

数字人权规范构造的体系化展开

高一飞*

内容提要：数字人权的规范构造，意在将数字人权从价值观念转化为融贯于现有法律体系的制度规范。数字人权从内容上可分为数字生存权、数字自由权、数字平等权、数字救济权四类二阶权利，并进一步衍生出一个具有开放性的权利体系。数字人权规范的形式构造，可基于法律概念、法律规则、法律原则三者的互动关系理论。数字人权规则的司法适用需要借助演绎推理和类比推理；数字人权原则的司法适用重在明确权衡的情境，并细化权衡的方法。在数字人权规范的适用过程中，解决权利竞合问题宜遵循最小限制原则和最大相关原则；解决权利冲突问题需经过三阶权衡：基于数据的可识别性进行前置性判断、以公共利益为取向作出利益衡量、根据比例原则检验合理性。

关键词：数字人权 数字法学 规范构造 数字权利 数字化生存

引言

近年来，在数字技术变革与人权话语力量的双重驱动下，数字人权及其话语体系进入了法学理论研究者的视野。数字人权被界定为“展现着智慧社会中人的数字化生存样态和发展需求的基本权利”。〔1〕学界提出数字人权的概念，为的是“在价值上申言数字科技必须以人为本，必须把人的权利及尊严作为其最高目的，并以人权作为其根本的划界尺度和评价标准”。〔2〕尽管学界对于数字人权是否构成第四代人权存有争论，〔3〕鉴于全球范围内隐私和数据保护已成为诸多人权组织的高度优先事项，〔4〕有关数字人权的研讨不仅没有止步，还日益深入。因应数字时代人权保护的多重危机与全新挑战，数字人权研究已逐渐从概念证成、价值宣示和话

* 浙江工商大学法学院副教授。

本文系国家社科基金青年项目“数字人权的司法保障机制研究”（21CFX005）的阶段性成果。

〔1〕 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，第17页。

〔2〕 张文显：《新时代的人权法理》，《人权》2019年第3期，第21页。

〔3〕 参见刘志强：《论“数字人权”不构成第四代人权》，《法学研究》2021年第1期，第20页以下；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，第66页以下。

〔4〕 See Rebekah Dowd, *The Birth of Digital Human Rights: Digitized Data Governance as a Human Rights Issue in the EU*, New York: Palgrave Macmillan, 2022, p. 40.

语传播,转向对于数字人权实在化的讨论,致力于推动数字人权从一种价值观念转化为融贯于现有法律体系的制度规范。例如,有学者尝试将抽象的数字人权分解为各式各样的具体权利,论析数字人权的保护方式或实现路径,〔5〕也有学者着重探究具体场景下的权利保障议题,如个人信息权(益)保护、数据权利保障、对人脸识别技术的治理等。〔6〕这些研究虽然方法不同、视角各异,却都隐含了对数字人权进行规范构造的努力。

数字人权的规范构造聚焦人权的价值理念“成为规范”的过程,希冀将应有人权尽可能地转换为法定权利。应有人权、法定人权、实有人权三者的比值,是衡量人权事业发展的重要标准,〔7〕也反映着数字人权的规范化程度。实践中,人权“可能沿着不同的层面和尺度具体展开”,〔8〕从“数字人权”向“数字权利”的转换既不是一种等值切换,〔9〕也不是要将碎片化的数字权利简单地堆集在一起,而是必须遵循特定的转化机制。因此,数字人权理念首先要在宪法秉持的“国家尊重和保障人权”的法治语境中展开,然后通过理念到规范的具体化过程,科学合理地建构数字人权的法律规范及其体系。在法学理论中,“规范构造”隐含三项基本要求,即本体论层面的明确性、认识论层面的权威性与方法论层面的可适用性。与之相应,数字人权的规范构造需从三方面着手:其一,把握数字人权内容具体化过程中的关键性要素,将数字人权塑造成结构严密、内涵清晰、价值内核一致的数字权利体系;其二,根据法律规范的形式要求构造具体的数字权利,确保数字权利体系与既有的法律体系相融贯;其三,在数字人权规范司法适用的动态过程中,借助特定的法学方法实现预期的人权保障目标。这三项任务相互关联,共同决定着数字人权能否从一项应有人权,科学、全面地转化为法定人权和实有人权。

一、数字人权规范的内容构造

法律规范是法律关系形成、变更和消灭的法律依据,旨在明确“某事应当是或应当发生,尤其是某人应当以特定方式来行为”。〔10〕数字人权规范既指代与数字人权相关的法律规范,也表征具有法律约束力的数字人权诉求。数字人权规范构造的首要任务在于“内容构造”,即明确数字人权规范所调整的主体对象和行为对象,从而将抽象的人权价值诉求具体化为数字权利,建构数字权利体系。

(一) 数字人权规范调整的主体对象

在人权理论产生之初,人权规范以自然人为权利主体,以国家为义务主体,内涵着个人对

〔5〕 参见桂晓伟:《智慧社会的数字人权保护——基于“能力路径”的理论建构》,《法学评论》2023年第1期,第153页以下;郑智航:《数字人权的理论证成与自主性内涵》,《华东政法大学学报》2023年第1期,第35页以下;丁晓东:《论“数字人权”的新型权利特征》,《法律科学(西北政法大学学报)》2022年第6期,第52页以下;杨学科:《第四代人权论:数字时代的数字权利总纲》,《山东科技大学学报(社会科学版)》2022年第2期,第10页以下。

〔6〕 参见周维栋:《个人数据权利的宪法体系化展开》,《法学》2023年第1期,第32页以下;申卫星:《数字权利体系再造:迈向隐私、信息与数据的差序格局》,《政法论坛》2022年第3期,第89页以下;李蕾:《从信息权利到信息人权:法理证成与分层建构》,《人权研究》2022年第3期,第83页以下;郭春镇:《数字人权时代人脸识别技术应用的治理》,《现代法学》2020年第4期,第19页以下。

〔7〕 参见万斌、诸凤娟:《人权的四维透视》,《浙江学刊》2009年第6期,第103页。

〔8〕 张龔:《论人权与基本权利的关系——以德国法和一般法学理论为背景》,《法学家》2010年第6期,第20页。

〔9〕 数字人权的概念主要在价值层面发挥作用,它强调要在数字时代的多重变革中张扬人权价值、捍卫人的主体性。作为数字人权的实在化表达,数字权利以具体性和法定性为基本特征,需以法律规范作为载体。

〔10〕 [奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法学说》,雷磊译,法律出版社2021年版,第6页。

于国家作为或不作为的要求。即便二战之后产生了诸多有关人权主体的理论争议，以“国家一个人”的纵向关系为主要调整对象仍旧是人权的本质特征。但是，数字技术再次推动了社会结构变迁，在“数字身份”日趋重要和“数字权力”日渐膨胀的数字时代，对数字人权规范进行内容构造，必须重新界定权利主体和义务主体，并重塑二者间的关系。

1. 数字人权规范中的权利主体

在主体意义上，将人权具体化为权利是一种限缩性构造，即将“孤立的、自主的”的个人，^{〔11〕}具体化为齐备权利资格的公民。这一过程虽然充满争议，却不触及根本性改变，因为对权利主体和权利内容的认识，都是以人的生物属性为出发点和落脚点的。然而，数字技术塑造了“物理世界—数字世界”“现实生活—虚拟生活”“物理空间—电子空间”等双重构架。^{〔12〕}在“社会数字化”的新常态下，数字人权理论关注到了人的数字属性，强调数字技术赋予了个体一种前所未有的数字身份。鉴于人的本性乃是人权产生的正当性根源，以人的数字属性为基础，也就自然而然地推导出数字人权存在的合理性。^{〔13〕}有学者甚至更为激进，认为出于保证数字人权独特性与独立性之目的，不妨把数字人权限定为一种数字化的人权类型。^{〔14〕}

不过，数字人权依然以捍卫“人”的价值为目标，虽然在理解“人”和“人之为人必不可少”的基本需求时，数字人权理论洞悉了数字技术对于“人”之意义的塑造功能，但考虑到人权与特定时代的生存、生产、生活方式紧密关联，^{〔15〕}无论将数字人权具体化为何种数字权利，权利主体的数字属性都不能脱离其生物属性单独存在。人的生物属性与数字属性的共存与互动，恰好也解释了“数字化生存”的兴起发展过程：当数字技术从单纯的技术手段，一跃成为人类生产和生活不可或缺的基础设施，数字技术便创造了相对独立于实体空间的虚拟空间；当数字技术深嵌于社会运转之中，数字虚拟空间的“作用力”又会不断传导至实体空间。

“数字化生存”的现实，意味着人的数字属性与生物属性愈发密不可分，甚至无法区分。在构造数字人权规范时，必须同时考量权利主体的生物属性和数字属性，才能确保数字人权得到全面和整体的保障。此外，大量的数字技术应用行为，实质上是直接将数字化方式作用于人的生物属性，这些行为无法径直归入传统人权的规范体系，而是有赖于对现有法律规范及相关概念进行解释。这意味着，在把数字人权具体化为数字权利的过程中，权利主体的生物属性仍旧具有基础意义。正如有学者所说：“数字人权作为一种新型人权，并非完全与传统人权割裂开来，而是在对传统人权转型升级的同时，又拓展出了新的人权内容。”^{〔16〕}

2. 数字人权规范中的义务主体

在传统人权理论的谱系中，人权规范并不干涉私主体之间的关系。然而，数字科技的广泛应用不仅推动了权力的去中心化，还催生出了数字权力这一新型权力。以数字技术为基础，数字社会将“广泛性权力和深入性权力、威权性权力和弥散性权力以前所未有的方式结合起来，并通过显著提高权力实施能力而提升权力的运作密度”。^{〔17〕}这种新型权力以一种隐蔽化、客

〔11〕 参见 [美] 杰克·唐纳利：《普遍人权的理论与实践》，王浦劬等译，中国社会科学出版社 2001 年版，第 99 页。

〔12〕 参见马长山：《智能互联网时代的法律变革》，《法学研究》2018 年第 4 期，第 21 页。

〔13〕 参见龚向和：《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，第 76 页。

〔14〕 See Liudmyla Ostafiichuk, *Digital Technologies in Litigation vs Digital Human Rights*, 7 Eur. J. L. & Pub. Admin. 126 (2020).

〔15〕 参见常健：《人的数字化生存及其人权保障》，《东南大学学报（哲学社会科学版）》2022 年第 4 期，第 46 页。

〔16〕 前引〔13〕，龚向和文，第 77 页。

〔17〕 周尚君：《数字社会对权力机制的重新构造》，《华东政法大学学报》2021 年第 5 期，第 26 页。

观化、系统化的方式作用于社会成员，构成了对个体人权的直接威胁。在现代社会，“权力的义务性是权力概念的应有之义”，权力主体履行其对权力对象的义务，“是卫护公民权利和保障人的尊严的客观需要”。〔18〕就此而言，扩展数字人权义务主体的范围，要求数字权力主体承担相应的人权义务，不仅是数字权力膨胀的必然结果，也是数字社会良性运转的必要条件。

数字权力既是传统国家公权力的延伸，也可视为一种新型的社会公权力。社会公权力源于“拥有巨大势力、类似国家的私团体”，且这些私团体“产生了威胁一般国民人权的事态”。〔19〕参酌基本权利第三人效力理论，将某些企业法人视作社会公权力主体并要求其承担人权义务当无疑义。不过，数字社会中的权力生成机制具有特殊性，宜采第三人效力理论中的直接效力说，将数字人权义务定位为一种直接性义务。当社会公权力“在场”时，数字人权规范可直接适用于调整个体与企业法人之间的关系，而不必经由私法规范的转介适用。

首先，采直接效力说更有利于实现数字人权的价值追求。“基本权利私人间效力问题的实质和核心就是防止社会公权力侵害基本权利”，〔20〕数字人权意图抵御的是一切干涉个体自主性的数字权力，并希求数字权力主体承担某些积极义务。按照国家与社会的二元划分，“数字化包含着国家自身的数字化，但它更多、更广和更可持续的来源是社会”，〔21〕社会构成了数据生产、分配和交换的主要场域，数字人权规范所要处理的权利义务关系，更多存在于社会公权力主体与私人主体之间。若采间接效力说，不仅可能消解数字人权的纵向性，也将增加人权主体范围的不确定性。

其次，直接效力说与数字人权规范所欲处理的主体关系更加契合。在数字技术的加持下，社会结构日益精细与复杂，近代以来的“市民社会—政治国家”二元格局不断瓦解，“市民社会—公共领域—政治国家”的三重结构日渐清晰。大量的数字技术应用行为，不再是仅仅关系到私主体利益的市场行为，而是展示出鲜明的公共权力色彩。〔22〕同时，经过数字赋能的传统权力运行效率持续提升，可能发展出一种新的“数字政体”，〔23〕进而变革传统权力的行使方式。在此背景下，“个人权利—国家权力”二元结构拓展成为“个人权利—社会公权力—国家公权力”三元结构。在三元结构的框架下，采直接效力说，实质是要对公权力进行细分，根据差异化的场景识别出不同类型的数字权力，并将不同类型的数字权力归类到不同的规范逻辑之中，以尽可能消除权力与非权力间的中间地带，为私主体提供更为严密的权利保障。

（二）数字人权规范调整的行为对象

既然数字权力不再为国家机关“专属”，一些企业法人也可能是数字权力的行使主体，并因之需要履行数字人权义务，那么在对数字人权规范进行内容构造时，就必须准确界定应受数字人权规范调整的行为及其边界，以防止数字人权规范的效力范围不当扩张。

1. 数字行为的基本架构

在数字人权的话语体系中，数字行为指代具有数字属性、能够实际影响主体财产利益或人格利益的数字技术应用活动。数字技术应用范围持续扩展，数字人权的规范内容也愈发变动不

〔18〕 胡杰：《论权力的义务性》，《法学》2021年第10期，第26页以下。

〔19〕 [日] 芦部信喜：《宪法》，林来梵等译，清华大学出版社2018年版，第83页。

〔20〕 李海平：《论基本权利对社会公权力主体的直接效力》，《政治与法律》2018年第10期，第110页。

〔21〕 前引〔17〕，周尚君文，第20页。

〔22〕 See Daniel Rudofsky, *Modern State Action Doctrine in the Age of Big Data*, 71 N. Y. U. Ann. Surv. Am. L. 748 (2016).

〔23〕 参见郭春镇：《“权力—权利”视野中的数字赋能双螺旋结构》，《浙江社会科学》2022年第1期，第51页。

居, 哪些行为属于数字行为很难被具体列举。但是, 基于对数字社会实践以及法律制度安排的观察, 仍然能够大体勾画出数字行为的基本架构。

在数字技术发展的现阶段, 数字人权规范主要调整与数据和算法应用相关的行为。^[24] 在数据应用领域, 数字人权规范应当将数据的获取、支配、收益等一系列行为纳入关注视野, 致力于调处相关进程中可能存在的平等关系。在算法应用领域, 诸如算法选择、算法解释、算法正当程序等议题都与人权保障息息相关。数字人权规范所调整的是能够引起利益关系变动的数字行为, 而这种利益关系具体包括财产利益关系和人格利益关系。我国宪法第 13 条规定, “公民的合法的私有财产不受侵犯”。数字人权规范在确定所欲保护的财产利益时, 不单要评估数字行为所涉利益的合法性, 还要确认数字行为涉及的利益关系是否真正具有“财产性”。数字人权规范对人格利益的保护, 以我国宪法第 38 条所规定的“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯”为基础, 证成数字行为与人格尊严的相关性, 构成了数字人权规范调整人格利益关系的前提。尽管人格利益与财产利益具有同等重要地位, 但在数字时代, 人格利益更加容易受到数字权力的侵害, 因此需要得到数字人权规范的重点保障。

2. 数字权力行为的判定标准

对数字行为基本架构的勾画, 只是初步界定了数字人权规范的对事效力范围。在此基础上, 还有必要进行二阶判断。直接将国家权力主体的数字行为纳入数字人权规范的调整范围并无疑问, 但大型企业等的行为何时应被视为社会公权力行为, 还需结合一系列判定标准进行精细化讨论。结合权力的固有特征和数字权力的特殊性, 对于各类社会主体行为性质的甄别, 宜以“公共性”和“可控性”作为判准。

公共性标准衡量的是社会主体的行为是否真实地介入了公共事务。在数字时代, 互联网企业参与公共治理的现象愈发普遍, 例如, 新冠肺炎疫情防控期间各地使用的“健康码”, 基本都依托于“微信”“支付宝”。相关互联网企业对公共事务的介入虽然具有“技术中立”的外观, 但凭借技术手段和用户体量, 能够行使实质意义上的公共权力。对公共性的判定可以从两方面着手: 一是考察社会主体的行为是否涉及公共领域的事务或者社会公众的整体利益; 二是考量社会主体的行为会不会对“不确定的大多数”造成普遍性的影响。可控性标准着重评估社会主体行为的实际影响力。数字权力通常会以隐秘而持久的方式影响数字权利的实现。然而, 作为人权义务主体的非公共部门具有拟制性, 其在本质上依然是参与市场活动的私主体, 对其课予过多数数字人权义务, 有可能造成对市场活动的不当介入与过度干预。因此, 互联网企业等社会主体的行为性质不能一概而论, 要判断它们的行为是否具有公权力属性, 还需在具体场景下分析它们的行为是否对个体产生了真实的支配力和强制力。例如, 用户在使用手机软件前, 通常都被要求确认“用户协议”, 这种软件设置带有一定的强制性色彩。但是, 这并不必然意味着手机软件运营者在行使数字权力。对于一些非日常生活所必需的手机软件, 用户完全可以作出不同意的选择, 或转而使用其他软件。只有当一些手机软件成为人们日常生产、生活所必需的工具, 用户在实质意义上丧失了意思自治空间时, 用户协议才具备真实的强制力, 才能认为软件运营者行使的是社会公权力。

[24] 为行文简便, 本文不对数据与信息作出区分。关于数据与信息之间的关系, 学界存在不同观点, 具体可参见梅夏英:《信息和数据概念区分的法律意义》,《比较法研究》2020年第6期,第151页以下;韩旭至:《信息权利范畴的模糊性使用及其后果——基于对信息、数据混用的分析》,《华东政法大学学报》2020年第1期,第85页以下。

（三）数字人权规范的内容体系

“主客体二分的世界观构成了整个法秩序的出发点”，^[25] 主体调整对象和行为调整对象是数字人权规范的基础性内容，也是将数字人权具体化为数字权利时应当考虑的基本要素。在明确了主体要素与客体要素的基础上，数字人权得以分解为一系列各有侧重的数字权利。

数字人权具有“领域命题”的特征，必然无法涵盖所有的人权议题。基于数字行为的基本架构，参照传统上的人权分类方法，^[26] 数字人权可界分为数字生存权、数字自由权、数字平等权、数字救济权四类二阶权利，这四类二阶权利能够再细分出若干三阶权利，三阶权利则进一步衍生出“下位”的四阶权利。这样一个具有层级性的权利体系，从不同角度对数字权力主体提出了义务要求。数字生存权强调数字社会中的个体应该在数字化生存条件、生存空间、生存能力等方面获得保障，涉及数字设施接入、数字身份管理、数字技术利用等三阶权利诉求，主要保障与个体数字化生命状态息息相关的权益。数字自由权的核心是私主体对数据（信息）的自主控制，涵盖财产支配、隐私保护、数据获取、拒绝算法结论等三阶数字人权诉求。数字平等权意在实现数字技术应用过程中的形式平等与实质平等，相应的三阶权利包括但不限于免于算法歧视、填补数字鸿沟、数据公平利用等权利。数字救济权关乎诉讼主客体范围、证据规则、证明标准等程序性事项，旨在优化或变迁既有的程序规则，提升数字人权的程序保障力度。通过将数字人权话语实在化为若干类型的数字权利，不仅能够实现数字人权价值与法律规范的衔接，也有利于数字人权“以体系的开放性面对人权实践的变迁”。^[27]

数字人权规范具体内容的体系化建构，展现出人在数字时代的多重权利诉求，而各种数字权利间的关系，在某种程度上决定了数字人权规范体系的外在表现形态。按照拉兹“价值不可通约”的论断，作为价值凝结物的诸项数字权利，在体系内部似乎无法进行价值排序。但是，如果以权利受限制的程度作为标准，仍可对数字权利进行初步的位阶排布：不受任何附加条件限制即可实现的数字权利处于第一位阶，需要他人履行特定义务方可实现的数字权利处于第二位阶，基于他人的同意或授权方可实现的数字权利处于第三位阶。当然，权利位阶所欲发挥的作用，并非一劳永逸地解决数字人权规范适用中的所有冲突，而是为数字人权规范体系内部子权利的有序排列提供理据。

二、数字人权规范的形式构造

数字人权规范不仅要在内容层面契合数字人权的价值目标，还应符合法律规范的形式要求。关于法律规范应当如何分类，学界尚有分歧，但法律规范包括法律规则与法律原则已属共识。^[28] 构造法律规则或法律原则可谓数字人权“规范化”的基本路径，作为数字人权规范实质内容的数字权利，需以法律规则或法律原则作为形式载体。而无论构造法律规则还是构造法

[25] 前引〔6〕，申卫星文，第93页。

[26] 按当代通行的五分法，人权可分为自由权、政治权、社会权（生存权）、请求权、平等权（含原则）五类（参见徐显明：《人权的体系与分类》，《中国社会科学》2000年第6期，第102页）。基于数字人权的产生背景和价值内涵，可将政治权归入自由权系列。国内也有其他学者对数字人权的具体内容进行了列举。例如，郑智航认为，“上网权、隐私权、网络表达、个人数据权、数字身份权、数字弱势群体的权利等子权利是数字人权在当前社会境况下的具体权利形态”（前引〔5〕，郑智航文，第46页）。

[27] 刘志强：《论人权概念与人权话语的关联互构》，《政法论坛》2020年第6期，第83页。

[28] See Joseph Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, 81 Yale L. J. 824 (1972).

律原则，都无法绕过法律概念这个中介。因此，数字人权规范的形式构造，实质上是要基于法律概念、法律规则、法律原则的互构关系，将数字权利以法律规范特有的形式结构表达出来。需要说明的是，所谓的形式构造，并不限于建构新的法律规则或确立新的法律原则，还包括在特定情境下对既有法律规范加以解释。

（一）法律概念：形式构造的基础要件

概念是“反映对象特有属性或本质属性的思维形式”，〔29〕构成了思维认知和语言表达的必要工具。依循“能指—所指”的结构主义语言学进路，概念作为价值共识或理论共识的“凝结物”，通过将能指和所指统一起来，反映出认知观念与外部世界之间的关联。例如，“信息权利”这一概念以往的所指范围主要是“获取信息的权利”，在数字时代，其所指范围新增了“个人信息不被随意处理的诉求”。再如，“被遗忘权”概念的所指可概括为“删除或者限制处理某些个人数据”，虽然这可归为隐私权问题，〔30〕但人们还是提出了被遗忘权这一新概念，以改变能指的方式来回应数字时代的新需求。与数字人权相关的法律概念不仅致力于精炼表达数字时代的人权诉求，使其成为一种具有共识性的价值目标，还能扮演协同数字人权价值诉求与法律制度的媒介角色。这一功能的实现方式，既包括创制新的法律概念，并促成新概念转变为法律规范的构成要素，也包括借助解释活动对既有法律概念的内涵和外延予以更新。

其一，基于数字人权的价值诉求，创制新的法律概念。在法律规范的内部结构中，法律概念不只是“法律中项”。法律概念具有独立的语义所指，并且“构成了每个规范的组成部分”。〔31〕法律概念之于法律规则的意义自不待言，特定的法律概念不仅是“引发特定法律后果的前提”，〔32〕也往往被视为法律推理的必备要件。法律概念之于法律原则同样具有基础性的意义：如欲将人权价值融入法律原则当中，就必须从人权价值中分解出法律原则“可接受”的法律概念。即便是把广义的“人权原则”作为司法裁判的依据，也应该将人权原则与具体情境匹配起来，而法律概念正是衔接二者的重要桥梁。法律概念作为“法律规范和法律制度的建筑材料”，〔33〕能够按照法律规范的要求凝练数字人权诉求、揭示数字人权本质，此时的法律概念构成了数字人权与法律规范之间的纽带，为数字人权进入法律体系提供了切口。尤其是在技术迭代加速的数字时代，为了将数字人权的“道德感召力”高效地转化为“规范效力”，有必要以创设新概念的方式来简洁地表达数字人权的具体内容。鉴于法律规范必然要融贯于法律体系之中，注入了数字人权价值理念的新概念不能是无源之水，而是必须尽可能地与已有法律概念保持关联。

其二，基于数字人权的价值诉求，对已有法律概念进行解释。“法律概念是有语义所指的，它的客体就是作为制度性事实的法律事实。”〔34〕以何种法律概念来涵摄特定的法律事实，取决于在长期的社会生活与法律实践中形成的语义规则和语义共识。考虑到数字人权的新兴人权特征，相关的语义规则有待明确，对于概念的“解释”就成为连接数字人权规范内容与特定法律事实的必要环节。在把具体数字权利上升为法律制度的过程中，理当通过解释活动厘定

〔29〕 吴丙新：《论法律概念——一个司法中心主义的立场》，《甘肃政法学院学报》2006年第2期，第69页。

〔30〕 段卫利：《被遗忘权原论》，中国法制出版社2022年版，第162页。

〔31〕 雷磊：《法律概念是重要的吗》，《法学研究》2017年第4期，第83页。

〔32〕 同上文，第95页。

〔33〕 [德]魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2013年版，第91页。

〔34〕 前引〔31〕，雷磊文，第85页。

法律概念的涵摄范围,审慎地在人权概念与社会现实之间建立联系。同时,在反复的实践中形成的语义规则和语义共识只是相对确定的,一旦出现新的社会事实,常常需要以解释的方式扩展语义内容。面对数字技术应用引发的大量社会新问题,只是一味地创制新概念,既徒增法律运行的成本,也有损法律规范的确定性。运用解释的方法更新“旧概念”的内涵或外延,将旧概念匹配于新的社会事实,能够使原有的法律规范容纳全新的数字人权诉求,以“成本最低”的方式实现数字人权规范的形式构造。

(二) 数字人权规则的生成机制

一般认为,法律规则是“法律就规范某类事项所作的具体指示”,^[35]其不仅是法律规范的最主要表现形态,也构成了对行动和裁判最明确的指引。将数字人权中的具体权利内容以法律规则的形式表达出来,是实现数字人权规范化最为直接的方式。这涉及密切相关的两项任务:一是对具体的数字权利加以制度性限缩,即对数字人权进行权利法定化处理;二是按照法律规则的逻辑结构要求,把法定化的数字权利转化为法律规则。

有学者认为,应将“权利”视作实现人权价值的工具和手段。^[36]而秉持规范主义立场,数字权利作为具体化的数字人权内容,如欲获得法律的肯认,还必须适度考虑权利法定化的现实要求,以限制数字人权规范的任意性。人权是人之所以为人应当享有的权利,但对于“人之所以为人”的理解存在多种进路,并反映着诸多价值需求。并非任何一种价值需求都应该以权利的名义得到满足,也并非所有具体化的数字权利都值得法定化。捍卫数字时代人的自主性固然重要,但也要警惕这一环境背景下的人权任意扩张。为此,对数字人权进行权利法定化应当坚持“重要性标准”,既需进行功利主义式的衡量,也需注重权利内容本身的正当性。所谓“重要性”,可以细化为外在必要性和内在合理性两个方面。假如“社会发展所带来的新情况需要权利来加以保护,但事实上却不存在这项权利”,^[37]并且该项权利关乎人之为人的基本需求能否得到满足,此时可以认为权利法定化具有外在必要性。内在合理性考察的是数字权利是否具有转化为法律规则的可操作性。此外,权利法定化还应考虑客观性因素。这里的客观性主要是指主体间的客观性,即“一种理解方式越容易为更多的主体所理解——越少依赖于特殊的主体能力,它就越客观”。^[38]这种客观性的存在,有助于一项权利观念成为共识。在人们对于特定的权利观念具有高度共识的情况下,权利主体在提出权利主张时,只需要申言“这是我的权利”即可,而无需解释其间的理由。因此,权利法定化应当突出最大限度的共通价值理念,并将这种价值共识转化为“一种强烈的共同意志”,^[39]从而为数字人权规范发挥应然效力奠定基础。

权利法定化的过程,明确了哪些数字权利应当获得法律的肯认。在这之后,还要将数字权利的主张嵌入法律规则的逻辑结构,才能最终完成数字人权的形式构造。根据法律规则逻辑结构的两要素说,法律规则由行为模式和法律后果构成。在围绕数字权利具体设定行为模式时,需重点考虑三方面内容:(1)行为条件。形成法律规则,首先需要明确该规则适用于调整何

[35] 陈林林:《裁判的进路与方法——司法论证理论导论》,中国政法大学出版社2007年版,第82页。

[36] 参见程梦婧:《“权利方式”:人权实现的法律工具》,《政法论坛》2019年第5期,第175页以下。

[37] 陈景辉:《权利可能新兴吗?——新兴权利的两个命题及其批判》,《法制与社会发展》2021年第3期,第93页。

[38] [美]T.内格尔:《什么是客观性?》,姚大志译,《世界哲学》2003年第3期,第86页。

[39] 宁凯惠:《论法律规范的发生机制——基于社会认知的视角》,《法学评论》2021年第6期,第144页。

种情境下的何种行为；(2) 行为方式。在已假定的条件下，需要基于多样化的数字权利内容，选择设定“应当”、“可以”或“禁止”等行为方式，从不同角度保障数字人权；(3) 行为构成要件。行为构成要件描述了“应当”、“可以”或“禁止”做什么样的行为。数字人权规则的构造，重在根据数字权利的价值要求，建立评价、判断和描述行为的规范依据，行为构成要件决定了数字人权规则所欲确立的行为标准。^[40]就法律后果的设定而言，在明确法律责任的承担方式时，既要考虑数字社会运行与数字生活状态的规律和特点，也要兼顾与既有法律体系的融贯性。数字技术催生了不同于既往的全新责任形式，诸如删除或销毁信息、封锁或开放账户、下架数字产品、共享开放数据等指令，实际上也能够发挥惩罚或救济的功能。除去惩罚和补偿（赔偿），数字人权规则的后果设定，还需关注“强制”这一法律责任方式，即通过要求数字权力主体履行特定义务，应对数字时代普遍存在的“大规模微型侵害”。

（三）数字人权原则的生成机制

法律原则是用来证立、整合及说明众多具体规则的普遍性规范。^[41]作为抽象的评价标准，法律原则指向“事实/价值的综合体”，因未规定具体的行为构成要件，往往被视为“不完整规范”，^[42]只能以高度的灵活性与不确定性来表明特定的价值理念。然而，这种不完整性未必妨碍法律原则成为数字人权规范的表现形式。法律规则是“确定性命令”的载体，法律原则通常被定位为“最佳化命令”，意味着特定目标应该在“可能的范围内尽最大可能被实现”。^[43]法律原则的这一特性有助于回应数字时代内容繁多且变动不居的人权诉求，而法律原则与价值之间亦存在多重耦合的可能，也就决定了法律原则之于数字人权规范形式构造的重要性。在某种意义上，人权因其抽象性而带有主观权利色彩，^[44]故数字人权原则的生成，类似于主观权利向客观原则转化的过程。结合数字人权的生成背景、价值取向与内容架构，确立数字人权原则必须完成两方面的任务。

其一，对数字人权的抽象价值进行具象化处理。一般而言，价值与法律原则具有结构一致性，二者能够相互转化。例如，从平等的价值追求出发，可以推出“禁止算法歧视”原则，而禁止算法歧视原则亦表达和肯定了“平等是好的”这个价值判断。因此，价值构成了联结数字人权与法律原则的中介，数字人权价值的具象化可进一步分为两个层阶。第一层阶的具象化，目的在于将宽泛的数字人权细分为若干法律价值，将某些数字人权的权利主张与特定法律价值相关联，推动数字人权语境下未完全理论化的共识成为法律规范所蕴含的“客观价值”。第二层阶的具象化，是以价值为基准提炼出命题，并通过法律语言表述命题。据此形成的法律原则，可视为“法律内部所持的价值评价与外部社会道德观念之接壤地带”，^[45]联结了数字人权诉求与既有的法律规范体系。

其二，以法律原则特有的形式承载具体的数字人权价值。法律原则的“不完整性”虽然

[40] 行为构成要件是法律规则中规定作为事实存在的人的行为（事实行为）或者某种事件的范型。详见舒国滢：《法律规范的逻辑结构：概念辨析与逻辑刻画》，《浙江社会科学》2022年第2期，第27页以下。

[41] See David M. Walker (ed.), *The Oxford Companion to Law*, Oxford: Clarendon Press, 1980, p. 739.

[42] See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trans. Julian Rivers, New York: Oxford University Press, 2002, p. 46.

[43] 参见[德]阿列克西：《法·理性·商谈：法哲学研究》，朱光、雷磊译，中国法制出版社2011年版，第263页。

[44] 参见[德]阿列克西：《论人权的存在》，蔡琳译，载张仁善主编：《南京大学法律评论》2013年秋季卷，法律出版社2013年版，第5页。

[45] 前引[35]，陈林林书，第152页。

带来了模糊性难题，却能够扩展数字人权规范的适用范围。据此，将具体的数字人权价值转化为法律原则，需要对权利承担者（权利人）、权利受众（义务人）和权利对象的模态（权利诉求）进行抽象化：^[46]先抽离权利主体和义务负担者，促成“关系性义务转化为不具相对人的非关系性义务”，^[47]再以某种“祈使句式”的语言陈述权利诉求。例如，算法平等的规则化表达是：A（权利主体）对于数字权力主体S（相对人），有要求其不进行差别对待G（权利对象的模态）的权利。但是，在很多情形下，这种表述不够简练，也限缩了规则的影响力范围。将之转化为法律原则，实际是省略了A和S，并将G“命令化”，从而形成了“应当禁止算法歧视”这一原则。不难发现，数字人权原则与数字人权规则互为补充：规则能够清晰、准确地表达数字权利诉求，但其效力范围相对有限，而相对模糊的数字人权原则，却可以将数字时代许多难以列举的具体情形涵盖进来。

综上，法律概念是数字人权规范形式构造的前提要件，构成了数字人权向数字权利转换的规范性桥梁。法律概念与法律规则、法律原则的互动，以我国宪法第33条规定的“国家尊重和保障人权”为基础，具体可以通过“解释”和“建构”两种路径。前者试图将数字人权的权利诉求纳入具体的宪法权利或其他法律权利当中，后者则是基于“国家尊重和保障人权”的价值理念，确定需要填补的制度空白，并借助权利推定的方式创设新的数字人权规范。

三、数字人权规范的适用方法构造

数字人权规范的内容构造与形式构造，只是搭建了一个静态的、开放的理论框架。数字人权规范本身存有诸多不确定性，加之数字社会正处于高速发展期，经常要面临法律制度供给不足的窘境，司法裁判形成的“个案规范”，对于数字人权规范的丰富和完善就具有了重要意义。数字人权规范的司法适用，在某种程度上也是数字人权与数字权利的动态交互过程，这一过程旨在以权利救济的方式实现人权保障的目的。数字人权内容庞杂，对数字人权规范适用方法的构造，需处理好人权价值判断与具体法律规范在个案中的复杂关系，并重点解决数字人权内部的权利竞合与权利冲突。

（一）适用数字人权规范的裁判方法

在尊重法律形式合理性的法治模式之下，法律推理构成了规则适用的主要逻辑形式。法律推理并非单纯运用形式逻辑的思维活动，而是伴随着“价值导向的思维方式”。^[48]数字技术的日新月异决定了数字人权具有开放性，规则对事实的涵摄过程更加复杂与不确定，甚至有可能背离最初的人权规范设定目的。数字人权的开放性为人权原则提供了更广阔的适用空间，但在个案裁判中，要发挥人权原则的指引作用，还有赖于恰当的法律方法。缺乏法律方法支撑的数字人权原则，既有可能被虚置或架空，也有可能引发肆意专断的后果。据此，数字人权规范的法律适用，不仅须在规范与事实之间“往返流转”，也始终离不开数字人权的价值判断。即便是适用已然吸收了数字人权价值内核的法律规则与法律原则，司法者仍然需要以“有利于数字人权保护”为价值目标，在裁量范围内确保某项或某些数字权利能够优先得到实现。通

[46] 参见前引[43]，阿列克西书，第267页。

[47] 熊静波：《作为实体性原则的基本人权——对基本人权的制度化及其实践的另一种考察》，《人权研究》2019年第1期，第24页。

[48] [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第289页。

过方法论构造，数字人权规范的司法适用也将具备更强的“可验证和可辩驳的特性”。〔49〕

1. 基于数字人权规则的演绎推理与类比推理

“司法三段论”是规则适用的最一般逻辑，也被视为法官依法裁判的最一般方法。但是，演绎推理并不是价值无涉的机械行为，而是在规范选取、语义解释、事实陈述等“特殊归于一般”的进程中充满了价值判断，这为司法裁判吸纳数字人权规则所内含的价值需求预留了空间。一方面，在演绎推理过程中，大前提未必可以“简单地从制定法文本得到”。〔50〕在“数字法治”体系尚不完备的条件下，数字行为引发的诸多争议，时常缺乏确定无疑的裁判依据。由于不同的大前提可能导向迥然相异的裁判结论，而对大前提的选择具有多种可能性，人权价值也就能够影响大前提的确定过程。这具体包括三种方式：一是缩小规范选取的范围，优先采用与数字人权内容直接相关的法律规则；二是在确定大前提时，进行初步的后果主义考量，选择可能最有益于数字人权保障的法律规则；三是结合数字人权理念，对大前提或其中的某些要件进行目的论扩张解释，扩展相应法律规则的适用范围。另一方面，小前提决定着“个案是否规则的一个事例”，〔51〕将个案事实涵摄于规则文本的过程同样离不开价值判断。在这一过程中，被涵摄的毋宁是关于案件事实的陈述，而对于案件事实的陈述，通常也存在着较为广阔的解释空间，这为数字人权价值介入小前提的创设提供了可能性。假如针对案件事实可能产生多重解释，可以结合数字人权规范的主体要素与行为要素，对案件事实进行有限度的自由解释和价值重述，使之符合规则构成要件的相关特征，从而顺理成章地适用某一数字人权规则。这种做法，实质是在“规范—价值—事实”的互动架构中展开演绎推理，借助小前提的构造使规则对个案产生拘束力，以实现数字人权规则的既定目的。

类比推理的目的在于利用类型化比较的方法来发现新的法律解决方案。法官如果在穷尽解释方法之后仍然无法找到合适的法律规则，往往会采用类比推理的方法。此时，法官的主要任务是通过判断案件的“相似性”找寻法律依据，继而在法律规则与案件事实之间建立对应关系。就数字人权规则的适用而言，类比推理是对演绎推理的有效补充。尤其在数字技术快速发展的背景下，案件事实超出规则语义范围的情况更加普遍。为了实现数字人权规则的立法目的，可以依循“基本属性相同者，需给予相同对待”的原则进行推理和论证。基于数字人权规则的类比推理，具体细分为两个步骤。

其一，相似性的确定。解释不是一项没有边界的活动，一旦案件事实无法进入原有法律规则的“语义射程”，进行相似性判断就成为寻找并适用数字人权规则的可能路径。相似性判断的首要任务是，以人权价值为“向导”，从已决案件中搜寻个案，作为待决案件的类比对象。确定类比对象的具体方法可分为两类：（1）判断案件基本事实是否一致。为此，需要从待决案件A中提炼出关键性事实的若干要素，再根据这些要素找出已决案件B，确立案件A与案件B的相似性与可比性。其中，关键性事实既能够通过对比要件事实的分析得出，也可结合已决案件的判决理由加以提炼。〔52〕（2）判断案件争议焦点是否一致。争议焦点凝练地表达了案件的核心内容，构成了衔接法律问题与事实问题的桥梁。在寻找类比对象时，可以尝试将待决案件的争议焦点归纳为关于某一数字权利类型T的争议，再以权利类型T为切入点找到相似案

〔49〕 李海平：《个人信息国家保护义务理论的反思与重塑》，《法学研究》2023年第1期，第81页。

〔50〕 前引〔48〕，拉伦茨书，第347页。

〔51〕 前引〔35〕，陈林林书，第94页。

〔52〕 参见孙海波：《重新发现“同案”：构建案件相似性的判断标准》，《中国法学》2020年第6期，第270页。

件C。此种情境中,具体的数字权利类型构成了一般与特殊的中间点,决定了应将待决案件归结为何种权利争议加以处理。

其二,可适用性的推论。类比推理的过程经常被简化表述为“同者等之”,但“类比推理中关于事物相似性判断的前提,并不是推理结论恰当的保障”。〔53〕在找寻相似性案件及其适用的法律规则时,还有必要进行相关性验证和可适用性推理,确保相似性判断在结果层面的合理性。在最终确定相似案件的过程中,既应当考量相似性理由与待决案件结论之间的相关性,也需要充分考虑规则依据和论证理由对数字人权价值的“正向功能”,还应在现有法律规范体系中“二次检验”意欲适用的法律规则,进一步审视其是否有助于达成人权保护的目标。

2. 数字人权原则适用的关键在于“权衡”

由于原则以权衡为典型的适用方式,〔54〕权衡就成为数字人权原则的主要适用方法。这种个案意义上的权衡,亦是原则具体化的重要路径,〔55〕能够推动数字人权原则转变为实践所需的更精细的规范,〔56〕指引法官在多重价值选择中寻求有利于数字人权保障的裁判思路。

相较于数字人权规则,数字人权原则在司法裁判中具有辅助性、例外性,相应的适用过程可细分为两个层面:(1)明确原则适用的情境。依照“穷尽法律规则,方得适用法律原则”的前设,数字人权原则主要在“规则穷尽”和“规则空白”的情形下适用。当然,在适用数字人权原则前,还需要根据数字人权主体与数字行为的特征,识别案件事实是否涉及数字人权议题。(2)细化权衡的方法。“法律规则与法律原则之间存在着逻辑的差别,而不是程度上的差别”,〔57〕法律规则以“全有或全无”的涵摄方式适用,而法律原则的适用致力于“选择并依据法律体系内的某个价值判断为个案判决提供合理化论证”。〔58〕在适用数字人权原则时,对内必须借助利益衡量,确定个案中需要优先保护的利益,并将该利益置于人权语境下,选择契合程度最高的数字人权原则;对外须证成数字人权的优先性,即证成案件争议的焦点问题关乎数字时代人的基本需求,相关证明过程可遵循阿列克西提出的八类方法,具体为“宗教的、生物学的、直觉主义的、价值共识的、工具的、文化的、阐释论的、存在论的”。〔59〕

(二) 数字人权规范适用中的权利竞合与权利冲突

对于规范的争论也是对相关权利的争论,司法判决本质上都是通过对规则或原则的适用来确认权利。〔60〕有关数字人权规范适用方法的讨论,初步解决了数字人权的“外部优先性”问题,确立了人权导向的裁判方法。但是,以内部视角观之,数字人权规范涵盖了一系列具体的数字权利,在个案中这些数字权利之间可能存在张力。

1. 数字人权规范适用中的权利竞合

权利竞合是指“一个权利的主体基于同一个法律事实同时拥有多个权利可以向对方主张”。〔61〕

〔53〕 杨知文:《类案适用的司法论证》,《法学研究》2022年第5期,第61页。

〔54〕 See Robert Alexy, *Constitutional Rights, Proportionality, and Argumentation*, in Jan-R. Sieckmann (ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights: Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights*, Gewerbestrasse: Springer, 2021, p. 2.

〔55〕 参见〔德〕托马斯·M. J. 默勒斯:《法学方法论》,杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第525页。

〔56〕 See Stuart Banner, *The Decline of Natural Law: How American Lawyers Once Used Natural Law and Why They Stopped*, New York: Oxford University Press, 2021, p. 30.

〔57〕 刘叶深:《法律规则与法律原则:质的差别?》,《法学家》2009年第5期,第122页。

〔58〕 陈林林:《基于法律原则的裁判》,《法学研究》2006年第3期,第14页。

〔59〕 前引〔44〕,阿列克西文,第7页以下。

〔60〕 参见〔美〕尼尔·麦考密克:《法律推理与法律理论》,姜峰译,法律出版社2018年版,第306页。

〔61〕 王克金:《权利冲突研究中需要进一步澄清的问题》,《法制与社会发展》2010年第5期,第35页。

例如，算法歧视不仅侵害了平等权，还可能威胁到人格尊严、人身自由或财产权，于是产生了多样化的救济理由。由于权利人寻求司法救济时不得主张双重给付，〔62〕权利竞合有可能减损数字人权规范适用的确定性。关于如何处理权利竞合，目前并未发展出“一套明晰的理论或者方法论”，〔63〕这就不得不委之于逐案权衡，并主要依循下述双重判准。

其一，最小限制标准。最小限制标准本质上是关于救济成本和救济可行性的权衡。该标准认为，受到较弱限制的权利通常更加重要，更有理由被置于优位。〔64〕司法救济伴随着国家干预，救济受到较弱限制的 digital 权利，往往成本更低、理由更充分，对其他法律关系造成的影响也更小。例如，算法歧视可能危及平等权、人身自由权、财产权、人格尊严等，这些权利均可在我国的宪法文本中找到依据。但是，将算法歧视视作限制人身自由或侵犯财产权的行为，经常需要在特定语境下附加一定的条件方能成立。在此种情况下，适用平等权或人格尊严条款具有初步优先性。若再考虑下述理由，则可确定适用平等权条款的优先性：“公民在法律面前一律平等”的规定位于我国宪法第二章的首条之中，具有原则性和统摄性；而“人格尊严不受侵犯”的规定较为宽泛，尤其是对于“人格尊严”的解释，目前仍然存在较多学理争议，这势必增加法律论证的复杂性。

其二，最大相关标准。最小限制标准简单易行，但这一标准未必总是符合人权司法保障的最优化目标，故有必要辅之以最大相关标准，按照“首要的、最大相关的或者更切合事理”的要求，〔65〕确定应该适用的数字人权规范。〔66〕判断是否“最大相关”时，可采以下三种途径，以确保判断结果尽量客观：一是将“最大相关”理解为最有利于权利人；二是比较竞合权利各自的目的，选择最能实现个案中司法救济目的的权利；三是判断案件事实所涉及的数字行为更符合哪种权利通常的行使方式。这三者并无适用顺序的先后之别，也无优劣之分，适用何种途径需结合个案进行具体分析。

2. 数字人权规范适用中的权利冲突

权利冲突即多个权利主体为实现相互冲突的权益向国家主张相互对立的权利，〔67〕此时，某一主体行使权利必然会影响到另一主体。〔68〕在司法适用中，冲突的权利之间是“零和关系”，法官不得不进行非此即彼的选择。相较于其他公法领域的权利冲突，数字人权规范适用中的权利冲突更加普遍。原因在于，数字人权的义务主体主要包括国家机关和企业法人，企业法人所行使的数字权力常常隐藏在市场行为之中，涉及的利益关系更为复杂，对于利益关系的判定也更依赖于具体的技术应用场景，自然更容易产生权利冲突。考虑到这种权利冲突总是涉

〔62〕 有学者将基本权利竞合分为“基本权利的聚合”与“规范排除的竞合”，并认为在“基本权利的聚合”情形下，权利人可以同时主张多项权利。参见林来梵、翟国强：《论基本权利的竞合》，《法学家》2006年第5期，第59页以下。

〔63〕 柳建龙：《论基本权利竞合》，《法学家》2018年第1期，第49页。

〔64〕 参见郑贤君：《基本权利原理》，法律出版社2010年版，第251页。

〔65〕 前引〔63〕，柳建龙文，第42页。

〔66〕 例如，算法歧视本质上是基于算法的不平等待待，以平等权为依据进行救济最为直接。但是，当算法歧视对人格权益或财产权益造成的影响更加显著时，仍然依据平等权进行司法救济，反而不利于最大限度地保障当事人权利。

〔67〕 参见〔韩〕权宇星：《基本权利的竞合与冲突》，韩大元译，《外国法译评》1996年第4期，第78页。

〔68〕 有宪法学者认为，基本权利冲突也可能发生在同一主体身上。参见郑毅：《论同一主体的基本权利冲突》，《政治与法律》2015年第2期，第104页以下；马岭：《宪法权利冲突与法律权利冲突之区别——兼与张翔博士商榷》，《法商研究》2006年第6期，第3页以下。

及数字资源的保护与利用、公益与私益等多重矛盾，〔69〕相应的权利冲突解决方案也就应当具有动态性和体系性。具体而言，数字人权规范适用中的权利冲突可通过三阶权衡的方法予以解决。

一阶权衡是一种前置性判断。人格利益是数字人权规范的重要保障内容，甚至有学者认为，数字时代的核心问题“不再是契约自由和财产权，而是数字化人格”。〔70〕对于数字资源的利用不能以侵害人格利益为代价，去除可识别性不仅是保护人格利益不受侵害的重要手段，也构成了数据处理活动的基本前提。鉴于数字人权规范适用中的权利冲突总是牵涉保护还是利用数据的争论，数据的可识别程度就可以成为解决权利冲突的初步标准。当发生权利冲突时，若系争数据的可识别程度较低，则主张数据及其算法利用的权利处于优位，反之则应优先考虑对人格利益的保护。〔71〕以可识别性作为前置性判断的标准，也有助于查明是否存在人格被侵害的事实，即系争数据的可识别性越强，则数据处理活动侵害人格利益的概率越大。

二阶权衡是以公共利益为取向的权衡。前置性判断重在解决数据保护与利用之间的矛盾，但不能涵盖所有的权利冲突情形。在前置性判断难以发挥预期作用时，就不得不基于“逐案判决”的理念，〔72〕进行个案式的利益衡量，以便于充分考量个案中的各种客观因素，确定某项数字权利的相对重要性。在此过程中，本文主张以“公共利益”为标尺，区分出相互冲突的数字权利在个案中的先后顺序：当以公共利益为主要取向的数字权利同以个人利益为主要取向的数字权利发生冲突时，前者应首先被考虑。更进一步，还可参考阿列克西关于公共利益和权利限制程度的观点，进行更精确的衡量。〔73〕阿列克西将公共利益分为特别重大、重大、一般三个层次，而将对权利的限制程度分为重度、中度和轻度。基于这种分类，当某项数字权利涉及的公共利益特别重大时，可容忍对另一项数字权利的中度或轻度限制；当某些数字权利牵涉重大公共利益时，则可容忍对另一项数字权利的轻度限制；如果某项数字权利只关系到一般公共利益，则不能对另一项数字权利进行中度或重度的限制。〔74〕

三阶权衡是基于比例原则的合理性检验。上述两种权衡方法亦有其自身局限，还需借助比例原则审视解决方案的合理性。这种合理性审视要求同时进行过度禁止审查和不足禁止审查，确保个案中对相对重要的数字权利的保护处于“目的—手段”的均衡状态，而较不重要的数字权利依然能得到最低限度的保护。值得注意的是，在选择解决方案时，必须考虑法律论证方法对法官自由裁量权的约束力度，对于具体权利取舍理由的陈述，也应该符合实质相关、逻辑连贯、步骤清晰等法律论证的基本要求。

〔69〕“数据和信息既是基于每个人或单位的活动所产生的，又是数字经济时代用以维持正常运转所共生共存的资源”，“数字人权”的保护离不开具体场景之中的权益平衡。参见前引〔1〕，马长山文，第22页。

〔70〕前引〔1〕，马长山文，第21页。

〔71〕有学者将可识别的信息细分为直接标识符信息、间接标识符信息、准标识符信息，三者的可识别性依次减弱。参见高富平：《个人信息流通利用的制度基础——以信息识别性为视角》，《环球法律评论》2022年第1期，第84页以下。

〔72〕参见〔美〕凯斯·桑斯坦：《就事论事——美国最高法院的司法最低限度主义》，泮伟江、周武译，北京大学出版社2007年版，第6页。

〔73〕参见〔德〕阿列克西：《论宪法权利的构造》，张奠译，《法学家》2009年第5期，第32页以下。

〔74〕当然，阿列克西的这种界分不能解决所有问题。比如，在维护一般公共利益和对权利进行轻度限制之间，就无法进行选择，在维护重大公共利益与对权利进行中度限制之间，也难以取舍。此外，有学者认为这种衡量忽视了权利本身的重要性。参见谢立斌：《基本权利审查中的法益权衡：困境与出路》，《清华法学》2022年第5期，第37页。

结 语

面对数字时代中人权遭遇的多重挑战，数字人权理论研究的重点在于，基于人权与权利的交互机理，在形成价值共识的基础上，提炼出新的人权话语，继而聚焦实在法层面的数字人权规范构造，不断增强数字人权的形式权威性，实现数字人权由应然人权向法定人权的转变。数字人权规范构造问题的特殊性有二：一是数字人权发轫于数字时代，大量现有法律规范及其背后的原理难以直接适用，有必要对人权理论进行一系列重构。不论这种重构是否足以构成一种根本性变革，都需要妥善处理既有理论和现实需要之间的关系，为二者的衔接搭建方法论桥梁，也就成为一项必要的理论工作。二是数字人权是一项新兴的人权，不仅相关法律制度尚待完善，诸多理论问题也远未达成共识，由此凸显了对数字人权规范构造进行理论探讨的必然性与紧迫性。本文认为，数字人权不应与传统人权相割裂，故数字人权的规范构造应依照“体系式的效力观”，注重实现新旧规范的兼容。当然，提出一套贯穿整个人权体系的规范理论，超出了笔者的能力范畴，本文亦无力面面俱到地解决所有与数字人权规范构造相关的理论问题，诸如数字人权规范的宪法基础、内容设定、效力层级、司法价值判断等问题，还需得到更为精细化的探讨。

Abstract: The purpose of normative construction of digital human rights is to transform digital human rights from values to institutional norms and integrate them into the existing legal system. Digital human rights can be divided into four categories of rights, namely digital right to existence, digital right to freedom, digital right to equality, and digital right to remedy, from which a two-level open system can be derived. The construction of the normative form of digital human rights can be based on the interactions among legal concepts, legal rules and legal principles. The judicial application of digital human rights rules requires the use of deductive reasoning and analogous reasoning, while the judicial application of digital human rights principles focuses on clarifying the context of the trade-off and refining the method of the trade-off. In the process of applying digital human rights norms, the least restriction doctrine and the maximum relevance principle should be followed to solve the problem of concurrence of rights. There are three layers of trade-offs in resolving conflicts of rights, i. e., the antecedent judgment based on the identifiability of data, the weighing of interests based on public interest, and the test of reasonableness based on the principle of proportionality.

Key Words: digital human rights, digital jurisprudence, normative construction, digital rights, digital existence
