

论自动化行政的正当性基础

李 晴

内容提要:行政机关自我审查、相对人同意和立法授权是有关自动化行政正当性基础的三大主张,却各有局限和争议。建构自动化行政的正当性基础,本质是厘清自动化行政与法的关系。以是否逾越法律授权为标准,自动化行政系统可划分为非逾越系统和逾越系统。针对两类自动化行政系统,应分别确立不同的正当性要求。具体而言,非逾越系统经行政机关自我审查即可引入。逾越系统包括辅助干预系统、替代授益系统和替代干预系统。辅助干预系统的引入须分阶授权。替代授益系统的引入须经由相对人同意。替代干预系统的引入须获得被替代行政权的特别设定规范的重新授权。

关键词:自动化行政 行政机关自我审查 相对人同意 立法授权

李晴,南京大学法学院助理研究员。

为进一步推进国家治理体系和治理能力现代化,行政活动适时引入人工智能、大数据等最新技术成果,建设数字政府,成为趋势。自动化行政是数字政府建设的重要方面。^[1]然而,技术上的可行性并不必然带来法理上的正当性。行政活动能否自动化,是讨论的起点。当前,自动化行政在我国道路交通管理领域有着广泛的应用,主要包含两种情境。一是通过摄像头、感应器等固定监控技术设备自动开启并抓拍违法行为,完成调查取证。二是对一定范围内的违法行为通过平台实施自动处罚。两种情境均由公安机关交通管理部门自主引入,待推广之后,通过规范予以确认。^[2]《中华人民共和国行政处罚法》(下称“《行政处罚法》”)(2021年)第41条被称为“非现场执法”条款,针对前一情境的引入提出“依照法律、行政法规规定”,却并未涉及后一情境。这是否意味着未经法律、行政法规授权的电子技术监控设备取证活动均无正当性?拓展至整个自动化行政,在法无明文规

[1] 针对大数据、人工智能技术应用于行政活动后形成的行为样态,有学者称之为自动化行政,有学者称之为数字化行政,还有学者称之为非现场执法。为便于行文,本文统一使用“自动化行政”概念。

[2] 美国警务活动引入技术设备的模式也是“先使用,后规范”。See Elizabeth E. Joh, Policing Police Robots, 64 *UCLA Law Review Discourse* 516, 541-542 (2016-2017).

定时,行政活动的自动化有无可能?若需法定,如何设置规范方能为行政活动的自动化提供正当性基础?

一 行政机关自我审查、相对人同意抑或立法授权?

行政机关自我审查是当前美国学者讨论自动化行政正当性的主流观点。该主张的理据不尽相同。理据之一是传统公法原理对自动化行政活动的应对乏力。行政活动自动化是由私营企业提供的技术替代行政机关履行职责的过程。这些私营企业无法纳入传统宪法及行政法规制规范畴,只能通过行政机关对技术监控的参与(主要是批准和指导)来监督技术的使用。^[3]另一理据是功能主义视角下行政机关对新技术审慎义务的加强。基于功能主义原理,国会授权行政机关对复杂问题作出专业灵活的判断。自动化否定了个性化过程,使得公民无法充分参与到行政活动之中。行政机关的裁量性、专业性和受监督性均被限制。行政机关应当基于国会授权有意识地选择新技术,并能够在复杂时刻保证专业性。^[4]前一理据误解了行政活动自动化过程中行政机关与私营企业之间的关系。私营企业提供大量技术支持,是行政机关委托和采购的结果。自动化行政活动的作出主体仍然为行政机关,同样应当受限于传统的公法原理。后一理由也并非不可置疑。无疑,各国行政管理过程都或多或少存在功能主义的考量,但是这并不意味着所有行政活动的变革均仍应由行政机关主导。当发生的变革超出国会授权,行政机关自我审查不足以提供充分的正当性基础。

除了行政机关自我审查,也有观点将相对人同意作为行政活动自动化的正当性基础。他们认为,如果用户在被充分告知的情况下,自愿安装或使用自动化系统,则不会引发正当性风险。^[5]一些立法例采此模式。例如1995年欧盟《个人数据保护指令》(DPID)第15条和欧盟《通用数据保护条例》(GDPR)第22条赋予了相对人许可自动化决策的权利。^[6]换言之,经由相对人同意,包括自动化行政在内的自动化决策即可展开。之所以采相对人同意模式,源于对基本权利的保护,也即个人对数据具有控制权和自决权。^[7]然而,在自动化行政场景中,若以相对人同意作为正当性基础,也并非没有争议。一方面,绝大多数相对人仅具有一般理性,无法充分理解自动化决策背后的算法逻辑及其可能引发的后果。基于非充分认知乃至误解形成的决定并非真正意义上的自决。另一方面,在对公共利益产生重大影响时,即使没有获得相对人同意,自动化行政也并非

[3] See Elizabeth E. Joh, The Undue Influence of Surveillance Technology Companies in Policing, 92 *New York University Law Review Online* 19, 44-46 (2017).

[4] See Ryan Calo & Danielle Keats Citron, The Automated Administrative State: A Crisis of Legitimacy, 4 *Emory Law Journal* 797, 803-844 (2021).

[5] See Christina M. Mulligan, Perfect Enforcement of Law: When to Limit and When to Use Technology, 14 *Richmond Journal of Law & Technology* 1, 33 (2007).

[6] 参见唐林垚:《“脱离算法自动化决策权”的虚幻承诺》,《东方法学》2020年第6期,第19-23页。

[7] 参见金晶:《欧盟〈一般数据保护条例〉:演进、要点与疑义》,《欧洲研究》2018年第4期,第5页;王雪乔:《论欧盟GDPR中个人数据保护与“同意”细分》,《政法论丛》2019年第4期,第138页。

没有可能。

立法授权亦是当前自动化行政获得正当性的渊源之一。德国《联邦行政程序法》(Verwaltungsverfahrensgesetz)第 35a 条规定行政行为可完全通过自动化设备作出,只要法律命令允许且不存在裁量空间和判断余地。有学者进一步解释了“法律命令允许”的必要,认为完全自动化行政已经超出行政决策的内部领域,涉及与公民的外部关系,需要有意意识的立法决定对此予以规范。^[8]只是何为“法律命令允许”存在争议。学者们一般将该规定解读为“法律保留”(Gesetzvorbehalt)。^[9]然而,有学者认为该条款中的“法律保留”是指法律(Gesetz)或者法规命令(Verordnung)的授权,规章能否成为“法律保留”意义中的法律条款取决于各自自治体权限的扩大程度。还有学者直接肯定了该法律保留条款中的“法律”除了专门立法(Fachgesetz)、法规命令(Verordnung),还应当包括规章(Satzung),从而确保使用全自动化程序作出的决定并非仅仅由当局在一般组织和程序框架内作出,只有适当授权的完全自动化程序才被允许。^[10]国内多位学者主张效仿德国《联邦行政程序法》第 35a 条,只是提出的授权方案不尽相同。一种观点强调概括授权。对授益行为和不涉及重大事项的自动化行政进行概括授权,有助于鼓励创新,利用新技术提供更为便利的公共服务。^[11]另一种观点主张特别授权。或针对程序实体完全数字化的自动化行政在“技术可译”范围内进行特别规范授权,^[12]或对某类自动化场景(如电子技术监控设备)进行特别授权。^[13]还有观点提出在特别授权的基础上,从特别授权发展为概括授权,从而保障程序参加人和相对人的权利。^[14]立法授权无疑是自动化行政活动较为重要的正当性来源。然而,自动化行政并不必然需要全面授权,若坚持全面授权,可能延缓自动化行政进程而无益于数字政府建设。除此之外,哪些自动化行政活动经授权方可为,并无定论,由谁如何授权也有争议。

由上观之,无论是行政机关自我审查、相对人同意还是立法授权,均无法为自动化行政提供完整且毫无争议的正当性基础。行政何以自动化,尚须进一步讨论。

二 自动化行政的再分级

自动化行政并非某种稳定的自动化技术在确定深度运用于某个特定行政活动场景。

[8] Vgl. Ziekow, Das Verwaltungsverfahrenrecht in der Digitalisierung der Verwaltung, NVwZ 2018, 1169, 1171.

[9] Vgl. Berger, Der automatisierte Verwaltungsakt zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG, NVwZ 2018, 1260, 1260; 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,第 172 页。

[10] Vgl. Berger, Der automatisierte Verwaltungsakt zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des 35a VwVfG, NVwZ 2018, 1260, 1260.

[11] 参见马颜昕:《自动化行政的分级与法律控制变革》,《行政法学研究》2019 年第 1 期,第 89 页。

[12] 参见展鹏贺:《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 135-136 页。

[13] 参见庄德通:《强化公众参与审慎对待电子设备固定证据——北京大学教授沈岩对行政处罚法修订草案的修改建议》,《民主与法制时报》2020 年 8 月 8 日第 3 版。

[14] 参见查云飞:《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,第 178 页。除此之外,查云飞博士还提出针对大数据检查也应获得高层级的法规范授权。参见查云飞:《大数据检查的行政法构造》,《华东政法大学学报》2022 年第 1 期,第 60 页。

自动化技术处于发展之中,适用深度与场景不断变换。处于不断发展之中的自动化技术以不同深度应用于不同场景,形成的自动化形态不尽相同。类型化有助于对不尽相同的自动化行政进行更为妥帖和精细地描述。当前学者多基于类型化的视角讨论自动化行政,但分类标准及形成的类型不同。为明确自动化行政的正当性基础,究竟应当基于何种标准对自动化行政予以类型化,需要甄辨。

(一) 现有分类

针对变动不居的自动化行政,相较于直接定义其概念,学界更倾向基于类型进行描述。当前自动化行政的类型主要存在三类学说:“两分法”、“三分法”和“四分法”。

“两分法”主张将自动化行政分为两类。分类标准之一是人与自动化系统的关系。依此标准,有学者将自动化行政系统分为完全自动化系统(fully automated systems)和混合自动化系统(mixed systems),^[15]有学者将自动化行政行为划分为半自动行政行为和全自动行政行为。^[16]分类标准之二是自动化行政对法治的影响。依此标准,有学者将自动化行政分为遵循人类预先编写的程序规则的“专家系统”和从历史数据推断出规则的“有监督的机器学习”系统。^[17]此外,还有观点着眼于不同发展阶段,将交警执法划分为“通过固定的监控技术设备记录取证”的非现场执法 1.0 版和“通过自助处理平台形成行政处罚决定”的非现场执法 2.0 版。^[18]

“三分法”将自动化行政分为三个阶段或三个类别。一种观点依循人工智能的自我学习能力强弱,将自动化行政分为信息收集的自动化、流程或手续的自动化和智能流程的自动化三个阶段。^[19]另一种观点根据“程序-实体”的法律制度以及人工智能对自动化效果的实际影响,将自动化行政划分为“数字化程序实施,但实体决定仍为人工作出”、“‘程序实施+实体决定’的完全数字化,但实体决定非以人工智能方式作出”以及“‘程序实施+实体决定’的完全数字化,且实体决定由人工智能方式作出”三种类型。^[20]

“四分法”将自动化行政分为四类。该观点参照自动驾驶系统的分级概念,以自动化技术水平和信息处理过程中某个步骤是否需要人工干预为标准,将自动化行政分为“一级”自动化辅助行政、“二级”部分自动化行政、“三级”无裁量能力的完全自动化行政和“四级”有裁量能力的完全自动化行政。^[21]

(二) 以是否逾越法律授权为标准

“立法者在型构类型时,必须考虑拟赋予的法律效果以及由此而给出的价值判

[15] See Danielle Keats Citron, Technological Due Process, 6 *Washington University Law Review* 1249, 1263-1264 (2008).

[16] 参见查云飞:《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,第168-169页。

[17] 参见[澳]莫妮卡·佐尼鲁特、莉亚·本内特·摩西、乔治·威廉姆斯:《法治与政府决策自动化》,廖建凯译,《理论月刊》2020年第11期,第121-122页。

[18] 参见余凌云:《交警非现场执法的规范构建》,《法学研究》2021年第3期,第37-38页。

[19] 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,第57-59页。

[20] 参见展鹏贺:《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122页。

[21] 参见马颜昕:《自动化行政的分级与法律控制变革》,《行政法学研究》2019年第1期,第83页。

断。”^[22] 型构自动化行政的类型,亦需循此路径。本文拟探讨的问题是自动化行政的正当性基础。在当今时代,“作为可以支配他人人身和财产的行政权,必须源于人民通过代议制机关以法律的形式授予”。^[23] 人民享有国家主权,然而由于民主治理能力的有限性和待决问题的无限性,包括中国在内的多个国家基于以下途径展开治理:一方面,通过民主选举的代议制机关制定法律;另一方面,代议制机关授予行政机关以执法权限,由其基于自身的专业知识和灵活性管理复杂且不断变化的国家。自动化行政正当性的本质在于法与行政的关系,即自动化行政不得逾越对行政机关的法律授权。若逾越,其决定效力将受到挑战——被撤销或确认无效。以是否逾越法律授权作为对自动化行政进行类型化的标准,直指自动化行政正当性基础的本质。

相较而言,现有观点或从技术、或从应用场景、或从人与自动化系统的关系、或从被替代法律规则的结构对自动化行政的类型进行描述,不足以厘清自动化行政与法的关系。技术的流变及应用场景的拓展并不必然逾越原有授权以致于行政活动的正当性基础被撼动。人与自动化系统的关系固然在一定程度上触及了自动化行政的变革本质。然而,由机器辅助或取代人,并不意味着行政机关对此完全失控,也即行政活动的正当性基础仍有存在的可能。基于“程序-实体”法律规则结构的划分,体现的效果是琐碎的,无法直接呈现行政权的本质变化。

(三) 新“两分法”的提出及其实践示例

判断是否逾越法律授权的要件有二:一是组织要件,也即自动化系统在行政活动中的地位;二是行为要件,也即自动化过程是否对公民权益产生新的干预。前者指向被授权主体是否尚存,后者指向民主授权的范围有无被超越。满足以上任一要件,即逾越了法律授权。具体而言,当引入自动化系统后的行政机关仍然享有完整的行政决定控制权,系统仅仅辅助行政机关作出决定,且自动化过程中并未对公民权益产生新的干预时,自动化系统未逾越法律授权。当引入自动化系统后的行政决定无法由行政机关主导而由系统自主作出,或者自动化过程对公民权益产生新的干预,那么自动化系统构成逾越。^[24] 根据是否逾越法律授权,本文采“两分法”,将自动化行政分为非逾越系统和逾越系统。

非逾越系统由机器算法辅助人力执法,行政机关可介入系统进行校正,不对公民权益产生新的干预。典型的例子是当前在环保、公安等多个行政执法领域应用的自动量罚系统。上述系统运行过程中,办案人员在给定的案件范围内根据设定的情节,将查证的事实输入系统,系统自动给出处罚建议,供执法人员参照。

逾越系统或者对公民权益产生新的干预,或者由机器算法完全替代人力执法。由此可将逾越系统进一步细分。一类是辅助干预系统,也即机器算法辅助行政机关作出决定,

[22] [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆 2020 年版,第 285 页。

[23] 章剑生:《现代行政法基本原则之重构》,《中国法学》2003 年第 3 期,第 66 页。

[24] 例如,当前美国一些警察局并非自行开发自动化系统,而是向私人公司购买 PredPol、Beware、Geofeedia 或 Digital Surveillance 等治安风险预测产品。由于警察机关对技术理解能力的欠缺以及私人公司对算法的保密,导致这些预测决定往往由自动化系统直接作出,行政机关无法干预。See Elizabeth E. Joh, The Undue Influence of Surveillance Technology Companies in Policing, 92 *New York University Law Review Online* 19, 37 (2017).

但对公民权益产生新的干预。早期的典型示例是道路交通安全执法中运用的交通技术监控。“电子眼”抓拍交通违法行为,系统对个人信息进行收集,执法人员审核相应记录之后做成处罚决定。当前公安部道路管理局大力推广的“交管 12123”APP 是这类自动化行政系统的进阶版,但仍然离不开人工审核和介入。另一类是替代授益系统,也即机器算法替代行政机关作出决定,未对公民权益产生新的干预,而是带来更多便捷。典型的例子是深圳率先推出的“秒批”,即在受理审批环节实行无人干预自动审批。还有一类是替代干预系统,也即机器算法替代行政机关作出决定,会对公民权益产生新的干预。美国针对超速等道路交通违法行为进行自动拦截的专用短程通信系统(下称“DSRC 系统”)和新加坡等国运行的道路电子收费系统(下称“ERP 系统”)是较为经典的例证。

三 非逾越系统经行政机关自我审查即可引入

近年来,诸多行政执法领域陆续引入自动化辅助量罚系统。这是否意味着存在即正当?仅就非逾越系统而言,本文给出肯定性回答。

非逾越系统提供了普遍的、可持续的专家意见。理论上讲,专家是“一个专业的和中立的角色”。^[25] 专家意见即针对某一具体情境,由专家基于专业知识对其过去和当前的利益、成本进行分析,并通过概率的计算,针对某一方案实现的有效程度提出的预测意见。^[26] 专家意见被广泛应用于重大决策、重大行政执法事项、行政指导、行政应急以及行政规划等行政活动。非逾越系统具有专家的属性。一方面,以自动量罚系统为代表的非逾越系统往往涵括与应用场景相关的所有规则,是一个名副其实的“专业库”,与专家的“专业性”不谋而合。另一方面,非逾越系统一旦开始运行,其过程不受人为干预,避免了主观价值判断,相较于专业人士,更易保持“中立性”。非逾越系统将专家意见普遍化、可持续化,为所有输入系统的案件提供量罚建议,既可实现“一事一议”,也避免了逐一邀请专家参与的巨额成本。

非逾越系统补强了行政活动的正当性。行政活动的正当性源于其专业性和灵活性。专业性意味着实施行政活动的行政机关应当拥有足够的专业知识进行理性判断。然而,如同人的理性是有限的,由于知识的不完备性、信息的不完全性、价值观的导向性以及官僚体制的科层性,政府活动的理性同样受限。不过,政府是公益性的,政府对其理性的局限并不能坐以待毙,而应该积极主动地改善自身的管理环境和条件,最大限度地拓展政府的理性,从而提升其行政活动的正当性。^[27] 吸收社会专家参与,通过专家意见拓展知识的深度和广度,能够有效地补强行政活动的正当性。非逾越系统提供的专家意见可以起到补强行政活动正当性的效果。例如,南京市环保行政处罚自由裁量辅助系统根据违法

[25] 江国华、梅扬:《论重大行政决策专家论证制度》,《当代法学》2017年第5期,第52页。

[26] 参见王锡锌、章永乐:《专家、大众与知识的运用——行政规则制定过程的一个分析框架》,《中国社会科学》2003年第3期,第120页。

[27] 参见张忠:《专家参与行政决策的功能及其实现》,《理论月刊》2013年第2期,第116页。

情节、后果、时间、地点以及当时的态势、影响,综合社会情势、当事人客观情况,进行科学的判断和计算,将自由裁量过程置于“阳光”之下,促进环保处罚的合情、合理、合法,并且可解释。^[28]

非逾越系统经行政机关审查后可自主引入,无需授权。辅助量罚系统被置于传统的行政执法过程之中,为行政执法提供建议或者参照,有助于推进严格规范公正文明执法,却不涉及公民权益的侵害。行政机关审核之后即可引入以上系统。《国务院办公厅关于全面推行行政执法公示制度执法全过程记录制度重大执法决定法制审核制度的指导意见》(2019 年)提出“要积极推进人工智能技术在行政执法实践中的运用”正是基于以上逻辑。

不过需要注意的是,引入非逾越系统之后应当避免执法人员的怠惰。非逾越系统本身即是一种专家系统,必然包含着专家系统存在的信任危机:专家系统权威的动摇、工具理性支配专家系统和专家系统伦理道德失范。专家系统一旦信任失灵,将面临“塔西佗困局”,也即“受行政决策影响的当事人对于决策主体缺乏最基本的信任,所以不论决策主体公开任何信息都怀疑排斥,不论决策事项好坏与否都坚决反对,导致无法执行决策、无法做出决策、甚至无法启动决策的情境”。^[29]在非逾越系统中,个人因自身的惰性^[30]更情愿将任务分配给辅助工具,同时作出与系统一致的决定,从而逐渐丧失专业上的批判分析能力。尤需注意的是,以公益为目标的行政场景中非逾越系统一旦失灵,其引发的信任危机将是群体性的、广泛性的,直接威胁政府本身的正当性。若陷入“塔西佗”困局,后果不堪设想。因此,避免行政执法人员对于非逾越系统的迷信和怠惰,保持行政执法人员对其随时随地的独立判断实为必要。

四 逾越系统正当性基础的类型化建构

当自动化系统代替行政机关作出决定或者自动化系统对公民权益产生新的干预时,便逾越了原有授权,行政活动的正当性将受到撼动。这是否意味着行政活动没有引入逾越系统的可能?逾越系统的运行基于个人信息处理。论及处理个人信息的正当性,要么源于法律、行政法规的许可,要么来自个人的同意,两者构成了个人信息处理的全部合法性基础。^[31]在个人信息之外,泛泛讨论自动化系统的正当性时,学者们同样秉持了上述二元分析框架——个人同意抑或法定授权。只是究竟何种情形下替代系统经由个人同意即可运行,何种情形下经由法定授权方可引入,尚不清晰。若需授权,如何授权,同样缺乏共识。

[28] 参见《南京“环保行政处罚自由裁量辅助决策系统”正式运行》,《领导决策信息》2010 年第 19 期,第 20-21 页。

[29] 韩春晖:《行政决策的多元困局及其立法应对》,《政法论坛》2016 年第 3 期,第 122 页。

[30] See Linda J. Skitka, Kathleen L. Mosier, Mark Burdick & Bonnie Rosenblatt, Automation Bias and Errors: Are Crews Better than Individuals?, 1 *The International Journal of Aviation Psychology* 85, 88 (2000).

[31] 参见程啸著:《个人信息保护法理解与适用》,中国法制出版社 2021 年版,第 148-149 页。

(一) 辅助干预系统的分阶授权

除了非逾越系统,大量自动化辅助系统在辅助行政机关作出决定的同时,对公民权利产生新的干预,“逾越”亦存在。此类自动化系统即辅助干预系统。电子技术监控设备是初级样态。“交管 12123”APP 是进阶样态。两类不同形态的辅助干预系统对公民权利的干预程度不同。以电子技术监控设备为代表的辅助干预系统主要涉及自动化系统对个人信息的收集和处理。以“交管 12123”APP 为代表的辅助干预系统除了对个人信息的收集和处理的,还导致相对人程序性权利的减损。下文将分别讨论。

论及以电子技术监控设备为代表的初级辅助干预系统,大部分学者未提及授权,这隐含了对这类系统的默许。相较而言,少数学者呼吁对电子技术监控设备秉持绝对法律保留的严格授权观,认为行政机关设置电子技术监控设备涉及人格尊严、隐私权等问题,需要审慎对待。电子技术监控设备系在公共场所针对不特定人应用的自动化系统。获得不特定人的同意既不现实,也不必要。相较而言,授权是更为妥适的方案。

《行政处罚法》第 41 条第 1 款直面电子技术监控设备的正当性基础问题,设定了“依照法律、行政法规规定”、“收集、固定违法事实”、“经过法制和技术审核”和“设置地点应当向社会公布”四项要求。该条款系新增条款,被认为以《道路交通安全法》第 114 条为基础,是对该条适用范围的拓展。^[32]然而,上述解释存在对《道路交通安全法》第 114 条的误读。《道路交通安全法》第 114 条旨在明确行政处罚以行为人为原则的例外。当运用交通技术监控记录资料无法确定行为人时,可以对机动车所有人或者管理人予以处罚。^[33]换言之,该条无涉交通技术监控设备引入和应用的正当性问题。与电子技术监控设备引入条件直接相关的是《道路交通安全法》第 7 条。该条款是倡导性规范,为交通技术监控设备的引入提供了正当性基础。当然,交通技术监控设备的引入以《道路交通安全法》第 7 条为基础,并不意味着所有电子技术监控设备均需法律的授权。

电子技术监控设备的引入是否需要授权以及需要何种位阶的法律规范进行授权取决于其是否对公民权利产生新的干预及其干预程度的大小。当前有关电子技术监控设备可能引发权利干预的讨论主要集中在隐私权上。对此,有观点认为“我们在公共场所的所作所为所有人都能看到,因此我们通常不能声称这些活动是隐私的”。^[34]若循此观点,在公共场所安装电子技术监控并不涉及对个人隐私的干预。但也学者持相反观点,认为“电子监控设备的密度,已经让人无处遁形,先进的技术手段更是可以将遍布整个城市的监控连系在一起,可以将孤立的信息融合,分析出更多信息。这样的监控密度,让公民的隐私也已然失衡。”^[35]《中华人民共和国民法典》第 1032 条第 2 款确定了隐私的法定内涵,是指自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。电

[32] 参见许安标主编:《〈中华人民共和国行政处罚法〉释义》,中国民主法制出版社 2021 年版,第 123-124 页。

[33] 参见郎胜主编:《中华人民共和国道路交通安全法释义》,法律出版社 2003 年版,第 249-250 页。

[34] Elizabeth E. Joh, Policing by Numbers: Big Data and the Fourth Amendment, 1 *Washington Law Review* 35, 59 (2014).

[35] 马颜昕:《自动化行政的分级与法律控制变革》,《行政法学研究》2019 年第 1 期,第 86-87 页。

子技术监控安装在公共场所,如道路、商场、旅游景点等,并未侵入私密空间、也未干预私密活动、更未收集私密信息,不会加深对公民隐私权的干预。^[36]

尽管不涉及对个人隐私的侵入,电子技术监控设备的使用却与个人信息的收集和处理息息相关。为此,《个人信息保护法》第 26 条规定:“在公共场所安装图像采集、个人身份识别设备,应当为维护公共安全所必需,遵守国家有关规定,并设置显著的提示标识”。该条款为公共场所安装的、收集和处理个人信息的电子技术监控设备的引入提出了正当性要求——“国家有关规定”。从法秩序的统一性来看,《行政处罚法》第 41 条中规定的“依照法律、行政法规规定”应与《个人信息保护法》第 26 条中规定的“遵守国家有关规定”做同一解释。这是因为,个人信息并非通常意义上的权利,而是“工具性权利与目的性法益的集合”,旨在促进国家为其提供预防性、前置性的法益保护。^[37] 对个人信息的干预依据适当放宽到规章,也即法律、行政法规、地方性法规、部门规章和地方政府规章均可为此提供依据,符合个人信息的工具性价值。反之,若对个人信息的干预依据控制过严,将无助于个人信息收集和处理活动的展开,也无益于推进数字政府建设。

以“交管 12123”APP 为代表的进阶型辅助干预系统,同样涉及对个人信息的收集和处理,也同样无法基于相对人同意获得正当性。原因有三。第一,当基于未能充分理解的内容放弃权益时,所作出的个人同意侵蚀了同意本身的正当效力。纵使“交管 12123”APP 已通过相当通俗易懂的语言告知个人信息处置规则(“隐私政策”)和运行规则(“服务协议”),然而在注册时,不知多少用户会耐心读完两个文本各自近十个章节、数十个条款的内容。即使读完,大量用户也将因缺乏道路交通、软件等方面的专业知识和个人信息保护的意识,无法完全理解各个条款的内容。在未真正全面理解被同意内容的前提下,用户所作出的个人信息处理同意,无法充分体现个人的自主性。这些辅助干预系统在处理个人信息的基础上还对相对人陈述、申辩、听证等程序性权利进行限定乃至剥夺。在尚未充分理解系统的情况下作出的同意放弃权利的意思表示无益于公民的权利保障。第二,即使相对人得以充分理解被同意内容而作出放弃权益的意思表示,随着行政活动的展开,相对人权益保护水准将因该事先的概括性同意被拉低。当用户注册“交管 12123”APP 并作出同意表示时,意味着其将接受一定范围内道路交通违法行为的自动化处罚。具体来讲,电子眼、声呐等违法行为自动发现系统抓拍到违法行为后,相关违法数据推送到 APP 上,当事人通过 APP 缴纳罚款。在此过程中,当事人既可能由于未被及时通知而无法充分陈述申辩,也可能因为未意识到违法状态的发生而继续违法,还可能丧失法律赋予的更正违法而不受处罚的权利(如违停)。这意味着相对人的程序性权利将因事先的概括同意受到压缩。第三,以个人同意为基础引入此类辅助干预系统会延缓新技术的应用进程,无益于行政效能的提升。在道路交通安全、交通运输、城市管理、环境保护等行政管理领

[36] 需要注意的是,本部分仅涉及公共场所安装的电子技术监控。《公共安全视频图像信息系统管理条例》(2016 年,征求意见稿)第 11 条第 2 款规定:“旅馆客房、集体宿舍以及公共浴室、更衣室、卫生间等可能泄露他人隐私的场所、部位,禁止安装视频图像采集设备。”

[37] 参见王锡锌:《个人信息权益的三层构造及保护机制》,《现代法学》2021 年第 5 期,第 110-111 页。

域,违法行为多发、易发、频发,干预性行政活动的开展需要耗费大量的人力、财力和物力。引入类似于“交管 12123”APP 的辅助干预系统有助于提高这些领域的行政效能。若基于个人同意方能引入,将延缓乃至阻碍行政效能的提高。基于特定对象的同意利用替代系统对涉及不特定对象的公共领域进行管控,缺乏正当性。有观点可能反驳说,若系统可获得所有相对人的同意,该正当性即可补足。然而,这仅仅限于假设,事实上总有人出于这样或那样的原因(如较高的隐私要求以及某些非分之想)不愿同意。当替代系统无法获得现有和潜在的全部相对人或相关人同意时,其引入进程便会被搁浅乃至荒废。

既然个人同意无法也不宜为以“交管 12123”APP 为代表的进阶型辅助干预系统提供充分的正当性,则需将目光转向授权。行政活动是一项民主事业,而非仅仅是一项科技事业。自动化行政系统的引入,需权衡其价值与可能引发的风险,形成一个政治决定。^[38] 根据《立法法》(2015 年)第 80 条第 2 款第 2 句和第 82 条第 6 款的规定,进阶型辅助干预系统由于在个人信息之外还涉及相对人程序性权利的减损,部门规章、地方政府规章均不得授权。程序性权利的减损并非《立法法》第 8 条和第 9 条规定的法律保留范畴,法律、行政法规和地方性法规均可在各自立法权限范围内对进阶型辅助干预系统进行授权。^[39]

(二) 替代授益系统经相对人同意即可引入

除了辅助干预系统,替代系统亦是逾越系统的典型样态。依据产生授益抑或干预效果,替代系统可分为替代授益系统和替代干预系统。“秒批”是典型的替代授益系统。“秒批”系统往往应用于行政许可、公共服务和各类简单证明、评级事项。基于各部门整合申请条件后形成的智能比对审核系统,对申请人办事申请进行自动比对和判断,自动出具证件、证照、证书、批文、证明、评级等结果。^[40] 相较于之前的人工操作,该类系统可通过电子化形式提交申请和材料,无需提供非必要证明材料。授益行政行为相对人提出申请、提交材料、说明情况等属于义务性程序。替代授益系统的运用实则减省了义务性程序。行政程序没有在成文法规定之外增加行政相对人的程序性义务,是合法的;行政机关对于义务性程序的取消、简化符合立法意旨且不违背行政相对人的预期,亦合法。^[41] 从这一维度来看,替代授益系统既未增加程序性义务,还减省了义务性程序,本身即合法。

[38] See Elizabeth E. Joh, *The New Surveillance Discretion: Automated Suspicion, Big Data, and Policing*, 1 *Harvard Law & Policy Review* 15, 42 (2016); See Elizabeth E. Joh, *Discretionless Policing: Technology and the Fourth Amendment*, 1 *California Law Review* 199, 232 (2007); 参见[德]蒂莫·拉德马赫:《人工智能与执法》,徐涛译,载[德]托马斯·威施迈耶、蒂莫·拉德马赫主编《人工智能与法律的对话》,韩旭至、李辉等译,上海人民出版社 2020 年版,第 274 页。

[39] 《道路交通安全违法行为处理程序规定》(公安部,2020 年)第 58 条试图为以“交管 12123”APP 为代表的进阶型辅助干预系统提供授权。参见王莹:《“交管 12123”处理交通违法记录的法律适用分析》,《道路交通管理》2020 年第 10 期,第 40 页。然而由于该规定仅为部门规章,依本文观点,无法为作为“交管 12123”APP 的引入提供充分的正当性依据。

[40] 参见宋华琳:《电子政务背景下行政许可程序的革新》,《当代法学》2020 年第 1 期,第 84 页。

[41] 参见杨登峰:《行政程序法定原则的厘定与适用》,《现代法学》2021 年第 1 期,第 87 页。

还需注意的是,替代受益系统以对个人信息的收集和处理为前提和基础。根据《个人信息保护法》第 13 条之规定,涉及行政活动个人信息处理的,主要包括取得个人的同意、为履行法定职责或者法定义务所必需、为应对突发公共卫生事件或紧急情况下保护自然人的生命健康和财产安全所必需三种情形。对替代受益系统而言,其并非履行法定职责或法定义务所必需,人力执法亦可完成相关职责或义务内容;也非应对突发公共卫生事件或紧急情况下保护自然人生命健康或财产安全所必需,更多事例发生在常态之下,且同样可通过其他手段来实现。相反,这些系统往往出于便利相对人的考量。取得个人同意,个人信息处理者方有权处理个人信息,更为便利的自动化系统便可被运用。基于个人同意处理信息的核心理据在于个人的意思自治和信息自决权。同意乃个人意思自治的体现,能自主地对个人信息进行处分。替代受益系统应用的本质在于个人对自身利益的处置——是否愿意以个人信息置换程序性义务的减省,因此经由相对人同意即可应用,无需另行授权。

除了行为法上的讨论,还需关注组织法上的改变。替代受益系统的本质是代替行政机关行使相应的行政职权。行政职权实施主体的变更是否需要法定授权呢?有学者主张坚持职权法定原则,也即组织职权的调整行为应纳入行政法定的范围之内。^[42]也有学者提出职权应否法定取决于对相对人权益的影响、组织效率、经费预算和功能业务等的综合考量。^[43]后一主张更符合组织法的本质,也即保障行政组织正当性的同时兼顾行政组织效能。替代受益系统以为相对人提供便宜和便利为目标,若将之纳入法定范畴,会阻碍行政机关探索和尝试更具效能性的便民系统,无助于简政放权的实现。因此,从组织法上看,不将替代受益系统纳入法定范围亦不违反职权法定原则。

(三) 替代干预系统须追溯至被替代行政权的特别设定规范

替代干预系统的应用触及行政权的本质。行政权的本质是在法律授权范围内履行国家职责。替代干预系统利用计算机技术、算法程序、深度学习或神经网络替代行政执法人员处理关键数据,自动生成对相对人具有干预效果的决策,代为进行技术性和专业性的裁量判断。替代干预系统决定的作出源于预先设定的算法、运行过程中收集和挖掘的相关数据以及深度学习之后形成的判断路径。预先设定算法时,开发商和运营商出于技术性、专业性的考虑势必会与行政机关乃至相关领域的专家进行密切的合作。然而,由于算法本身的简化性和抽象性特征,行政机关及专家应对个别场景的专业性建议未必可以全面顺利转化成算法。即使系统预设过程中,相关场景的全部专业性、技术性的个别化意见均被转化为算法,由于大数据技术和深度学习系统的日趋成熟,算法进一步演化为本体化的算法,并在运行中不断自行调整各种模型参数,最终将脱离人的控制。^[44]在替代干预系

[42] 参见杨登峰:《行政法定原则及其法定范围》,《中国法学》2014年第3期,第109页;王镔:《论组织性法律保留》,《中外法学》2020年第5期,第1326页。

[43] 参见王晓强:《行政组织法律保留原则及其保留范围研究》,《河北法学》2019年第5期,第152-160页。

[44] 参见张凌寒:《算法规制的迭代与革新》,《法学论坛》2019年第2期,第20-21页;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,第71页。

统中,自动化系统完全脱离行政机关的控制,替代行政机关履行国家职责,经由法律授权的行政机关被实质性架空。在尚无重新授权的情形下,自动化系统实则以“行政机关”的名义对公民权益予以干预,而无正当性依据。在此情况下,重新按照被替代行政权的授权路径再度对替代干预系统进行授权,方能消除组织法与行为法上的疑虑。于是,替代干预系统的引入再度变为“一项民主事业,而非仅仅是一项科技事业”。

重新按照被替代行政权的授权路径再度授权包含两重意涵:一是“谁设定,谁授权”;二是“特别授权”而非“概括授权”。一方面,应当基于“谁设定,谁授权”原则,由设定相应行政权的立法对替代干预系统重新授权。法律授权的理据在于法律保留原则,也即“行政机关只有在取得法律授权的情况下才能实施相应的行为”。^[45] 依循法律保留原则,我国《立法法》(2015年)第8条和第9条明确了法律绝对保留事项和法律相对保留事项;《行政处罚法》(2021年)第10条至第12条规定了法律、行政法规和地方性法规的行政处罚设定权;《行政许可法》(2004年)第14条至第15条规定了法律、行政法规、国务院决定和地方性法规的行政许可设定权和省级人民政府规章的临时性许可设定权;《行政强制法》(2011年)第10条至第11条规定了法律、行政法规和地方性法规的行政强制措施设定权,第13条规定了法律的行政强制执行设定权。当对替代干预系统重新授权时,立法机关应当严格遵循法律保留原则及其我国《立法法》及“行政三法”的设定权规范体系进行授权,而不能任意,尤其不能因便宜行事仅由低位阶规范授权。

另一方面,追溯至被替代行政权的设定源头进行重新授权意味着替代干预系统的正当性来源于特别法,而非一般法。授权的明确性程度则取决于原授权立法的明确度。有学者认为,囿于我国缺乏一般行政程序法和行政法总则,对于自动化行政系统的授权可遵循特别法优先的路径,待一般法颁布之后再度由一般法进行授权。该观点更倾向于一般法授权的路径。有学者提出对于不涉及当事人重大利益的简单事项的自动化行政系统,可以进行概括性授权。与以上两种观点不同的是,有学者强调特别法规范的明确授权。一般法还是特别法,明确授权还是概括授权,首先需要探寻一般法、特别法、明确授权以及概括授权各自的功能。一般法与特别法之区分取决于规范对象。一般法,亦可称为总则或者基本法,其旨在为所有行政行为(例如《德国联邦行政程序法》)或者某一类型行政行为(例如我国《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》)提供纲要性、通则性、基础性的原则和一般性规则,从而确保行政活动的统一性和完整性。^[46] 特别法即调整特定行政活动领域的法律,如《道路交通安全法》《治安管理处罚法》《价格法》等。明确授权与概括授权之区分取决于对公民权利的干预强度。对权利的侵害性越强,授权明确性的要求越高;反之,侵害性越弱,授权明确性要求越低。^[47] 除了个别示例(如ERP公路电子收费系统、DSRC拦截系统),替代干预系统总体上并无实践。考虑到替代干预系统存在的“逾

[45] [德]哈特穆特·毛雷尔著:《行政法总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第104页。

[46] 参见应松年:《关于行政法总则的期望与构想》,《行政法学研究》2021年第1期,第9页;参见章志远:《作为行政处罚总则的〈行政处罚法〉》,《国家检察官学院学报》2020年第5期,第20页。

[47] 参见李晴、余凌云:《智慧警务模式下警察法授权体系的补足》,《浙江学刊》2021年第1期,第81页。

越”风险,其发展应当是渐进、个别化而非全范围的。为此,通过特别法而非一般法授权的方式更符合这一发展进路。至于明确授权还是概括授权,则应参照原授权立法,不可全然概括授权,也无需强调全部明确授权。

当然,即使在理论上能够证成替代干预系统可通过追溯至被替代行政权的特别授权规范获得正当性,一些国家如德国通过《联邦行政程序法》第 35a 条直接否认具有裁量性的替代干预系统引入的可行性。这无疑体现着保守主义的倾向,究其根由在于对替代干预系统本身能否更好地履行职责(尤其是代替裁量)的怀疑乃至否定。然而,技术总在发展之中,以强人工智能技术为支撑的替代干预系统未来可期,适时引入以补足行政机关人力执法的局限并非毫无可能。只是替代干预系统的本质是由机器代替行政机关行使干预权力,篡夺了行政机关的地位,除非另行授权,否则不可引入,以免颠覆民主与法治国的根基。

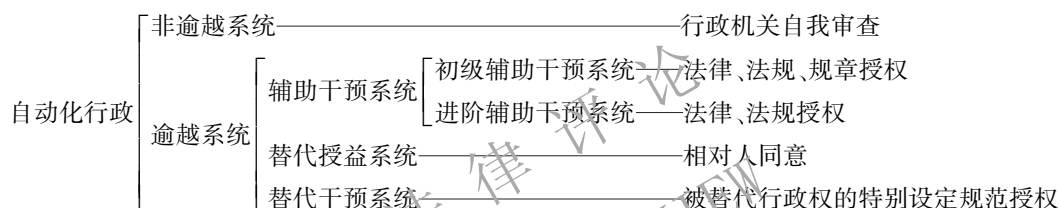
五 结 语

中国的数字政府建设正如火如荼地展开。这既是一场因应技术发展的行政活动场景革命,也将带来前所未有的行政法治危机。对行政效能的追求督促着我们不断引入新技术,形塑新场景。对行政法治的希冀却为新技术的引入时时敲响警钟。于是,如何在法治框架内引入新技术,成为数字政府法治化建构的当务之急。本文试图探讨的自动化行政的正当性基础,系其一个前提性问题。区别于行政机关自我审查、相对人同意和立法授权等或积极或消极的现有观点,本文主张分类讨论行政活动引入自动化系统的时机。

“两分法”“三分法”“四分法”等自动化行政的既有分类标准涉及技术、场景、人与自动化系统的关系和被替代法律规范的结构,却均无法为自动化行政正当性基础的类型化讨论提供清晰且周全的路径。建构自动化行政的正当性基础,本质是厘清自动化行政与法的关系,也即确保自动化行政不得逾越对行政机关的法律授权。以是否逾越法律授权作为类型化的标准,直指自动化行政正当性基础的本质。判断是否逾越法律授权的要件有二:一是组织要件,也即自动化系统辅助抑或替代行政机关开展行政活动;二是行为要件,也即自动化过程是否对公民权益产生新的干预。基于是否逾越法律授权,自动化行政系统可被两分为非逾越系统和逾越系统。非逾越系统本质上提供了普遍的、可持续的专家意见,能够补强行政活动的正当性,却未对公民权益产生新的干预,无须再行授权,经行政机关审查后可自主引入。需要注意的是,为了克服“塔西佗困局”,应当使行政执法人员随时随地保持判断能力,避免行政执法人员对非逾越系统的迷信和怠惰。

逾越系统包括辅助干预系统、替代受益系统和替代干预系统。辅助干预系统在辅助行政机关作出决定的同时,对公民权益产生新的干预。以电子技术监控为代表的初级辅助干预系统,主要涉及个人信息的收集和处理,可依据《个人信息保护法》第 26 条的规定,经法律、行政法规、地方性法规、部门规章或地方政府规章等“国家有关规定”的授权即可引入。以“交管 12123”APP 为代表的进阶型辅助干预系统,除了收集和处理个人信

息,还涉及对相对人程序性权利的减损,根据《立法法》第80条第2款第2句和第82条第6款的规定,需要获得法律、行政法规或地方性法规的授权才可引入,部门规章、地方政府规章均不得授权。替代受益系统运用于受益行政行为之中,代替了传统的人工操作,相对人可通过电子化形式提交申请和材料。替代受益系统减省了义务性程序,本质上是相对人是否愿意以个人信息置换程序性义务的减省,该系统以对个人信息的收集和处理为基础,根据《个人信息保护法》第13条的规定,经由相对人同意即可引入,无需另行授权。替代干预系统利用计算机技术、算法程序、深度学习或神经网络替代行政执法人员处理关键数据,自动生成对相对人具有干预效果的决策,代为技术性和专业性的裁量判断。替代干预系统完全脱离行政机关的控制,代替行政机关履行国家干预职责,经授权的行政权力被实质性架空,根据法律保留原则和我国《立法法》及“行政三法”,需由被替代行政权的特别设定规范重新进行或明确或概括地授权,方能消除组织法与行为法上的疑虑,但也应慎重。(如下图)



于此,类型化的自动化行政正当性基础得以建构而成。不断发展与更新的自动化行政活动循此引入,方能有据可依。数字政府在法治轨道上运行,是持续深入推进依法行政、全面建设法治政府、建成法治国家的新兴且重要命题。建构自动化行政的正当性基础是数字政府法治化的重要方面。因之,本文的讨论对数字政府法治化建设无疑是前沿且基础性的。

当然,囿于智识的局限,本文仅选取了自动化行政活动的若干场景,而未全面覆盖自动化行政的所有示例。本文提出的自动化行政分类标准——是否逾越法律授权,尽管已通过组织要件和行为要件予以具体化,但上述概念仍较为抽象,运用这一框架时还需要具体情况具体分析。特别是,本文形成的自动化行政类型是理想的,技术本身是流变的,应用场景是交替的,对自动化行政的认识也是渐进的,某一自动化行政活动未必能够毫无争议地被归入某一特定类型。除此之外,本文对自动化行政正当性基础的建构主要以现行立法为依托,然而对行政法治的理解处于发展之中,各个不同类型自动化行政的正当性基础亦需随着行政法治理念、法律保留原则及其相关规则的发展而随之调整。

整体而言,本文仅属抛砖引玉,不同领域中各个具体场景的自动化行政需进一步深入研究,不同发展阶段中的自动化行政正当性基础亦需进行历史地、辩证地分析。

[本文为作者参与的2019年度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)的研究成果。]

[**Abstract**] In order to further modernize the state governance system and capacity, China is currently committed to building a digital government. Automated administration is an important aspect of digital government. Whether administrative actions can be automated is the starting point for discussion as well as the basic issue in this paper. Self-review of administrative organs, counterpart's consent, and legislative authorization are the three main propositions about the justification of automated administration. However, each of these propositions has its limitations and none of them can provide a complete and undisputed legitimacy basis for automated administration. The essence of constructing the legitimacy basis of automated administration is to clarify the relationship between automated administration and law, that is, to ensure that automated administration does not overstep the legal authorization given to administration organs. Taking whether the legal authorization is overstepped as the standard to type automated administration points directly to the essence of the legitimacy foundation of automated administration. There are two elements in the judgment of whether the legal authorization is overstepped, organizational element and conduct element. According to the above criteria, automated administration can be divided into the non-overstepping system and the overstepping system. The overstepping system can be further divided into the auxiliary intervention system, the alternative benefit system, and the alternative intervention system. The non-overstepping system can be introduced by self-review of administrative agencies without the need for authorization. However, it should be noted that, the ability of administrative law enforcement officers to make judgments anytime and anywhere should be guaranteed and their superstition of and over-dependence on the non-overstepping system should be avoided. The legitimacy basis of the overstepping system should be constructed in a typed way. The justification of the auxiliary intervention system should be discussed in stages. The primary auxiliary intervention system represented by electronic technology monitoring, which involves the processing of personal information, can be introduced through authorization by laws, administrative regulations, local regulations, department rules, or local rules. The advanced auxiliary intervention system represented by the "Traffic Administration 12123" APP, which not only involves the processing of personal information, but also infringes on the procedural rights of the persons concerned, can be introduced only through authorization by laws, administrative regulations, or local regulations. The introduction of the alternative benefit system is essentially an issue of whether the counterpart is willing to replace the reduction of procedural obligation with personal information. The system can be introduced with the consent of the individual concerned. The alternative intervention system can replace administrative law enforcement officers and be completely removed from the control of administrative agencies, resulting in the administrative power authorized by law losing its proper role. In this case, only by re-authorizing the alternative intervention system according to the authorized path of the replaced executive power, can the doubts in the behavioral law and the organizational law be eliminated.

(责任编辑:支振锋)