误的逻辑”。^①也有的学者认为，“自动化系统危及正当程序观念”。要构建技术性正当程序，“增强自动化决策系统中嵌入的规则透明度、问责制和准确性”。^②无论上述哪种观点，都已经不是将传统的正当程序简单套入数字技术的运行之中，而是在正当程序基础上，针对数字技术、自动化行政系统、视频监控设备等技术性特征，对其应用的正当性提出了新的规范要求。这些要求大致可以分为两类，一是证明数字技术、系统和设备可靠性、准确性的义务；二是应用的透明化，对数字技术的具体应用、功能与后果，要广而告之，允许公众查询、提出意见，而行政机关有解释和回应的义务。

第二，技术标准规范大有可观。长期被行政法学者看低和忽视的技术标准、标准体系及其立法，在政府的数字化转型中，反而变得举足轻重、不可或缺。技术标准不仅有着技术特性，作为法律规范的效力也日益突显。“标准是‘法’。”^③ 强制性标准就是“技术法规”，必须执行。“政务数据标

① Lyria Bennett Moses and Janet Chan, Using Big Data for Legal and Law Enforcement Decisions: Testing the New Tools, *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 37 (2), 2014, pp. 643 - 678.

② Danielle Keats Citron, Technological Due Process, *Washington University Law Review*, Vol. 85 (6), 2008, pp. 1249 - 1313.

③ 以往在行政法理论上，“将技术标准排除于法律规范之外”。参见宋华琳：《论技术标准的法律性质——从行政法规体系角度的定位》，《行政法学研究》2008年第3期，第36、40页。

标准化建设是顶层设计的重点。”^①应当依据《标准化法》(2017年)的规定,以国家层面的强制性标准形式推动。通过技术标准、接口标准、数据标准,比如,按照统一的技术标准和规范采集、核准和提供公共数据,制定人面识别、人工智能等新技术、新应用中的个人信息保护规则及标准等,由此不仅可以降低数据跨区域、跨部门、跨行业的集聚融合成本,避免系统之间不匹配,而且有利于数据的共享与开放,也便于执法与监管。

第三,不低于传统执法保护标准,是有关法律规范构建正当性的衡量尺度。为适用数字技术的应用而调适有关规范,在保护相对人权利上不能低于传统人工执法的水准,反而应该更加促进相对人权利的实现,扩大相对人的自由。不能因为数字技术、云计算、人工智能带来的便捷、高效、经济,而牺牲对相对人更多的权益保障。

六、结论

政府在数字化转型过程中,内在驱动的发展路径决定了技术先于规则。但是,随着权力运行、流程再造、治理模式与数字化、智能化进一步融合,它进入外部关系,就应当实行技术与规则的齐驱并进,运用互联网、大数据、人工智能等技术手段促进依法行政。

对于数字技术的应用,行政机关始终审慎对待。行政机关对公众与选民承担的行政责任,技术再成熟也难免有误差,以及技术运行的基础条件的完备程度,这些决定了数字技术引入的辅助性定位。对于技术引入带来的问题,应当优先通过技术解决。暂时无法解决的,要通过法律规范调适,包括制定新的规范、增删已有的规范。其中,与数字技术密切相关的规范包括技术性正当程序、技术与规范双重意义上的标准化、不低于传统人工执法的权利保障。

数字政府是对新公共管理运动的超越。当初为回应新公共管理运动而构建的行政法体系,为了因应数字政府建设的要求,是否会发生颠覆性的变革还有待观望。至少从当下看还没有必要,通过打补丁就可以解决数字技术发展与法律规范之间的失衡。

(责任编辑:方 军)

^① 国家政务数据平台的构建,要建立通用的政务元数据标准(G-EMS)。周雅颂:《数字政府建设:现状、困境及对策——以“云上贵州”政务数据平台为例》,《云南行政学院学报》2019年第2期,第124页。