

过程论视野下的算法裁量: 形成机理、现实困境和法治路径*

雷刚, 蒋安琪

(贵州大学 法学院, 贵州 贵阳 550025)

摘要: 算法在行政裁量领域中的广泛应用, 形成了一种新型的算法裁量模式, 与此同时, 亦带来诸多法治挑战, 有必要对其形成机理、现实困境和法治路径展开研究。在形成机理方面, 基于法律与事实的交织构造, 算法裁量的产生得益于法律的代码化以及技术对事实的丰富处理。从过程论视角, 对其进行“接收-处理-输出”阶段性划分, 针对性地逐一释明不同阶段所存在的数据质量问题、算法黑箱、算法歧视问题。基于此, 有必要从范围限定、程序约束及权利保障三个方面进行过程性的法律控制, 从而推动算法裁量的法治化实践。

关键词: 算法裁量; 行政行为; 行政过程论; 现实困境; 法治路径

中图分类号: D922.11

文献标识码: A

DOI: 10.19358/j.issn.2097-1788.2024.06.012

引用格式: 雷刚, 蒋安琪. 过程论视野下的算法裁量: 形成机理、现实困境和法治路径 [J]. 网络安全与数据治理, 2024, 43(6): 80-87.

Algorithmic discretion in the perspective of process theory: formation mechanisms, practical dilemmas and paths to the rule of law

Lei Gang, Jiang Anqi

(School of Law, Guizhou University, Guiyang 550025, China)

Abstract: The wide application of algorithms in the field of administrative discretion has formed a new type of algorithmic discretion mode, and it is necessary to study its formation mechanism, realistic dilemma and rule of law path. In terms of the formation mechanism, based on the intertwined construction of law and facts, algorithmic discretion is generated by the codification of law and the rich processing of facts by technology. From the perspective of process theory, it is divided into the stages of "receiving-processing-output", and the data quality problems, algorithmic black box and algorithmic discrimination problems at different stages are explained one by one. At the same time, the process of legal control is carried out in three aspects, namely, scope limitation, procedural limitation and right protection, in order to promote the practice of algorithmic discretion under the rule of law.

Key words: algorithmic discretion; administrative behavior; administrative process theory; realistic dilemma; rule of law path

0 引言

在大数据时代, 算法裁量作为一种新兴行政裁量模式, 增强了公众对政府决策的理解和信任, 提升了政府的治理效能, 推动了数字政府发展。作为回应, 2022年《国务院办公厅关于进一步规范行政裁量权基准制定和管理工作的意见》强调了通过推动人工智能技术的运用和将行政裁量权基准内容嵌入行政执法信息系统, 实现行政执法的全面公示和标准化管理。人工智能技术引发的行政变革趋势持续扩大, 行政裁量权规范化、标准化、数字化的重要性逐步凸显。随着算法裁量的普遍适

用, 个人信息深度卷入, 处罚裁量侵蚀相对人权利, 裁量依据存疑, 正当程序原则被破坏等问题不断显现, 例如, 交通领域非现场处罚设备的精确性和电子证据的真实性存疑^[1], 自动监控数据受到停电或者天气干扰而出现错误, 而将机器识别的违法行为依照处罚标准进行处罚, 较大程度上限制乃至剥夺了相对人的陈述申辩、听证等权利, 这些隐忧引发了学术界对算法裁量的深入研究。

在既有研究中, 关于算法裁量的讨论方兴未艾。相关研究指出, 自动化处罚裁量决策依托程序和算法^[2]得以行使部分或全部处罚裁量权^[3], 也存在一定的技术风险, 包括主体能动性的丧失、裁量格式化导致的个案正义丧失以及程序价值的缺失等^[4]。裁量基准的数字化转

* 基金项目: 2023年贵州省哲学社会科学规划青年课题(23GZQN84); 2024年贵州省教育厅高校人文社会科学研究项目(2024RW38)

译导致法律语言与计算机语言的不对等，则易引发“代码造法”的风险^[5]。面对上述风险，学者们提出了一系列解决方案，包括基于法律框架限定算法裁量数字化的适用范围^[6]、通过技术实现数字化裁量的外部沟通^[7]以及准予行政机关关于代码转译及算法决策合法性的说明义务^[8]。

整体来看，既有研究从多维度分析了算法裁量的风险及其规制，为进一步完善算法裁量模式搭建了坚实的基础，然而却鲜有以行政过程论的视角对其实践机理和法治保障进行讨论。算法裁量过程是动态运行的阶段，而非静止、机械的裁量状态。有鉴于此，本文将立足于“行政过程论”的研究视角，首先，从行政行为构造来探讨算法裁量产生的理论原理和过程论视角下的运作样态；其次，从算法模型的“接收-处理-输出”过程来观测不同阶段所存在的风险性问题；最后，从过程论的视角对各个阶段通过范围限定、程序约束及权利保障进行法律控制。

1 算法裁量的形成机理与运行样态

行政行为的基本构造在学理层面已经明晰^[9]，是事实认定、法律要件的解释、适用法规范、决定应当实施行为^[10]的观测、分析和行动活动^[11]。规范与事实之间的照应使得行政裁量成为一种可能，算法裁量的实践过程恰恰表征了行政行为基本构造的关键观点。基于法律与事实双重构造的行政行为过程，凸显了以过程论划分算法裁量阶段的必要性。

1.1 形成机理：法律构造与事实构造的交织

1.1.1 法律构造：代码即法律

法律理性与技术性的算法相契合，并进而形成算法裁量，法律理性在某种程度上也表现为法律的技术性。

“代码即法律”是法律技术性的经典表述，代码能够像法律规定一样对人们在网络空间中的行为进行规范，构建了对网络行为的一种制约机制。在数字政府时代，私营部门和公共服务机构正在逐渐采用代码规则来替代传统的法律和法规。法律包含大量规则和规范，包括以图像、语音和视频形式存在的证据，以及以合同、起诉书、庭审记录、裁判文书和电子卷宗等形式存在的法律文本。这些法律大数据为大数据分析、挖掘以及其他数据应用提供了必备的生产资料^[12]，是法律构造的基本要素。

代码技术规则与法律规则都借助语言符号系统传达意义，为算法裁量提供了强有力的基础逻辑。算法裁量在“代码即法律”的法律构造下具备了规范性，算法将裁量过程分解为机器可操作的计算步骤，而代码则以机器语言描述这些步骤^[13]，包括了对裁量基准的细化，通

过特定的技术处理，使其能够自动化地执行法律规则 and 标准，将不同的情节与效果对应，从而实现算法化的行政决策。此时，代码的规范力对算法裁量具有实质影响。具体来说，其一，确保裁量过程的一致性和可预测性，使相似情况下的决策结果具有相似性，减少了主观因素的介入。其二，代码的规范性使得算法裁量过程更易于被解释和理解，裁量的逻辑和决策原因可以通过代码进行可视化展示和解释，使行政决策的依据和依据的规范化更加透明和可追溯。其三，算法裁量的效率和执行力得以提升，在与法律的技术性的有机结合下，法律规则 and 标准被有效转化为代码，裁量基准在技术层面上得到自动执行，从而实现算法决策。

1.1.2 事实构造：技术丰富法律事实

法律对其所适用的时空范围内的人际关系有着有效的影 响，这种影响在技术层面上实际上是一种法律拟制，即为应对时间上的变迁与延续以及空间上的多元与一致等张力的一种方法。基础性事实的存在是法律拟制的前提条件，而随着技术的进步和广泛应用，法律拟制面临着新的可能性，尤其是在丰富事实方面。

其一，技术构造增强事实的关联性。例如，通过数据挖掘和大数据分析技术，可以从海量的信息中提取关键的事实细节，发现隐藏的模式和规律，为法律决策提供更全面的依据。其二，多样化技术呈现事实真实性。例如，摄像监控、语音识别和图像分析等技术可以记录和展现案件现场的真实情况，增强对事实的直观理解，使法律实施更加客观和准确。其三，技术促进事实全面性。通过技术工具，法律从业者可以便捷地获取和共享各种法律文本、案例、裁判信息等，使得不同领域的法律知识能够相互借鉴和补充。

在这种背景下，算法裁量可以通过对丰富的事实数据进行分析 and 挖掘，自动化地进行信息筛选、案例比对、法律推理等操作，从而更高效、准确地进行事实构造，揭示庞大的法律数据中的模式和规律。

1.2 过程论视野下算法裁量的运行样态

行政行为的基本构造形塑了算法裁量的理论机理，法律与事实的交织使得在实践层面以行政过程论的视角对其运行模式加以阐述成为必要。传统行政法偏向于类型化考察行政执法行为，缺乏对整个行政执法过程的动态观察，易陷入一叶障目的窘境^[14]。行政过程论强调将行政活动在时间和空间上进行全面、动态的能动考察。依照裁量活动的一般运行逻辑，将算法裁量的运行分为“接收输入-数据处理-输出结果”三个阶段（如图1所示），有助于把握算法裁量过程中数据采集、处理和输出的规范要求，从而更好地保障行政程序的公正性和合法性。

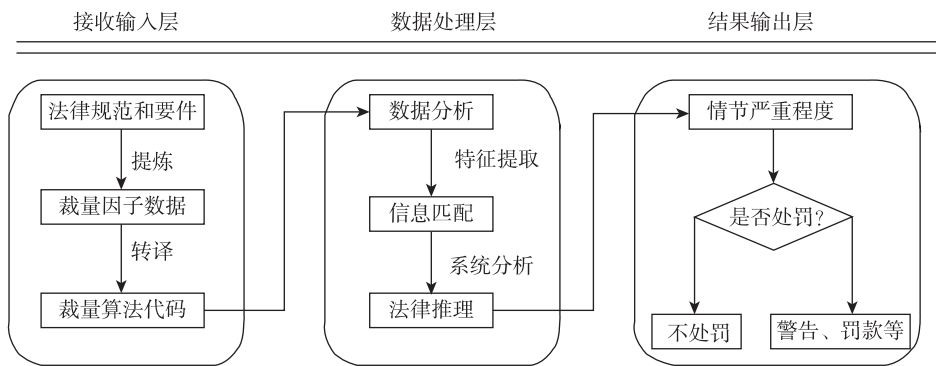


图1 算法裁量的运行样态

在“接收输入”环节，行政主体将所需要的裁量因子作为数据输入算法裁量系统，系统进行数据采集和预处理，这一环节的关键在于将收集到的相关数据转译为代码，并按照一定的规则和逻辑组合起来，以还原法律适用的裁量过程，并最终形成算法。在这个阶段中，法律构造起着重要的作用。行政主体需要将法律规范和要件转化为可操作的代码形式，确保算法能够理解和运用这些法律规则。这涵盖了对法律文本的解释和翻译，将法律规则转化为计算机可执行的指令。代码的构建和组织过程将法律规范转化为算法的基本结构，为后续的数据处理和决策提供了法律基础。如重庆市渝北区环保局就一起违法排放污水行为进行处理时，执法人员将11项裁量因子输入机器：“（1）行为地点：非饮用水水源保护区，情节一般……（11）排放去向：排入集中式污水处理设施，后果轻微。”^[3] 这些因素经过机器感知、识别、分类和整理，生成可操作的代码。

在“数据处理”环节，算法裁量系统将第一步获取的案事件进行抽象处理，并将其与所储备的法律要件进行匹配^[15]。这一阶段可以视为事实构造的过程。通过对事实数据的整理、抽象和分析，系统能够更好地理解案事件的本质和特征，同时与储备的法律要件进行对比，确定哪些法律规范是适用的，并进行相应的法律推理，以支持后续的决策过程。例如，安徽省亳州市城管执法局的电子综合执法系统利用先进的数据处理技术，将收集到的违法行为数据与预设的算法模型相结合。通过对数据的分析和比对，系统能够自动推导出违法行为的事实表现形式，并将其与相应的法律规范对应起来，确定违法行为的事实和相应的处罚等级^[16]。

在“输出结果”环节，算法裁量系统需要将决策结果准确地输出，根据数据处理阶段的分析和推理，系统会生成具体的决策结果。在该环节中，代码与法律事实得到了融合。通过对法律规范的解释和应用，结合经过

数据处理的事实分析，算法裁量系统能够产生具体的决策结果。这种代码与法律事实的融合体现了算法裁量过程中法律和事实的交互。例如，衡水市生态环境局于2020年作出一份《行政处罚决定书》，其中载明：“根据衡水市行政处罚自由裁量辅助决策系统各项裁量因子计算……，裁量认定：情节轻微，处罚款人民币伍佰肆拾伍元整。”上述罚款数额便是机器综合考虑各个裁量因素和法律事实得出的裁量结果^[3]。

2 过程论视野下算法裁量的现实困境

行政裁量是行政主体与相对方动态平衡的互动过程，而算法对其进行了结构性重塑。在算法裁量的运作过程中，应当结合各个阶段的具体特征及可能产生的法治风险，来构建过程论视野下的论述逻辑。

2.1 接收阶段：数据多义性与裁量基准的准确性冲突

行政裁量数字化的基础性原理在于通过计算机编码将裁量权移转给算法^[17]，裁量基准是行政裁量的基础，包含法定裁量因子。在算法裁量中，行政主体需要根据案件的具体情况输入相应的裁量因子数据，以确切反映案件的真实情况。数据的前置性特性，使得其成为算法裁量过程中最为重要的资源。然而，实际操作中，数据本身的多义性、不完整性和不确定性等特点给算法裁量带来了一系列的问题。这主要体现在：

其一，数据多义性问题。裁量基准是行政机关裁量权的普遍适用性规则，其在内在构造上系属对法律规范的解释或具体化。算法裁量的运作机理本质上是算法代码与裁量基准的交互^[18]，在该过程中，裁量因子数据庞杂而多类型，法律规定中的某些词语或表述本身可能存在多义或模糊的情形，算法难以确定行政主体输入的某个裁量因子的确切意思，这会使算法的裁量结果出现偏差。例如，“严重”“特殊”等词在不同法律规定中以及不同案件环境下的理解可能不同，算法难以判断行政主体输入“严重”这个因子时所指的是哪一种理解，进而

导致裁量结果的不准确。

其二，裁量基准的准确性问题。裁量基准的首要任务是准确确定相关事实情境，并对其进行分类区分，从而为适用不同效果提供基础和依据。然而，准确性的缺失会影响裁量基准的确定和实施。在行政执法中，数据来源通常是由执法人员提供的，如果其提供的数据不准确，或者出现了裁量因子数据输入错误，由此产生的结论将在根本上是错误的^[19]。例如，2018年，宁波市的行人非机动车闯红灯抓拍系统进行了误识别，将大巴车上的董明珠广告人像错当横穿马路路人^[20]。

2.2 处理阶段：算法黑箱与裁量透明的解释性缺失

算法决策过程的透明性是算法裁量中的重要问题，然而，在数据处理阶段，存在一个典型特征即“黑箱性”^[21-22]。技术了解程度不足、国家或商业秘密的保密要求以及算法本身的复杂性都导致算法的透明性缺失，对程序法上的行政公开原则造成侵蚀。公开是实现公平、对抗专断地运用裁量的重要武器^[23]，丧失公开恰恰与裁量的透明规则背道而驰。

在算法裁量中，算法决策依据是裁量因子，但由于算法的黑箱特性，使得决策过程以秘密的方式被“保护”起来，缺乏可见性，利害关系人和公众难以理解和评估决策的公正性和合理性。算法公式和裁量因子等内容的封闭、不透明和不公开，直接导致行政裁量权行使的主体从行政主体变相转移到算法开发者，导致裁量基准的转化程度与预期设想大相径庭^[18]。当裁量决策结果与预期有偏差，却无法解释和追溯时，便会引发公众对行政机关的决策程序和动机产生疑虑和不信任^[24]。

2.3 输出阶段：算法偏见与裁量正义的价值性冲突

算法中藏匿着某些隐而不显的偏见，冲击了人们通常认为由算法驱动的自动化决策是客观、不受情感影响、平等公正的观念^[25]。有学者指出，计算机系统上的偏见可分为既存的偏见、技术性偏见和新生的偏见^[26]。新近研究发现，算法所导致的歧视和偏见主要是第一种情况，即在人类头脑中根深蒂固，源自社会文化和制度的影响所产生的偏见。例如，美国近年开发了COMPAS、PSA和LSI-R等风险评估软件，用于判断在押人员是否有再犯的可能^[27]。然而，这些软件所依托的算法指标明显涵摄对黑人等贫困群体的歧视。

裁量基准的价值核心在于行政行为的理由及其规范化，其体现了行政自制的理念和对裁量正义的追求。而在算法裁量中，偏见的存在可能侵蚀裁量基准的价值核心，对裁量正义构成潜在的威胁。从实质意义上的裁量正义出发，强调在行政过程中以裁量结果的合理性来达到合目的性的法律效果，其涵盖了手段适当性和目的正

当性的内容。在算法裁量中，算法的设计、实施和决策须具备适当性，并以正当目的为导向。然而，算法的应用可能无法充分考量行政目的的正当性，例如，在行政处罚中，罚款应该合理、适度，算法却无法准确评估个体的经济状况和财务能力。此外，在行政处罚中，一项重要原则是将处罚与教育相结合，通过惩罚和教育双重手段来促使违法行为的纠正和预防。然而，算法更注重数据和模型的分析，难以充分理解和评估复杂的情境因素，从而限制了行政目的正当性的实现。

3 过程论视野下算法裁量的法治路径

在当今的国际社会，自动化设备在国家行政权行使过程中被大量使用，“自动化行政国家”（Automated State）已蔚然成风^[28]。如上所述，算法裁量各个阶段所产生的法治风险并非子虚乌有，有必要从范围限定、程序约束及权利保障三个方面进行过程性控制，以保护行政相对人的合法权益。

3.1 接收阶段：算法裁量的适用范围限定与分级

3.1.1 法律保留原则限定算法裁量适用边界

技术应该被视为手段而不是目的。应当看到，并非所有行政活动都适合引入算法。现代行政决策涉及解决不仅有事实性问题，还有复杂的价值选择挑战，如个人自由和社会秩序、个体权益和公共利益等。解决这些价值难题需要在法律程序框架内进行竞争和妥协。在使用算法进行裁量时，需要合理限制其使用范围。对此，当下法治实践已有所认知。德国《联邦行政程序法》35a条规定由自动化设备作出的行政行为，排除了不确定法律概念与裁量情形。这是一条明确的法律保留条款，立法者认为，可以由计算机全自动制定具体行政决定的适用场景应当是那些标准化、规范化的规模程序，例如征税决定、社会补贴的确定、授予许可决定等。

我国《个人信息保护法》也指出当算法决策影响个人重大权益时，个人有权拒绝。这足以显现针对算法决策的法律保留原则已初显端倪。算法决策适用范围的限定实则是算法决策权的让渡与转移问题，在绝对保留的要求下，对公民生命权与人身自由等权利进行处分的强制措施和处罚不应纳入算法决策范围，原因在于，人是具有期待可能性的，而算法或机器在基本权利方面作出合法而符合人道主义的决策是难以被期待的，将这些决策交由算法决策系统，可能导致不符合人道主义的决策结果，严重侵犯个体权利，故应将这些权利的处分保留给人类而非算法或机器。例如，欧盟《通用数据保护条例》（下文简称为《通用条例》）规定，若算法决策对主

体会产生重大影响或法律效力,此种决策就不应仅由算法作出。

3.1.2 分类构造算法裁量决策类型

在法律保留原则所限定的算法决策范围以外,还存在着具备裁量余地的行政行为,此时还应根据行政行为的复杂性、确定性大小来进行划分。复杂性指的是行为程序的偏离度,复杂性低意味着与正常行政程序相契合。确定性指的是行为的可分析性^[6],确定性程度高意味着裁量基准明晰。基于此,上述可区分为:复杂性与不确定性均低的电子行为;复杂性较高、不确定性较低的自动化执法行为。

电子行为主要表现为采用电子签名、数字名片认证身份或者通过电子通信方式(如电子邮件等)传递法律文书或其他法律文件。例如,《国务院关于加快推进政务服务标准化规范化便利化的指导意见》中提出要推进电子证照在政务服务领域应用和全国互通互认。自动化执法行为主要表现为政府和公共机构将行政服务、管理和执法等活动转化为基于互联网、移动终端等信息化平台上进行的非现场化行为。《中华人民共和国行政处罚法》规定,行政机关可以利用电子技术监控设备取证,并应当告知当事人相关信息。行政机关设置电子技术监控设备要符合标准、设置合理、标志明显,不允许市场主体自行配置电子技术监控设备并自行或通过间接途径收取罚款。

可以预见,伴随着算法行政的发展,只有复杂度越低(偏离正常程序少)、不确定性越低的(可分析性高)才能越来越多地由数字化裁量来完成^[4]。而复杂度高的案件,人工裁量的参与度将保持较高水平,以确保个案的正义。这类案件可能涉及多样的法律因素和复杂的事实情况,需要法律专业知识和判断力,这是算法难以完全替代的。对于简单性和重复性的案件,算法裁量将发挥更大的优势。通过对大量类似案件的数据进行学习,算法裁量系统可以逐渐提高其决策的科学性和效率,从而降低不合法决策的风险。

3.2 处理阶段:程序正义的约束

为防范自动决策带来的裁量风险,需要审查行政程序规则以适应自动决策,保持法治与算法的兼容性^[29]。算法裁量立足于公私之间,应当重新回归程序正义的规制范畴。程序正义客观上注重客观公正和效率导向,主观上注重主观公正和权利保障,以上理念也可扩展到规范算法权力上,从客观面向的形式正义以及主观面向的实质正义出发,实现对程序正义的双重整全。

3.2.1 客观面向的形式正义

(1) 建立开放的统一数据库

程序一致性是程序正义的重要组成部分,也是确保算法公平的关键^[30]。程序一致性要求所有规则在所有情况下都必须一致适用,以确保同类个体受到同等对待,并保证决策的可重复性和可再现性^[31]。具体到算法裁量中,作为数据的裁量因子是影响算法决策的关键要素,在实现程序一致性时,需要对裁量因子进行统一的处理和标准化。为此,政府和相关机构应当积极推动数据开放和共享,建立统一开放数据库,将各地的裁量因子存放在其中,通过对不同来源和格式的数据进行预处理,确保它们在算法中的使用方式和权重是一致的,降低数据碎片化分布,同时还应提高数据的可利用性,确保相同条件下的裁量决策运用到的数据应可重复和可再现。此外,该数据库应当允许公众查询,以了解各地的裁量因子的具体内容和应用情况。例如,多地政府已经通过数据开放和共享的形式提供数据接口和API接口,使公众能够方便地获取和利用数据。

(2) 构建合理的透明度标准

法国《公众与行政关系法》(Code des relations entre le public et l'administration)明确规定,算法信息是一种行政文件,公民可以要求予以公开。对裁量过程进行有意义的公开,确保裁量基准和裁量过程的透明,以便人们能够理解算法的运作原理和结果,进一步有效消解算法黑箱带来的冲击。而这种透明应当具有“合理的透明度”^[32],即通过合理的透明度标准为行政主体清晰划定公开的职责,包含了数据透明、过程透明、影响透明。数据透明指行政机关可以采用开放与相对人有关的裁量因子增加透明度,将算法决策过程中的裁量基准详细说明,并就其涉及的具体法律与裁量基准规定予以公开。过程透明是指在算法计算过程中记录整个过程,以便进行管理追溯。之后,应监测评估决策系统的裁量意见是否存在偏重或偏轻的情况,并向相关方反馈。影响透明是指行政相对人能够对与个人利益有实质影响的数据质量、算法模型、代码逻辑等进行有针对性的了解^[33]。

3.2.2 主观面向的实质正义

(1) 引入完善的算法解释机制

“如果政府不能解释其决定,政府就不应该使用算法。”^[34]首先,算法解释应当以完善的说明理由为基础,理由涉及算法系统对案件事实、证据和法律规定的分析和判断,以及基于这些分析和判断所作出的决策。行政治理的本质在于行政主体与相对人之间的理性交往,而算法的介入不应导致信息割裂和沟通失效。例如,欧盟《通用条例》规定,算法使用者要以简洁、透明、易懂的方式进行算法解释,确保公共理性不被算法主导下的决策所消解。其次,算法解释需要在事实层面和价值层面

上进行划分。在事实层面，算法应利用其机器学习的优势，对事实识别和证据固定进行精准和高效的处理。行政机关应进行真实性解释，涉及算法功能、参数设置等方面。在价值层面，算法解释应当确保裁量的行为符合法律适用的可信性、可靠性和可问责性^[33]，考虑社会、经济、环境等多方面因素，以及如何综合权衡各种利益和公共利益。

(2) 加强公众民主交流

算法本身不能确保绝对公正，工作人员在程序设置、数据输入、指令下达中都可能失误^[35]。算法裁量所生成的决策结果为大多数相对人所遵从。在算法裁量处理阶段中，行政机关与相关利益者可以开展积极的沟通与对话，以便他们实质地参与到裁量过程中。通过多方参与和广泛讨论，公众可以了解到算法决策对个人权利和利益的影响，表达自己的意见和诉求，从而降低算法裁量决策中的权力不对称和算法的黑箱性特点。行政机关也可以及时了解社会民意和诉求，及时调整与修改算法裁量处理中不合理因素，降低错误决策的风险，保障行政相对人权利。

3.3 输出阶段：权利保障的新旧调和

3.3.1 问责机制的新尝试

(1) 明确责任主体与责任承担

美国《2022年算法问责法案》明确指出问责制在自动化决策系统中至关重要。其中不仅将偏见和非歧视性作为评估算法系统或过程的影响因素之一，而且还要求企业在使用算法决策时进行系统化的影响分析，对带来歧视性后果的算法加强监管。这充分表明算法决策系统的使用者应当成为问责对象，此外在算法裁量中，还涉及算法开发者这一主体，如果结果输出阶段出现歧视，明确责任主体角色与责任承担是消解歧视现象的关键。

算法偏见中的歧视意识往往难以直接识别，因此需要算法开发者和算法应用者承担结果责任，即一旦出现歧视结果，行政机关和算法开发者就应当承担无过错责任，此时举证责任倒置，由行政机关和算法开发者来证明算法不存在歧视影响，适当倾斜保护行政相对人的利益。此外，在面对复杂性低的电子行为时，算法开发者应是纯粹的责任承担者，而在复杂性高的自动化执法行为中，虽然行政机关予以了必要的辅助，但算法开发者仍是主要执行人，此时有必要由行政机关与算法开发者按照各自过错大小来承担相应责任。

(2) 明晰对称性问责标准

当传统治理体系难以明确界定过错程度以确定相应责任时，引入对称性问责标准显得尤为重要。所谓“对称性”，考虑的是各方在算法裁量中对结果的具体影响，

此时可以引入一种权力-能力评估模式，权力参数关乎对算法过程或侵权结果的直接控制力，而能力参数则涉及对潜在风险的控制与预防能力^[36]。根据行政机关和算法开发者在算法裁量中的权力-能力参数决定其结构性位置，具备控制或改善算法裁量决策结构或结果的能力，却未履行义务的主体应优先承担责任。

具体而言，对于行政机关，其权力参数包括决策权和执行权等，即能够对算法过程和侵权结果产生直接影响的权力；能力参数则是指行政机关应具备的风险控制和预防能力，包括对算法设计和实施的监督能力。如果行政机关在控制算法决策行为的结构上具有权力或改善潜在结果方面具有能力，但未履行相应的注意义务，如未制定适当的监管政策或程序，则其在结构性位置上靠前，应优先承担责任。反之，如果某行政机关在权力-能力参数上均表现低下，则其在结构性位置上应靠后，无需优先承担责任。对于算法开发者，权力参数涉及对算法设计和实施的直接控制力，如算法功能、参数设置等；能力参数则是指开发者应具备的风险控制和预防能力，例如确保算法不产生歧视或偏见的结果。相应地，如果算法开发者在权力-能力参数上表现突出，则其在结构性位置上应靠前，应当优先承担责任（如表1所示）。

表1 对称性问责标准情况展示

	权力参数	能力参数	结构性位置	责任优先级
行政机关	高	高	前	前
	高	低	中	中
	低	低	后	后
算法开发者	高	高	前	前
	高	低	中	中
	低	低	后	后

3.3.2 救济机制的重申

立足本土，针对受到算法歧视影响的行政相对人，引入传统的救济方式——行政复议、行政诉讼是应有之义。在行政复议和行政诉讼中，应当从决策结果是否符合正当目的出发，是否存在偏见应作为其审查的开端，其审查思路应当遵循“确认偏见存在-评估算法在具体案件中的应用和影响-追求合法权益的保护”。具体来说，在行政复议中，行政相对人提起复议申请，行政机关进行复议审查、复议决定。此外，在该过程中，相对人有机会向行政机关提供证据和理由，说明具体情况，并要求行政机关重新审视和修改决策。而在行政诉讼中，行政相对人可以向法院提出算法裁量结果存在偏见的合理怀疑，并提供相应的证据，要求法院对算法的透明性、

数据来源、算法模型的可解释性和公正性等方面进行全面审查,以及对算法在具体案例中的应用以及对行政相对人权益的影响进行审查。最终,如果行政相对人的权益受到侵害,法院应判决行政机关的行政行为违法无效或采取适当的救济措施,包括撤销不公正的裁量结果、重新裁量及提供合理的赔偿。

4 结束语

数字政府现代化发展进程中,算法裁量作为一种复合型行政活动方式,持续赋能公共行政领域的各个方面。但是技术所带来的隐忧桎梏了算法裁量进一步深入发展。厘清算法裁量的形成机理及运作样态,可以为进一步分析和完善算法裁量模式搭建坚实的基础。进而言之,基于法律与事实的双重构造推动了算法裁量的形成和发展,以过程论的视野划分算法裁量的运作样态,是探求算法行政行为完善的前提与基础。在这一过程中,将其分为“接收输入-数据处理-结果输出”三个阶段,正视输入阶段中数据质量对裁量基准的侵蚀,处理阶段中算法黑箱导致的裁量透明问题,输出阶段中算法偏见引发的裁量正义等问题,在行政过程论的指引下通过法律保留原则限定裁量范围,整合实质正义和形式正义,对阶段性问题进行规制,实现算法裁量技术的法治化,从而与我国的数字政府与法治政府深度融合的要求相契合。在中国式现代化进程中,如何强化算法裁量决策个案正义,是当下及未来研究应当关注的问题。

参考文献

[1] 新华网. 上海首例电子警察抓拍违法鸣喇叭行政处罚诉讼案一审宣判 [EB/OL]. (2019-04-09) [2023-07-16]. <https://baijiahao.baidu.com/s? id = 1630329661568492293&wfr = spider&for = pc&searchword =>

[2] 何扬阳. 自动化行政的裁量困境与解决路径 [J]. 网络安全与数据治理, 2024, 43 (3): 55-62.

[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 [J]. 行政法学研究, 2022 (2): 166-176.

[4] 潘靖. 数字政府中行政裁量自动化的问题分析和对策研究 [J]. 湖南行政学院学报, 2023 (2): 1-7.

[5] 杨成, 陈昊. 行政处罚数字化裁量的合法性风险及其危机控制 [J]. 昆明理工大学学报 (社会科学版), 2022, 22 (6): 1-9.

[6] 刘星. 行政裁量中的技术控制——基于政务服务应用场景的实践观察 [J]. 公共行政评论, 2022, 15 (1): 51-68, 197.

[7] 季卫东. 探讨数字时代法律程序的意义——聚焦风险防控行政的算法独裁与程序公正 [J]. 中国政法大学学报, 2023 (1): 83-99.

[8] 朱瑞. 论算法行政的技术性正当程序 [J]. 财经法学,

2023 (4): 103-117.

[9] 张天翔. 数字政府建设中的行政行为类型化研究——以行政过程论为视角 [J]. 华侨大学学报 (哲学社会科学版), 2023 (2): 130-139.

[10] 杨建顺. 日本行政法通论 [M]. 北京: 中国法制出版社, 1998.

[11] HARTZOG W, CONTI G, NELSON J, et al. Inefficiently automated law enforcement [J]. Mich. St. L. Rev., 2015, 1769: 1763.

[12] 赵蕾, 曹建峰. 从“代码即法律”到“法律即代码”——以区块链作为一种互联网监管技术为切入点 [J]. 科技与法律, 2018 (5): 7-18.

[13] 王宾. 自动化行政中算法的法律控制 [J]. 财经法学, 2023 (1): 61-75.

[14] 冯子轩. 智能行政执法的过程机理及其冲突调适 [J]. 行政法学研究, 2022 (6): 75-85.

[15] 刘星, 侍海艳. 人工智能情境下的行政裁量存在吗? ——兼论行政裁量治理的技术挑战 [J]. 成都理工大学学报 (社会科学版), 2022, 30 (1): 57-66.

[16] 亳州市人民政府. “城管电子执法系统”开启城市管理新模式 [EB/OL]. (2020-07-18) [2023-07-16]. <http://www.bozhou.gov.cn/News/show/428442.html>.

[17] 段哲哲. 控制算法官僚: 困境与路径 [J]. 电子政务, 2021 (12): 2-16.

[18] 王青斌, 翁明杰. 行政处罚中智能行政裁量的实践隐忧与进路调适 [J]. 北京行政学院学报, 2023 (3): 98-109.

[19] 胡敏洁. 论自动化行政中的瑕疵指令及其救济 [J]. 北京行政学院学报, 2021 (4): 81-88.

[20] 中国日报网. 董明珠闯红灯被交警公示? 人脸识别出错闹乌龙 [EB/OL]. (2018-11-22) [2023-07-16]. <https://baijiahao.baidu.com/s? id = 1617794515008000899&wfr = spider&for = pc>.

[21] 张恩典. 算法影响评估制度的反思与建构 [J]. 电子政务, 2021 (11): 57-68.

[22] 吴椒军, 郭婉儿. 人工智能时代算法黑箱的法治化治理 [J]. 科技与法律 (中英文), 2021 (1): 19-28.

[23] 王欢. 行政裁量基准制度的合法性问题研究 [J]. 理论导刊, 2011 (8): 80-82.

[24] BERMAN E. A government of laws and not of machines [J]. BUL Rev., 2018, 98: 1277.

[25] 覃慧. 数字政府建设中的行政程序: 变化与回应 [J]. 行政法学研究, 2022 (4): 145-155.

[26] FRIEDMAN B, NISSENBAUM H. Bias in computer systems [J]. ACM Transactions on Information Systems (TOIS), 1996, 14 (3): 330-347.

[27] 李本. 美国司法实践中的人工智能: 问题与挑战 [J]. 中国法律评论, 2018 (2): 54-56.

- [28] 卡里·科利亚尼斯, 苏苗罕, 王梦菲. 自动化国家的行政法 [J]. 法治社会, 2022 (1): 47-57.
- [29] SUKSI M. Administrative due process when using automated decision-making in public administration: some notes from a Finnish perspective [J]. Artificial Intelligence and Law, 2021, 29 (1): 87-110.
- [30] CALO R, CITRON D K. The automated administrative state: a crisis of legitimacy [J]. Emory Law Journal, 2020, 70 (4): 797.
- [31] 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 [J]. 比较法研究, 2020 (5): 64-79.
- [32] COGLIANESE C, LEHR D. Transparency and algorithmic governance [J]. Administrative Law Review, 2019, 71 (1): 1-56.
- [33] 雷刚. 论算法行政的程序法治: 挑战与回应 [J/OL]. 电子政务: 1-15 [2024-03-10]. <https://link.cnki.net/urlid/11.5181.TP.20240122.1131.022>.
- [34] NEW J, CASTRO D. How policymakers can foster algorithmic accountability [EB/OL]. (2018-05-21) [2023-07-16]. <https://www2.datainnovation.org/2018algorithmic-accountability.pdf>.
- [35] 杨杰. 论行政信用评级的属性及其法律控制——基于行政过程论视角的分析 [J]. 交大法学, 2021 (4): 123-138.
- [36] 肖梦黎. 算法行政责任的分布式重建 [J]. 国家检察官学院学报, 2023, 31 (2): 42-56.

(收稿日期: 2024-03-18)

作者简介:

雷刚 (1993-), 男, 博士, 副教授, 主要研究方向: 数字法治、行政法学。

蒋安琪 (1998-), 女, 硕士研究生, 主要研究方向: 数字法治、行政法学。

(上接第 79 页)

- [10] 程啸. 论数据权益 [J]. 国家检察官学院学报, 2023, 31 (5): 77-94.
- [11] 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 [J]. 比较法研究, 2022 (1): 83-100.
- [12] 周樾平. 大数据时代企业数据权益保护论 [J]. 法学, 2022 (5): 159-175.
- [13] 易继明, 初萌. 全球专利格局下的中国专利战略 [J]. 知识产权, 2019 (8): 38-56.
- [14] 姚佳. 企业数据权益: 控制、排他性与可转让性 [J]. 法学评论, 2023, 41 (4): 149-159.
- [15] 王利明. 论数据权益: 以“权利束”为视角 [J]. 政治与法律, 2022 (7): 99-113.
- [16] 徐海燕, 袁泉. 论数据产品的财产权保护——评淘宝诉美景公司案 [J]. 法律适用 (司法案例), 2018 (20): 83-89.
- [17] 布拉德·谢尔曼, 莱昂内尔·本特利. 现代知识产权法的演进英国的历程 (1760-1911) [M]. 金海军, 译. 北京: 北京大学出版社, 2012.
- [18] 刘晓春, 杜天星. 数据要素市场建构中的数据知识产权确权登记 [J]. 中国对外贸易, 2023 (7): 36-38.
- [19] 程啸. 论数据产权登记 [J]. 法学评论, 2023, 41 (4): 137-148.
- [20] 陈健. 知识产权动态化探析——基于知识产权使用规则 [J]. 中国政法大学学报, 2019 (5): 50-64, 207.

(收稿日期: 2024-03-09)

作者简介:

林沐政 (2000-), 男, 硕士研究生, 主要研究方向: 知识产权法、数据法、科技法。

版权声明

凡《网络安全与数据治理》录用的文章，如作者没有关于汇编权、翻译权、印刷权及电子版的复制权、信息网络传播权与发行权等版权的特殊声明，即视作该文章署名作者同意将该文章的汇编权、翻译权、印刷权及电子版的复制权、信息网络传播权与发行权授予本刊，本刊有权授权本刊合作数据库、合作媒体等合作伙伴使用。同时，本刊支付的稿酬已包含上述使用的费用，特此声明。

《网络安全与数据治理》编辑部

www.pcachina.com