

doi:10.3969/j.issn.1674-117X.2024.04.005

算法行政的正当程序风险及其规正

朱兵强, 张可淳

(湖南师范大学 法学院, 湖南 长沙 410081)

摘要: 算法行政重塑了行政行为的作出方式, 助力效率价值的实现, 但其对技术治理的偏重也给行政正当程序带来了挑战。算法行政系统的复杂性以及平台运营的私营化阻碍行政公开的实现, 行政行为作出的瞬时性不断架空公众参与的可能性, 同时由于算法行政所采用的人机交互的互动模式无法合理把握行政裁量和事实规范之间的因果关系, 消弭正当程序中说明理由的功能发挥。因此, 在运用算法行政服务数字法治政府建设时需回归行政正当程序的本体价值, 在算法技术与法治约束融合发展的路径下坚守人的主体性, 通过公开算法基本原理以实现政府透明性, 在算法审查中吸纳社会群体实现过程民主性, 并赋予行政相对人对个案申请算法解释的权利以弥合说明理由的有效性。

关键词: 算法行政; 正当程序; 算法公开; 算法解释

中图分类号: D922.1

文献标志码: A

文章编号: 1674-117X(2024)04-0040-10

Due Process Risks and Corrections in Algorithm Administration

ZHU Bingqiang, ZHANG Kechun

(School of Law, Hunan Normal University, Changsha 410081, China)

Abstract: Algorithm administration has reshaped the way in which administrative acts are made, helping to realize the value of efficiency, but the emphasis on technological governance has also posed challenges on administrative due process. The complexity of the systems of algorithm administration and the privatized operation of platforms impede the realization of administration publicity. The instantaneous nature of administrative acts leaves the public on the sidelines. At the same time, because the human-computer interaction model adopted by algorithm administration is unable to reasonably judge the causality between administrative discretion and factual norms, the function of explaining reasons in due process is eliminated. Therefore, when algorithm administration to serve the construction of a law-based digital government is applied, it is necessary to return to the ontological values of administrative due process, adhere to the subjectivity of people under the path of integrated development of algorithmic technology and the rule of law, and realize transparent government by disclosing the the basic principles of algorithms. Besides, social groups should be incorporated into algorithmic review to realize the democracy of the process, and at the same time, the administrative counterpart should be given the right to apply for algorithmic interpretation of individual cases in order to improve the effectiveness of justification.

Keywords: algorithm administration; due process; algorithm disclosure; algorithm interpretation

收稿日期: 2024-03-03

基金项目: 湖南省教育厅资金资助重点项目“聊天机器人时代学术不端行为的规制研究”(23A0054); 教育部基金资助项目“腐败的信用惩戒制度研究”(19YJC820080)

作者简介: 朱兵强, 男, 江西永新人, 湖南师范大学副教授, 博士, 研究方向为法理学、行政法、信用法。

一、问题的提出

随着社会经济的发展,大数据、区块链、人工智能、云计算、元宇宙等技术创新产业正在建构一个数字化、智慧化的新世界。作为科技创新发展核心的算法技术依托其智能化、高效化优势,其作用开始从赋能市场经济高质量发展逐渐深入到促进社会的整体性发展。从行业领域来看,算法技术在生态环境监测、社会秩序执法、公共风险防控、信用预测等多个领域,不断赋能社会建设与政府行政管理。从政府行政管理过程来看,网上政务一体化平台、非现场执法、个人信息识别、电子监管等技术措施,正逐渐融入行政决策、行政执法乃至行政监管过程中。2019年《中共中央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》提出要“推进数字政府建设,加强数据有序共享”,首次在国家层面提出数字政府的建设要求。2021年中共中央、国务院印发的《法治政府建设实施纲要(2021—2025年)》提出要“健全法治政府建设科技保障体系,全面建设数字法治政府”,将算法等技术要素与法治要素融入政府治理中。至此,在算法技术及国家政策的双重驱动下,一种不同于传统行政管理的新型社会治理方式得以在时代洪流中迅速发展。

算法行政是依托多层次、体系化的程序框架,以自动化决策与执行为主要机制,通过“条”“块”结合的多场景运用,推进国家治理体系和治理能力现代化的社会治理方式。从行政法治体系来看,算法技术与行政权结合而成的算法行政在本质上仍是行政机关通过行使行政权而作出的行政行为,是行政权力运作的模式改变。从算法行政的行政行为本质出发,即可进一步对作为算法行政重点内容的“算法”的性质进行探讨。首先,行政算法是对现有行政法规范的转译,其以代码语言完成对行政规则的承载。其次,针对算法行政具体如何运行而制定的专有“算法”而言,其属于行政规定。一方面,从经济行政角度考虑,行政算法的生成需要耗费大量人力、物力成本,其制定并非仅针对特定对象产生对外效力,在内容上满足“针对不特定行政相对人作出”和“可反复适用”两项特征。另一方面,以流程图、代码、数据集

等为载体的行政算法可通过书面或电子数据形式予以呈现,亦可被“行政规范性文件”的形式要求所包容。故从实质内容要素和形式要素两方面来看,行政算法实际具备行政规定的行政法属性^[1]。运用算法进行应急管理、风险预测、福利资格给付、数字监控与治理等具体实践则可依据相应标准进行具体行政行为的类别界定。

算法行政与过去由外部社会运动、公权力机关内部改革或两者相互作用共同推动的行政法变迁相比较,“不限于工具性地提供信息化技术支持以提高行政效率,更重要的是通过组织变革和运行机制创新,大幅度地改变公共行政的体制和制度”^[2]。首先,在行政组织上,算法行政依托公共大数据平台进行数据共享,在行政行为的作出上实现跨部门、跨层级的权力交互,突破了传统的科层级组织架构。其次,在行政程序上,算法行政通过结构性编程,将原来复杂、顺序性的行政程序简化为“输入-输出”式的计算步骤,是对原有行政程序的重塑。但就目前而言,算法技术与行政公权的融合尚未完全落实全面建设数字法治政府的目标要求,算法行政的运行模式与行政法治所奉行的价值、理念尚存在冲突。具言之,算法行政通过演算技术以缩减行政程序的方式来实现行政效率的擢升,而行政法治则强调行政机关必须按照合法、正当程序作出相应行政行为,从而确保控权保利价值功能得以实现。算法行政所面临的行政正当程序风险正逐渐消解行政正当程序对行政权的约束,如何寻求算法技术规则逻辑与行政法治正义价值在行政程序上的平衡,是建设数字法治政府的关键。因此,本文从算法行政所形成的极简化的行政程序出发,对算法行政程序提出正当性质疑,并在顺应数字政府发展趋势、实现政府治理体系和治理能力现代化目标的基础上,对算法行政如何回归正当程序予以薄见。

二、算法行政的行政正当程序风险

随着数字政府建设中智能化设备、算法程序、人工智能等在行政管理中的深入运用,很多行政行为经由算法行政系统被瞬时作出,“不见面审批”“一次都不跑”“非现场执法”“非接触式办理”等在发挥高效行政、精准给付以及便民效能的同时,其所奉行的“一键达成目标”式的运行方式

无疑会大幅度缩减原有行政程序,这不仅是对程序合法性的挑战,更引发消弭原有正当程序而架空当事人程序性权利的质疑。正当程序所强调的信息公开、当事人参与以及说明理由的理性要求亦会因此被置之高阁,丧失了其具备的控权保利之效用。

(一) 算法行政对行政公开的规避

数字政府之智能化,依赖于其中所运用的算法技术以及其所采集、整合并再生产的不可计数的数据集,程序开发者通过对行政机关所预设的目标进行程序编码,并在其中输入行政机关提供的相关初始化信息,以生成对外发生效用的算法程序,又通过对每一次公众使用所产生的数据进行再收集、再生产,从而实现算法程序的更新适用。在大数据时代,可以说,每个人都成了智能机器中的一串串数字代码,并无时无刻不在生成“用户画像”。而算法对数据的累计却在悄无声息地进行,算法行政系统对个人信息的收集、使用未能在征得相关人员同意的情况下进行,数据处理、分类、解析的过程也变得更为潜在、隐秘,公众所能知晓的只有最后的一纸结果,至于算法行政的数据从哪里来、到何处去,均处于一个黑箱之中^[3]。

“阳光是最好的防腐剂”,这是法治政府对行政权力的规制要求,行政公开是实现阳光政府的主要举措。在实在法层面,我国《政府信息公开条例》明确规定:“行政机关公开政府信息,应当坚持以公开为常态、不公开为例外,遵循公正、公平、合法、便民的原则。”《数据安全法》第41条也规定:“国家机关应当遵循公正、公平、便民的原则,按照规定及时、准确地公开政务数据。依法不予公开的除外。”但由于算法程序的高度专业性和复杂性以及数据处理平台的商业性,算法行政公开面临诸多阻碍。

首先,算法的高度专业性引发公开怠惰。算法技术自身是一套高度专业性、抽象性、复杂化的系统,其涉及的源代码、设计语言、指令集合、运算等并不能像传统的政府信息一样为公众所理解,如若公开则需要转译为公众所能普遍知悉的语言。而对算法的解释、转译势必会在一定程度上增加政府行政成本。因此出于算法专业性和公开成本的考虑,行政机关往往对算法公开持回避态度。

其次,平台商业化阻碍行政公开。由于目前行

政机关尚不具备独立运行相关算法行政平台的能力,其往往选择与大型互联网企业进行合作的方式来推进数字政府建设,即采取“政企合作,管运分离”的模式,由商事企业负责相应算法行政平台的建设及运营,而企业为了规避商业秘密泄漏之风险,以其中涉及商业秘密为由对相关信息不予公开。

美国西弗吉利亚州卫生和人力资源管理局与一家名为 APS Healthcare 的私人公司合作,由该公司提供医疗福利资格认定、福利预算制定及医疗补助分配支付等医疗福利管理服务。APS 通过访谈和“标准评估工具”收集福利接受者数据,然后运用专有算法生成福利预算并分配福利资金。2015年,一名患有脑瘫、严重智力残疾且手功能受限的女性 Tara R. 在生理条件未发生任何变化的情况下,其福利金从 13 万美元被削减至约 7 万美元。其由于无法支付租金而面临被收容的风险,故对西弗吉利亚州卫生和人力资源管理局提起诉讼。本案法院指出,政府没有提供任何信息,说明哪些因素被纳入 APS 算法,每个因素如何进行加权,以及 APS 算法使用怎样的总体方法,且在运用 APS 算法作出行政决定时未采用“可确定的标准”,因此无法满足宪法所规定的正当程序要求^[4]。

行政公开以“参与民主原则—政府信息公开义务—公民知情权实现”为逻辑展开^[5],其目标侧重于对公民“知”的实现。但在算法行政中,“知情”成了不可企及的目标,行政公开所期冀实现的对政府进行监督以提高行政透明度的功能也无法得到发挥,“算法黑箱”甚至可能在一次次隐形的操作流程中不断助推行政权力的膨胀,侵蚀政府公信力。

(二) 算法行政对行政参与的架空

中共二十大报告将发展“全过程人民民主”确定为中国式现代化本质要求的一项重要内容。“全过程人民民主”理念的推进是对人民主体性地位的再次确立,人民有权以权利主体的姿态参与到立法、司法、行政的各项活动中去,并有权充分表达自己的见解。受参与式民主理论的影响,当前我国行政理念正逐渐从“管理”转向“治理”;行政方式也逐渐从“命令式”转向“合作式”^[6]。充分保障公众对行政活动过程的参与,是衡量行

政过程是否具有合法性和正当性的标准。行政参与本质上是行政参与权的行使,是公众依法以权利主体身份维护和发展自身权益或共同利益,以法定形式参与行政活动过程,并对行政活动产生直接影响的一种权利^[7]。行政参与的内容至少应当包括两项:一是在行政机关进行行政立法或者作出重大行政决策时,公众有自由发表言论、阐述意见的权利;二是在行政执法过程中,受该行政行为影响的公众有陈述、申辩、要求听证、对质的权利。

首先,在进行行政立法或决策时,算法的运用易造成参与信息失真。中国互联网络信息中心发布的第52次《中国互联网络发展状况统计报告》显示,截至2023年6月,我国网民规模达10.79亿人,较2022年12月增长1109万人,互联网普及率达76.4%^[8]。这一庞大的网络群体为网上问政的创新开展提供了充足的用户基数,政府门户网站等的搭建为公众通过互联网参与行政提供了互动平台,拓宽了公众参与行政活动的渠道。算法行政在广泛收集民情民意后,运用科学技术和方法,“通过充分挖掘风险数据价值以及建立双向‘对抗辩论式’评估程序”^[9],对重大行政决策作出风险评估报告,以实现动态、精准决策。但在算法行政中,一方面,由于私营企业掌握着决策的样本数据和决策系统的运行管理,意见样本的采集和表达输入极易受到运行者主观判断的影响,行政决策易被第三方私营企业所操纵,公众意见的真实性、客观性难以得到保障;另一方面,由于我国互联网发展的地域性差异和社会公众行政参与能力水平的参差不齐,少数人的诉求容易被大数据忽略或被大量动机不纯、方式有误的意见所淹没,数据对社情民意的反映同样存在参与质量无法保障的困境。

其次,算法技术对传统行政执法方式的变更,会造成行政相对人程序参与权利之减损。算法技术在行政执法领域的运用,同样让行政执法进入了“智”时代。例如,交通执法领域使用算法联合监控对违反交通规则的车辆进行抓拍识别;市场监管领域推行非现场执法全过程、全流程监管;行政许可领域运用“政务通”“一网通办”等实现申请流程整合;公安执法领域运用人脸识别、虹膜识别、移动警务终端等技术来进行秩序维护、

社区巡逻;行政应急领域运用“健康码”“通行码”等进行应急防控等。在科技赋能行政执法的背景下,行政执法的方式正与大数据进行融合重塑,算法系统通过其外设备收集数据、即时作出行政决定,并将相关依据和处理结果等以短信的方式告知行政相对人。行政参与在传统行政执法方式下侧重于保障行政相对人有机会参与行政执法全过程,而运用算法行政进行行政执法却消弭了这一价值目标。

第一,电子送达方式无法保障行政相对人准确收悉告知事项,会减损其听取告知事项的权利。传统行政执法过程中大多采用书面形式或口头形式将相关事实、依据、权利等“面对面”告知行政相对人。一方面,这种直接送达形式能够警醒表示者意识到表示的法律约束力,督促其不至于仓促行事,并通过执法者签字或盖章等方式让相对人能够识别其执法身份^[10];另一方面,通过执法者与相对人之间面对面的沟通保证相对人收悉告知事项,以便后续权利的行使。但在算法行政中,人与人之间的交互变成了人与机器之间的传达,行政机关与行政相对人之间存在一道电子传达屏障,电子媒体传输无法确保相对人收悉告知事项,从而影响后续权利的行使。

第二,电子取证回避行政相对人陈述、申辩权利的行使。在传统行政执法过程中,调查取证的过程一般由具有执法资格的执法人员进行,当事人或者有关人员在调查取证过程中能够通过询问进行陈述和申辩,而算法行政省略了调查取证中对相对人陈述申辩的听取。2020年,成都一市民在14日内未离开成都的情况下,“健康码”显示存在重点防控地区旅居史被赋黄。该市民拨打12345热线被告知其通过健康码小程序进行咨询申诉,但小程序上未有人工处理相应问题,而是机器人不停重复无用话语,以致其申诉无门。

第三,算法行政消解相对人听证权。我国行政处罚、行政许可领域均规定了受行政行为影响的当事人有根据具体情况要求事前或事后听证的权利,而在算法行政过程中事前或事中听证却被处理过程的瞬时性所掩盖,在一定程度上消解了相对人的听证权。

(三) 算法行政对说明理由实效性的消弭

行政权力的行使大部分是行政裁量权的行使,

对行政裁量权的有效控制有赖于正当程序的约束。正当程序原则要求行政机关作出行政行为时负有向行政相对人说明理由的义务,行政机关需要将作出该行政行为的规范依据、事实状态、相应推理过程及因果关系向当事人进行说明。说明理由要求“决定或裁决必须具有足够的、合乎规则的事实依据和有效的规则,是正当程序中重要的构成要素,违反说明理由义务有可能直接影响到决定或裁决的效力”^[11]。一方面,行政机关通过向相对人说明理由来防止思维专断,增强决定的合法合理性;另一方面,行政相对人能够通过行政机关的个案说理对类案进行预测,增强行政决定的可预测性和可接受性。

2022年6月9日,谢女士从北京抵达郑州,按要求完成社区报备、三天两检且健康码为绿码,并欲于13日到中原区法院递交强拆听证会相关材料。但13日上午,谢女士健康码无故转黄导致听证会延期。在12345热线、疾控中心、街道办等均无法说明合理原因的情况下,谢女士只好向法院起诉河南省卫健委。可见,算法行政难以形成行政机关与行政相对人协商互动的场域,代码运行代替行政机关作出通知或说明,存在机械执法现象。首先,人是主观能动的,而机器只能根据确定的运算法则运转,其事先译制的代码语言无法对个案的特殊情况,无法对输出的行政决定是否合理进行解释。其次,算法技术对事实的认定和规范的适用,依据的是“大数据的相关关系而非因果关系”^[12]。换言之,算法技术只能通过事实特征的提取,再根据事实特征与规范的重合程度来判断适用何种规范以及规范是否适用,而不能根据规范的涵摄对事实与规范之间的因果关系进行说明,从而形成事实与规范之间的对应关系。

三、算法行政的行政正当程序规正

算法行政通过对传统行政行为作出程序的技术性变更,将效率提升到行政价值追求的首位;但算法行政对原有行政程序的缩减,也是对行政正当程序中由公开、参与和说明理由要素所铸造的正义价值的挑战,引发行政技术性变革与法治约束之间的诘问。为使算法行政回归正当程序,应始终坚持“人”在行政中的主体地位,避免掉

入科学陷阱,并通过算法公开、算法审查以及算法解释尽量弥补算法行政的程序性缺失,从而平衡行政的技术性发展与程序正义之间的冲突。

(一) 总体理念导引:坚持人的主体性地位

第一,坚持“以人民为中心”的根本原则,保障相对人的选择权。数字政府建设正在实现行政治理理念“从以业务为中心向以用户为中心”转变^[13],坚持“以人民为中心”原则是转变政府职能、实现治理体系和治理能力现代化的根本面向,是行政机关运用算法技术构建服务政府的理念导引。算法行政的合法、合理发展必须把握公众对民主参与、公平正义的现实要求,保障公民数字权利和数字正义的实现。首先,算法技术的引入必须坚持以人为本。行政机关在采购相应技术服务或与科技企业达成合作时,必须持审慎态度,避免科技崇拜,在公正公开的社会环境下控制技术准入并做好监管。“在制度上强调科技企业尊重和保障人权的责任,以及政府尊重、保障和实现数字人权的义务”^[14],确保数字法治政府建设中公民隐私权、数据权、表达权及人格尊严得到充分尊重和保护。其次,允许行政相对人自主选择是否采用算法行政。我国《个人信息保护法》第24条第3款规定:“通过自动化决策方式作出对个人权益有重大影响的决定,个人有权要求个人信息处理者予以说明,并有权拒绝个人信息处理者仅通过自动化决策的方式作出决定。”由于个体差异的存在,在数字法治政府建设中,行政机关应当允许行政相对人选择对其更为便利的方式参与行政生活。具言之,行政相对人可以为追求效率而选择使用算法系统办理相关业务,也可以为便于理解选择直接向行政机关提出申请。当行政机关默认算法程序作出行政行为的情况下,行政相对人若认为自己受到了算法不公正对待,有权拒绝适用算法行政并要求人工介入。

第二,要坚持算法技术的工具主义功能定位,确保行政机关的行政自主决策权。首先,从我国对于算法技术的相关规定来看,算法技术仅仅是辅助行政的一种工具,其并没有脱离行政组织法的规制范围成为新的权力主体。算法行政依赖于行政机关预先将算法内容植入自动化系统,随后该系统根据该具体算法直接作出决定^[15],实质上行政行为的输出仍在行政机关的控制之下,算法

结果仍是人类决策的输入。算法系统设计者在规范层面也并未获得相关行政法规范的授权, 同样不具备独立行使行政权力的主体资格。其次, 从算法技术的功能作用来看, 算法技术存在“技术盲区”。智能机器受人的主体意识的控制, 不具备对事物进行价值判断的能力, 一旦出现错误, 算法系统的运行惯性就会通过新产生的数据和模型叠加来掩盖错误。现代行政法的中心任务是在法治的轨道上通过行政机关裁量权的行使实现社会治理的法治化, 而“大数据分析不能发现行政案件背后反映的各种社会关系, 忽视了地区差异、对象差异”^[16]。算法技术不具备理解法律及其规范价值的理性^[17], 无法取代行政执法人员在综合相关事实状态后, 在主体理性的基础上兼顾感性因素而作出合理的个案判断。这也就意味着算法技术在数字推理的过程中, 无法对裁量进行把握, 进而无法确保行政相对人对行政决定或裁决可接受性的实现。最后, 从现代行政的任务来看, 算法系统无法顺应现代行政所主张的协商行政发展趋势。现代行政理论主张要逐渐破除行政机关与行政相对人之间长期存在的“命令-服从”的不平等关系, 转而建立一种较为平等的行政法律关系, 通过理性商谈的动态过程以促成各方对规范性观点与事实性陈述的充分表达^[18]。算法行政系统在作出相应行政行为时往往表现为直接输出, 行政过程的大幅度缩减使得行政机关与行政相对人之间的互动过程被省略, 行政相对人在行政法律关系中的行政主体地位被忽视。因此, 应当坚持算法技术工具主义的功能定位, 坚守行政机关在数字政府中自主决策的角色定位, 在法治轨道上充分发挥行政机关作为行政法律关系主体一方的自由裁量优势, 做到合法合理行政, 避免步入技术陷阱。

(二) 要素价值回归: 算法行政正当程序的制度保障

诚如上述, 算法行政通过缩减传统行政行为的作出程序以实现行政的高效化, 但与此同时, 也在无形中背离了行政正当程序的要素价值。为回应算法行政对公开、参与及说明理由等正当程序要素造成的挑战, 可通过相应的算法制度构建来平衡法治与技术有效性之关系, 保障算法行政运行中正当程序各要素价值的实现。

1. 算法公开制度对行政公开的修正

在推进数字法治政府建设的过程中, 囿于算法技术的专业性和复杂性, 正当程序所要求的公开性难免受到“算法黑箱”的桎梏, 行政公开原本具备的价值功能被算法的隐秘性所掩盖。有学者指出, “算法公开制度首先应当是有意性和有特定指向的决策体系的公开, 而非一般性的算法架构或源代码的公开与解释”^[19]。其从算法透明的角度区分算法适用的不同场景, 主张建立一种有意义的算法公开制度。算法公开的有效性以及公众的可理解性已成为算法公开制度的主流追求。但当算法适用于公共行政领域时, 正当程序内涵的公开性之旨意应在于将算法行政置于公众的监督之下, 从而提高政府决策、执法等工作的透明度, 实现算法透明。就行政公开的目的保障而言, 算法公开作为事前的程序手段, 在数字法治政府建设中的监督功能大于算法的可理解取向, 至于算法可理解性的实现可以借助算法解释制度进行功能补正。因此, 亟需从行政公开的本体价值出发, 在政府信息公开的制度框架下, 重构针对算法行政的算法公开制度。

算法公开制度构建的首要任务在于剔除阻却算法行政公开的障碍, 实现算法公开理论上和实践上的可公开性。第一, 算法公开具有法规范上的可行性。从“算法”的性质来看, 无论是行政法规规范转译而成的算法, 还是规定算法行政运行规则的算法, 其公开的本质均是对行政规则的公开^[20]。我国《政府信息公开条例》第20条第1项规定, 行政机关应当主动向公众公开行政法规、规章和规范性文件, 即行政机关应当主动公开规范文本所承载的行政规则。算法行政通过将行政规则转化为代码语言, 形成算法能够识别的技术规则, 从而作出行政行为。因此, 无论是传统行政还是算法行政, 表现形式是文字文本还是代码语言, 其实质都是行政规则的形式载体, 而行政规则属于行政机关应当主动公开的政府信息范畴。第二, 算法公开所代表的公共利益, 在事实上优先于对商业秘密的保护。行政机关作出行政行为是其享有的行政权力的外在表达, 在算法行政领域即表现为行政机关通过算法系统行使行政权力。由于算法系统的运行受制于掌握算法技术的大型商事企业, 这些商事企业因此获得了一种对外的

控制力,故不能将这些参与算法行政运作的大型商事企业视为纯粹的商业组织^[21]。既然在算法行政中掌握算法技术的大型商事企业与经济市场中的算法公司存在区别,那么其就不能以商业秘密保护为由而规避披露义务;同时,算法行政所赋予算法的对外控制力应以服务于公共利益为原则,否则其将成为政企勾结产生腐败的病原所在。换言之,算法行政所承载的公共利益是衡量正当程序的价值标准。为确保这一价值的实现,相关企业的利益追求需要对其让位。行政机关在进行技术服务采购时可以明确相关企业须承担算法公开的义务,在平等协商的基础上让企业自主决定是否放弃部分商业利益以换取同政府合作的利益^[22]。此外,行政机关还应对私主体所提供的算法系统进行适当的审查和持续监督,以保障相关公开数据的真实性和客观性。

算法公开应遵循《政府信息公开条例》明确的公开为常态、不公开为例外的原则性规定,即只要该算法未涉及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定,其就有公开的可能性。另外,行政规则通过公布而产生对外效力,故算法行政公开的内容应重点涉及行政规则何以形成算法、每项规则所对应的算法语言、行政算法运行的一般逻辑等。同时,为防止错误、带有偏见等数据对整个算法行政运行的误导,相关算法所使用的统计数据来源和范围、基本数据标准、影响算法生成决策的相关关键变量设置以及运用算法决策的目的意图等也应予以公开。此外,算法公开应提高透明度,其公开程度依赖于对以下因素的综合考量。首先,对行政机关而言,公开此种算法是否有利于促进透明政府的建设。其次,对公众而言,此种算法的公开是否有利于知情权的保障以及对算法行政的有效监督。最后,对相关企业而言,此种算法公开是否有利于建立社会各界对算法技术的信任。

2. 参与式算法审查制度的过程性控制

2022年《中共中央 国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》指出:要“创新政府数据治理机制。……建立数据要素生产流通使用全过程的合规公证、安全审查、算法审查、监测预警等制度”。算法审查制度致力于通过对算法进行全周期、持续性审查,对算法风险进行

过程性控制,以保障算法运行的正确性及合理性。算法审查制度可从审查主体、算法痕迹跟踪与备案以及公众反馈互动三方面进行机制构建。

首先,算法审查应更多地由第三方公共机构承担。算法审查按照审查主体的不同可分为内部审查和外部审查。内部审查主要指算法的设计、运营和使用者通过内部设立的审查部门,对算法运行过程进行的自查自纠,是一种自我规制措施^[23];外部审查主要指算法关联主体以外的其他机构对算法运行过程进行的审查。内部审查主要通过算法行政相关主体内部自行设置审查小组、拟定审查标准进行审查,其对审查变量的对比设置易受到干扰,无法避免主观性,会形成“既当裁判员又当运动员”的职责悖论。因此,除算法行政主体进行自我规制外,更需要依靠专业的、与其无利害关系的、可信赖的第三方机构,对算法行政运行过程进行外部审查。该第三方机构应具备相应的专业资质,配备算法、法律、伦理等各领域的专家技术人员,同时还应包含一定数量的公众代表,以确保审查的专业性、公正性和民主性。

其次,需要设置算法痕迹跟踪和备案以配合算法审查。算法痕迹是算法行政决定形成所产生的历史记录,是算法审查的重要内容,可以用来“检视系统作出判断或决定的实际过程”^[22],检查数据输入的质量、系统的运行状况以及是否存在数据篡改等情况。此外,算法痕迹跟踪不仅是算法审查的重要内容,而且可以作为电子数据为事后司法救济提供证据佐证。由此,算法痕迹的取得可以适用现有关于电子数据取证的相关规定,在取得相关原始数据记录后对其进行备案保存;同时,为与事后纠纷解决形成联动,算法痕迹留存的时间应与行政复议或行政诉讼的时效规定进行有机衔接。

最后,畅通公众投诉及审查反馈互动通道以保障实质参与。为缓和算法行政对公众参与产生的负面影响,恢复公众参与算法行政的积极性,应设立公众投诉及审查反馈通道。行政相对人认为自动化行政存在算法歧视、数据偏差或运行错误时,可在投诉通道与审查对接单位进行交流沟通以获取回应。审查对接单位应根据算法行政运行的实际情况决定是否启动算法审查,并及时将相应审查决定及审查结果,当场或定期告知申请人。

3. 算法解释制度对说明理由的补正

算法公开在一定程度上能解决数字政府中存在的“算法黑箱”问题。让算法规则透明是保障公民知情权、提高算法行政可接受性的前提,但“透明性本身不是目的,它只是通向可解释性的一个阶梯”^[24],通过对算法进行解释让算法变得不再神秘,能够为公众所理解才是目的。算法解释制度的构建逻辑应紧紧围绕其权利义务展开,即算法解释权的行使以及算法解释义务的承担。具体而言,就是在算法行政中,算法解释权的行使,需解决谁享有算法解释权以及算法解释权行使的条件问题;算法解释义务,需关注谁进行算法解释以及如何进行算法解释的问题。此为算法解释制度展开的一体两面,具体应包含对算法解释权主体、算法解释权行使条件及内容、算法解释义务主体以及算法解释方式等四个方面的内容。

首先,算法解释权的主体应归属于权益受到算法行政重大影响的个人。当下我国数字政府建设领域主要形成了以行政法规为主体、以行政规章为枝干、以相关法律为辅助的法律框架体系^[25],算法行政在效力位阶上,尚且缺乏法律效力层面的、专门的规范支撑。由于算法解释权涉及公民权利的行使,其规范支撑可以溯及与之相关的其他法律,而非局限在关于算法行政的专门立法领域。如我国《个人信息保护法》第24条第3款就明确规定,个人有权要求个人信息处理者对与个人权益有重大影响的自动化决策予以说明。《行政处罚法》第44条规定:“行政机关在作出行政处罚决定之前,应当告知当事人拟作出的行政处罚内容及事实、理由、依据,并告知当事人依法享有的陈述、申辩、要求听证等权利。”《行政许可法》第38条第2款同样规定:“行政机关依法作出不予行政许可的书面决定的,应当说明理由,并告知申请人享有依法申请行政复议或者提起行政诉讼的权利。”2022年施行的《互联网信息服务算法推荐管理规定》第17条第3款规定:“算法推荐服务提供者应用算法对用户权益造成重大影响的,应当依法予以说明并承担相应责任。”上述法律规范中关于行政相对人要求说明理由的规定可以视为行政相对人享有算法解释权的正当、法定依据。尽管算法行政与传统行政行为作出的方式存在诸多差异,但行政权的行使仍应受现有

法律规范体系的规制,行政相对人所享有的权利仍应受到等量保护。

其次,算法解释权的行使应以保证行政机关与行政相对人有效沟通为启动条件。根据《个人信息保护法》第24条第3款的规定,对行政相对人提起算法解释的条件可以归纳为以下三点:(1)行政决定通过自动化决策方式作出;(2)对个人权益有重大影响;(3)在具体个案中提出。鉴于我国有关算法行政专门法律制度之阙如,《个人信息保护法》之规定实质上起到了弥补这一缺失的作用。对于行政决定通过自动化决策作出应扩大解释为,只要决策受到自动化算法之实质影响均可作为启动算法解释的前提,从而充分保障行政相对人权利,防止算法行政权的滥用。另外,“对个人权益有重大影响”应作限缩解释,将“重大影响”理解为“不利影响”。有学者认为,“有利或不利是主观性极强的概念。如果将适用范围限于对个人的不利影响,个人需要证明决定对其利益构成侵害,不一定能够顺利实现”^[26]。但回归算法解释制度的功能可知,算法解释制度服务于对算法行政的正当程序保障,其目的是对行政相对人在算法行政中程序性权利的满足,或者说是行政相对人程序性权利受损的救济,行政机关应负担算法行政之合法、合理的举证责任。申言之,若算法行政作出的是授益性的行政行为,从中受益的行政相对人若想了解算法决定作出的一般原理和逻辑生成,其权利可通过算法公开制度予以保障,赋予获益的行政相对人算法解释权反而容易造成算法信息的无限度披露以及行政成本的增加和行政效率的减损^[27]。行政相对人与行政机关之间的信任需要在具体的行政法律关系中进行建构,而不能通过孤立的权利行使来获取^[28]。因此,算法解释权应以个案申请为条件,它应当是一种相对权而非绝对权。

再次,算法解释的义务主体应包括行政机关和算法行政系统的开发者或供应者。由于行政机关并不具备独立、专业的算法技术能力,其往往以政府购买技术服务或与社会资本合作的方式,委托具备相应技术资质的企业对算法行政系统进行设计、开发甚至是直接运营。在算法行政的责任主体与实际运行者不一致的情况下,行政机关受技术因素的限制,可能无法真实、有效、全面

地向行政相对人进行算法解释^[29]。为应对数字政府中行政机关算法技术之不足,保障算法解释的顺利开展,行政机关可以在行政协议中明确算法行政系统的开发者、供应者负有协助算法解释的义务。国家互联网信息办等多部门联合发布的《关于加强互联网信息服务算法综合治理的指导意见》,在促进算法生态规范发展部分中明确规定,相关企业要做好算法结果解释,消除社会疑惑。当行政相对人向行政机关主张对算法进行解释时,算法行政系统开发者负有协助行政机关进行解释的义务,即算法行政系统开发者实际上成了事实上的算法解释义务主体。

最后,算法解释可根据算法模型的不同采用不同的解释方式。由于算法行政的瞬时性,行政相对人无法在事中要求行政机关进行算法解释,这就决定算法解释是一种事后解释,是对行政程序的正当性补救。由于当前算法技术在我国行政领域的适用呈现出阶梯性的特征,因此可以根据算法决策模型的不同,采取不同的解释方式。具体而言,若行政机关只是运用算法技术进行简单的信息采集、数据分析等行政活动,利用如决策树、规则列表、线性回归等算法行政模型即可满足相关行政需求,且该类模型可转化为“if-then”的逻辑推理模式^[24],由于这类算法尚在可理解的范畴内,故可由具备专业知识的人在输入变量与响应之间提供定性解释。若行政决定是由具备深度学习功能的算法系统作出,由于人类信息处理能力的限制,对此类算法的解释则须依靠技术手段进行。例如,谷歌与OpenAI共同研发的激活地图(Activation Atlases)有助于对“黑匣子”进行解密,其通过将神经元相互作用隐藏层的运作可视化,从而使算法系统的决策过程更加清晰化、更便于理解。由此可见,“算法黑箱”可以通过“解释性算法”进行解释,即可以通过设计一种更简单的算法(如决策树)将“黑匣子”的特征重新消化为人类更理解的特征,从而对具有深度学习功能的算法进行解释。

法律作为维持社会秩序稳定、保障公民权利行使的基石,需要不断回应社会发展所带来的新问题。科学技术的发展为数字政府的建立提供了强有力的算法武器,为行政高效化、精准化、智能

化创造了技术条件,但同时,算法行政的瞬时性、隐藏性也意味着对传统法定正当程序的缩减和规避,会引发有关算法行政合法性和合理性的质疑。数字法治政府要求算法行政必须在法治轨道上发展,并及时回应算法行政在推进过程中带来的行政正当程序风险。算法行政的良性发展应重点关注行政正当程序与算法技术的结合,通过算法公开制度对算法行政的基本原理进行公开,以实现透明政府;通过参与式算法审查机制的设立对算法行政运行进行过程性控制,畅通公众参与算法审查渠道;通过规范赋权明确行政相对人享有申请算法解释的权利,保障行政相对人对算法行政决定的有效理解和权利救济。

参考文献:

- [1] 查云飞. 算法的行政法属性及其规范[J]. 法制与社会发展, 2023, 29(6): 168-185.
- [2] 于安. 论数字行政法: 比较法视角的探讨[J]. 华东政法大学学报, 2022, 25(1): 6-17.
- [3] 胡敏洁. 自动化行政的法律控制[J]. 行政法学研究, 2019(2): 56-66.
- [4] BLOCH-WEHBA H. Access to Algorithms[J]. Fordham Law Review, 2020, 88(4): 1265-1314.
- [5] 王锡锌, 黄智杰. 公平利用权: 公共数据开放制度建构的权利基础[J]. 华东政法大学学报, 2022, 25(2): 59-72.
- [6] 江国华. 从行政行为到行政方式: 中国行政法学立论中心的挪移[J]. 当代法学, 2015, 29(4): 3-12.
- [7] 邓佑文. 行政参与的权利化: 内涵、困境及其突破[J]. 政治与法律, 2014(11): 58-70.
- [8] 中国互联网络信息中心. 第52次中国互联网络发展状况统计报告[EB/OL]. [2024-01-20]. <https://www.cnnic.net.cn/n4/2023/0828/c88-10829.html>.
- [9] 金成波, 王敬文. 数字法治政府的时代图景: 治理任务、理念与模式创新[J]. 电子政务, 2022(8): 67-76.
- [10] 张涛. 数字化行政中书面形式的困境与出路: 兼论数字行政程序的法定化[J]. 比较法研究, 2023(1): 171-186.
- [11] 王立勇. 论正当程序中的说明理由制度[J]. 行政法学研究, 2008(2): 60-66, 84.
- [12] 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[J]. 东方法学, 2020(6): 4-17.
- [13] 杨思怡. 数字政府与法治政府: 何以、以何、如何共进[J]. 科技与法律(中英文), 2023(2): 14-21.
- [14] 张吉豫. 数字法理的基础概念与命题[J]. 法制与社会发展, 2022, 28(5): 47-72.
- [15] 翁明杰. 论数字法治政府背景下正当程序原则的理念

- 革新[J]. 南海法学, 2023, 7(2): 93-107.
- [16] 黎慈. 人工智能嵌入行政执法的法理分析: 现状、风险与应对[J]. 湖北社会科学, 2020(7): 133-140.
- [17] 王瑞玲, 周月. 赋予人工智能民事主体资格肯定论[J]. 湖南工业大学学报(社会科学版), 2023, 28(5): 61-68, 77.
- [18] 余煜刚. 可接受性论证: 行政裁量的治理新机制[J]. 交大法学, 2022(6): 143-157.
- [19] 丁晓东. 论算法的法律规制[J]. 中国社会科学, 2020(12): 138-159, 203.
- [20] 于一帆. 自动化行政中算法的可公开性及其范围[J]. 行政法学研究, 2024(1): 159-167.
- [21] 陈景辉. 算法的法律性质: 言论、商业秘密还是正当程序? [J]. 比较法研究, 2020(2): 120-132.
- [22] 苏宇. 数字时代的技术性正当程序: 理论检视与制度构建[J]. 法学研究, 2023, 45(1): 91-107.
- [23] 张永忠, 张宝山. 算法规制的路径创新: 论我国算法审计制度的构建[J]. 电子政务, 2022(10): 48-61.
- [24] 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.
- [25] 马忠法, 吴璇. 论数字政府建设中的法治问题[J]. 贵州省党校学报, 2023(1): 110-120.
- [26] 林涸民. 《个人信息保护法》中的算法解释权: 兼顾公私场景的区分规范策略[J]. 法治研究, 2022(5): 48-58.
- [27] 朱瑞. 论算法行政的技术性正当程序[J]. 财经法学, 2023(4): 103-117.
- [28] 丁晓东. 基于信任的自动化决策: 算法解释权的原理反思与制度重构[J]. 中国法学, 2022(1): 99-118.
- [29] 丛颖男, 王兆毓, 朱金清. 论算法解释权的重构: 全算法开发流治理与分级分类解释框架[J]. 计算机科学, 2023, 50(7): 347-354.

责任编辑: 徐海燕

.....

(上接第8页)

- [8] 张之洞. 劝学篇·外篇[M]//张之洞. 张之洞全集: 第12册. 石家庄: 河北人民出版社, 1998: 9740.
- [9] 毛泽东. 同音乐工作者的谈话[N]. 人民日报, 1979-09-09(1).
- [10] 张岱年. 西化与创造[M]//张岱年. 张岱年全集: 第1卷. 石家庄: 河北人民出版社, 1996: 247.
- [11] 亨廷顿. 文明的冲突与世界秩序的重建[M]. 周琪, 刘绯, 张立平, 等译. 北京: 新华出版社, 1999.
- [12] 李泽厚. 再说“西体中用”[M]//季羨林, 张光璘. 东西文化议论集: 下册, 北京: 经济日报出版社, 1997: 612.
- [13] 张岱年, 程宜山. 中国文化与文化论争[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1990: 324.
- [14] 中共中央文献研究室. 建国以来毛泽东文稿: 第11册[M]. 北京: 中央文献出版社, 1996: 271.
- [15] 中共中央文献研究室. 毛泽东年谱(1948—1976): 第6卷[M]. 北京: 中央文献出版社, 2013: 485.
- [16] 亨·基辛格. 论中国[M]. 胡利平, 林华, 杨韵琴, 等译. 北京: 中信出版社, 2012: 295.
- [17] 马丁·雅克. 《当中国统治世界》中文版自序[M]//马丁·雅克. 当中国统治世界. 张莉, 刘曲, 译. 北京: 中信出版社, 2010: XXV.
- [18] S N 艾森斯塔特. 反思现代性·导言[J]. 国外理论动态, 2006(4): 54-59.
- [19] 中共中央宣传部. 中国共产党的历史使命与行动价值[N]. 人民日报, 2021-08-27(1).
- [20] 生态头条: 全球生态大崩溃或最早于2038年出现[EB/OL]. [2024-01-06]. https://www.sohu.com/a/700090987_121119270.
- [21] 贾雷德·戴蒙德. 崩溃: 社会如何选择成败兴亡[M]. 江滢, 叶臻, 译. 上海: 上海译文出版社, 2008: 412.
- [22] 美持续“拱火”, 马斯克警告: 俄为克里米亚不惜动用核武-今日头条[EB/OL]. [2024-01-06]. https://www.toutiao.com/article/7155687652958781966/?log_from=b5b918e9bb498_.
- [23] 贺麟. 贺麟选集[M]. 长春: 吉林人民出版社, 2005: 124.
- [24] 杜尚泽, 李志伟. 习近平出席美国友好团体联合欢迎宴会并发表演讲[N]. 人民日报, 2023-11-17(1).

责任编辑: 黄声波