

论“数字人权”不构成第四代人权

刘志强*

内容提要：从人权的代际划分原理来看，“数字人权”的概念即使成立，也只属于三代人权范畴的内容，可以在既有人权体系的框架内得到合理解释，没有突破既有的三代人权格局；个人数据信息类权利的出现，未构成人权的代际革新。从人权的道德属性来看，“数字人权”不具备人权的道德基础，难以通过“数字人性”来实现道德人权层面的证成，也就无法成为一项基本人权。从基本权利理论来看，“数字人权”既缺乏宪法的规范基础，也不符合“人的尊严”标准和“最低限度基础性”标准，无法被证立为宪法未列举基本权利。总之，“数字人权”不仅不是新一代人权，甚至不宜作为人权的下位概念。

关键词：数字人权 第四代人权 道德人权 基本权利

大数据与智能革命对人类社会影响深远，在为人们带来诸多生活便利的同时，也给人类社会带来严峻的风险和挑战。对个人数据的收集、存储、分析和使用不可避免地会对特定个体产生影响，如果没有法律加以规范，势必导致个人数据被滥用，将对个体的人格权、财产权造成侵害。^{〔1〕}2020年全国人大审议通过的民法典在第1037条中规定了个人信息主体查阅、复制、更正、删除个人信息等权利。个人享有数据信息类权利，已是毋庸置疑的事实。

然而，有学者提出，个人数据权、个人信息权不仅仅是一些权利，还应当成为一项基本人权，甚而认为“数字人权”是第四代人权。^{〔2〕}本文认为，这种观点值得商榷。所谓“数字人权”，不仅不是人权升级换代的新兴类型——第四代人权，甚至不宜作为人权的下位概念。对此，本文将从三个层面进行论证：一是对“数字人权”构成新兴人权的观点进行批判。按照人权代际划分的原理，即使“数字人权”能够成为一项人权，也只能归入已有的人权类型结

* 广州大学人权研究院教授。

本文系中国人权研究会2020年度部级研究重点课题“新时代中国特色人权话语体系诠释”（CSHRS2020-02ZD）的阶段性成果。

〔1〕 参见程啸：《论大数据时代的个人数据权利》，《中国社会科学》2018年第3期，第105页以下。

〔2〕 参见马长山：《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8页以下；“数字人权”的概念最早在2019年提出，提出者认为“引领第四代人权的核心权利正是‘数字人权’”（参见张文显：《新时代的人权法理》，《人权》2019年第3期，第22页）。

构中。二是对数字人权说的本体论进行批判,指出“数字人权”缺乏人权的道德基础,不能通过道德人权的论证。三是认为数字人权说采取的将“数字人权”证立为基本权利的方案行不通。“数字人权”不仅欠缺宪法规范基础,也不符合“人的尊严”标准和“最低限度基础性”标准。

一、“数字人权”的出现不构成人权代际革新

本文先假设“数字人权”是人权,在此基础上论证“数字人权”是否构成第四代人权。第四代人权的判定需要以前三代人权的代际范式和划分标准作为参照。这是因为,人权能够以“代”区分,意味着每代人权体系内部存在某种相对独立的代际范式;之所以能够形成人权的代际革新,是由于人权的代际范式会因社会变迁而发生改变。三代人权的代际革新之间具有稳定的规律,如果新兴人权符合这种代际革新的规律,即可承认第四代人权的成立。

三代人权说在提出时也曾西方学界引起短暂争论,争点主要集中在第二代人权和第三代人权是否成立的问题上。^[3]我国有学者认为,三代人权说简要表明了人权观念的历史发展,还应当“从不同意识形态的人权思想的关系和区别上对之加以分析”。^[4]然而,争论过后,学界对该论说未再进行详细梳理和分析,尤其是判定人权代际的标准和依据,还没有得到深入探讨。^[5]在讨论“数字人权”是否构成第四代人权之前,有必要回到前三代人权产生的历史语境,发掘其代际范式和变革原理,探察人权代际划分的理论依据与逻辑。

(一) 人权代际说的提出

人权代际的粗略划分建基于国际人权宪章体系。1948年联合国大会通过的《世界人权宣言》首次系统、具体地确定了人权清单。人权清单的前半部分主要是公民权和政治权利,后半部分是经济、社会、文化权利。后来,联合国大会又分别通过了《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会及文化权利国际公约》。这两个公约与《世界人权宣言》一同构成了国际人权宪章体系的基本框架,由此确定的两类人权被国际社会普遍接受。此外,1968年国际人权会议通过的《德黑兰宣言》指出,国际社会要致力消除发达国家与发展中国家在经济上的过大悬殊,该宣言的发表被认为标志着发展权在国际社会的正式确立。

在国际人权宪章体系的框架下,存在政治权利、经济权利、集体人权三类人权。此种经典分类恰恰暗合了人权发展的时间史。近代以来,人权发展的三个主要阶段分别是资产阶级革命时期、社会主义革命时期、战后反殖民运动时期。人权的内容及目标均服务于不同时期之特定时代任务。三类人权分别形成于上述三个时期,国际人权宪章体系确认的人权类型就与人权的形成阶段耦合起来。据此,法国学者卡雷尔·瓦萨克从历史之维提出了“人权代际说”。^[6]

[3] 例如,唐纳利不认同集体人权的说法,认为该说法会造成“概念的混乱”。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31页。

[4] 沈宗灵:《二战后西方人权学说的演变》,《中国社会科学》1992年第5期,第66页。

[5] 关于人权代际划分的依据,岳海湧认为,应从人权主体的扩展进行分析(参见岳海湧:《人权代际观在当代的发展与创新》,《兰州交通大学学报》2011年第2期,第3页以下);邱本认为,人权代际划分标准应该是每个时代的时代问题、时代要求和时代精神(参见邱本:《论人权的代际划分》,《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》2017年第3期,第98页以下)。

[6] 参见[法]卡雷尔·瓦萨克:《人权的不同类型》,张丽萍等译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛(四)》,中国政法大学出版社2001年版,第468页。

公民权和政治权利是第一代人权,目的在于保障个人自由,使人类走出旧的封建制度;〔7〕经济、社会、文化权利是第二代人权,旨在保障平等权,反对资产阶级的压迫与剥削;〔8〕第三代人权致力于反对国际社会中的国家霸权,推动公正、合理的新型国际秩序建立,从而维护发展中国家人民的利益。〔9〕由此可以发现人权与历史语境之间的关联:人权作为规范价值影响了社会的变迁,人权观念形态也在社会实践中不断被塑形和改造。人权的观念形态及其内在结构的代际变革与其历史语境紧密勾连。

(二) 人权代际革新的原理

第一代人权观结构较为简单,权利义务关系仅发生在个人与国家、个人与个人之间。例如,从生命权来看,个体主要享有针对国家的防御权,〔10〕要求国家不作为和承担消极义务,而自然人则负有“不得侵犯他人的生命”的义务。〔11〕第二代人权观结构较为复杂,人权意义上的权利义务关系出现了社会化延伸,具有合作权的面相。例如,基于社会保障类人权,个人可以请求国家作出某种行为,从而享受一定利益。国家对公民的生存权、福利权要承担积极义务,公司、企业也相应负担了一定的人权义务。第三代人权观种类繁多,其核心是增设了集体人权概念。在国际层面,人权法律关系发生在集体与国际社会之间,发展中国家享有发展权、和平权等,而国际社会负有推动形成公正与平等的全球秩序的义务。在国内层面,人权法律关系又体现为国家对弱势群体负有积极作为义务。基于三代人权的内在结构,我们不难总结出人权代际革新的一般原理。

首先,人权代际革新是人权代际范式的改变。人权代际范式由人权主体、人权义务主体以及二者之间的基础关系构成。所谓关系,包括法律关系在内,“必有双方主体参与其间,参与其间的主体双方必有一方受制于另一方”。〔12〕人权代际革新应为基础性、一般性的权利义务关系变动。本文将之概括为人权主体向义务主体的抗争、人权主体对义务主体的防御、人权主体与义务主体的合作三种模式。〔13〕防御型关系要求人权义务主体承担不作为的消极义务,合作型关系要求人权义务主体承担积极的作为义务。例如,伴随第一代人权向第二代人权转向,人权义务主体和人权的权利义务关系发生了变化,个体与国家之间的权利义务关系从“防御”变为“防御”与“合作”并存的模式。

其次,第二代人权向第三代人权转向,人权主体从“个人”转变为“个人、集体、民族、国家”,人权义务主体也扩大到“个人、社会团体、国家、国际社会”。第三代人权的主体与人权义务主体之间的关系也相应地有所改变,在既往的防御、合作两种关系形态外,出现了为

〔7〕 第一代人权观也可以说是古典自然法学人权观,其主要倡导个体相对于国家的独立和自由,要求国家承担消极人权义务。参见〔瑞士〕托马斯·弗莱纳:《人权是什么?》,谢鹏程译,中国社会科学出版社2000年版,第4页;刘志强:《新时代中国人权话语体系的表达》,《法律科学》2018年第5期,第15页。

〔8〕 19世纪末,马克思主义、国家主义、福利主义的出场为第二代人权观即社会人权观奠定了理论基础。社会人权观的出现意味着一些人的生存与发展越来越依赖于另一些人的财产。参见张翔:《财产权的社会义务》,《中国社会科学》2012年第9期,第108页。

〔9〕 参见曾龙、贺鉴:《论非洲的集体人权观与第三代人权的确认》,《河北法学》2007年第2期,第166页。

〔10〕 根据人权义务层次理论,生命权除了要求国家承担消极义务外,也要求国家承担积极义务,如生命遭到侵犯时的“保护”义务以及例外状态下的“促进和保护义务”。

〔11〕 参见张冀:《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19页。

〔12〕 王启富、刘金国主编:《人权问题的法理学研究》,中国政法大学出版社2003年版,第42页。

〔13〕 关于防御权和合作权的讨论,参见刘志强:《论人权的合作权》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2020年第5期,第153页以下;刘志强:《论人权法的三种法理》,《法制与社会发展》2019年第6期,第58页以下。

取得国际承认而抗争的新型关系。这种关系的实质是发展中国家、第三世界国家向国际社会争取平等发展的人权诉求。由此可见，人权代际革新是人权代际范式发生根本性的变化，即人权主体、义务主体、基础关系三要素同时扩展而演变为新的代际范式，从而容纳新兴的人权需求。由前三代人权发展到第四代人权，上述三要素也都需要发生变化，即形成具有变革意义的第四代人权代际范式。

须说明的是，人权的代际更迭还存在一种承传关系，即一种对既有人权体系实现结构性扩展的变革规律。代际划分并非意指断代和割裂，而是意指人权体系的历史演进。第二代人权是基于对第一代人权的扩展形成的第一、二代人权的聚合，第三代人权又是基于对第一、二代人权的扩展形成的聚合，并非单纯对第一代人权或者第二代人权的超越。当人权更迭至第三代时，其代际范式构造包含了作为人权主体的“个人、集体、民族、国家”，作为人权义务主体的“个人、社会团体、国家、国际社会”以及“抗争、防御、合作”三重基础性关系在内。第四代人权要突破这个范式构造，就须以第三代人权的构造范式已无法解释新兴人权现象为前提，否则便会造成人权代际传承的割裂，破坏人权代代承传的内在逻辑。

（三）“数字人权”的出现不构成代际革新

根据数字人权说的主张，“数字人权”的主体是个人，指向个人享有的人权，而不是一种集体人权；其义务主体是国家和互联网平台、商业公司等社会组织；其权利义务关系表现为防御型与合作型并存，即有时需要国家履行不作为的消极义务，有时需要国家履行积极的作为义务。^[14]从消极义务来说，当国家及其政府部门因公共管理的需要而收集个人数据时，应当履行不得泄露、毁损、滥用个人数据等人权义务；从积极义务来说，互联网平台、商业公司等社会组织收集个人数据时，国家应当要求这类社会组织履行不作为的消极义务和积极保护的作为义务。可见，从人权代际革新的原理来看，“数字人权”的人权主体、人权义务主体以及二者间的基础关系与第二代人权范式构造完全相同，不可能突破已经更迭至第三代的人权范式构造。通过对第三代人权范式构造进行合理地扩展，就能够容纳“数字人权”的全部内容。要言之，“数字人权”的出现不构成人权代际的变革，而单纯是在人权内容上的增量。举例来说，从传统人权中的无罪推定权利来看，此权利在数字时代受到大数据黑名单的威胁，即通过数据收集和数据库筛选可能使个人在被证明有罪之前“有罪”。^[15]此种语境下的所谓“数字人权”，回应的实际上是第一代人权在当下受到的挑战，尚不能说其构成了新一代的人权。又如，在大数据收集的基础上作出的数据模型演算，使得企业、雇主可以事先形成对员工职业态度、工作能力的判断。^[16]一些雇主越来越依赖于数据算法决定谁会被正式雇佣，而算法中可能存在基于种族、性别或其他方面的偏见。^[17]这一现象仅表明，作为第二代人权的劳动权在数字时代更易受到侵害。当然，“数字人权”体系中，不仅包括传统人权在新语境下的权利变种，也包括创设于数字时代的新兴权利，即个人数据权。但是，个人数据权的主体是个人，义务主体主要是政府和互联网平台，二者之间的权利义务关系主要体现为防御模式，个人数据权

[14] 参见前引〔2〕，马长山文，第18页以下。

[15] See Margaret Hu, *Big Data Blacklisting*, 67 Fla. L. Rev. 1735 (2015); Andrew Guthrie Ferguson, *Big Data and Predictive Reasonable Suspicion*, 163 U. Pa. L. Rev. 327 (2015).

[16] See Sandra Wachter & Brent Mittelstadt, *A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI*, 2019 Colum. Bus. L. Rev. 494 (2018).

[17] See Pauline T. Kim, *Data-Driven Discrimination at Work*, 58 Wm. & Mary L. Rev. 857 (2017).

仍然可以被纳入已有的人权范式构造之中。

通过对人权代际革新原理的澄清可以发现,“数字人权”并不构成第四代人权。当然,上述论证过程都是以“数字人权”是人权作为假定前提的,为深入论证“数字人权”不构成第四代人权,还需要对其是否具备人权的本质加以判断。

二、“数字人权”不具备人权本质

人权的样态即人权的存在形式。在经典人权理论中,人权包括道德人权、制度人权、实有人权三种样态,且这三种样态是逐次递进的关系。^[18]道德人权系指在实在法体系之外或者先于实在法体系而存在的人权形式。违反道德规则将受到社会的谴责与排斥,但并不必然会受到法律的非难。^[19]道德人权须转化为制度人权,由此获得国家强制力的保护,才能最终实现人权。人权的实现需要经由道德状态向法定状态再向实有状态的转化。由此可以合理推断,一项实有人权必须在法体系中对应于一项制度人权,而一项制度人权必然需要以一项道德人权为前提。如果“数字人权”要获得一项基本人权而非具体权利规范的效果,就应当能够在道德语境下对其正当性加以证成。

(一)“数字人性”的悖论

人权是人之所以为人而享有的权利。这句话向来被奉为人权的经典定义,其为道德人权的应然效力找到了一个确当根据。人性是人区别于其他万物的特征,凭借自然人的身份就能享有人权。即使未来的机器人、人工智能拥有了比人类更加复杂的思维结构,能够展现更强的行动能力,它们也不能成为道德人权的主体。以“人性”作为道德人权的价值基础,可以证成道德人权的应然性。以“人性”作为基点,可以推知道德人权的体系应体现出人性的独特价值。如果某些权利与人性无关或者关系不大,则很难称得上道德人权。数字人权说要求承认“数字化人格”,^[20]其并没有尝试回避作为人权论证道德起点的“人性”,只是悄然采取了系谱学的方法进路对“人性”进行了改造,试图以此展现出学理上的逻辑自洽,防备可能受到的诘难。然而,这一理论方案的选择极易导致对人的道德主体地位的贬损,甚至引发道德失范和伦理失序。

无论在理论上建构“信息人”,还是承认人的“生物—信息”双重面相,其实都是从某种抽象化的程序条件中推断人性。数字人权说提出,“以物理方式存在的自然人,转变成生活于现实/虚拟双重空间、以数字信息方式存在的‘信息人’”,“以往在公共空间和私人生活中固化的、封闭性的物理个体,如今更多地展现出破碎性、流动性、可视化的数字信息形态,这些构成性的数据逐渐变成一个信息化实体”。^[21]言下之意,人性同时存在于现实的生活世界和虚拟的数字世界。这就意味着,数字化人格突破了原来的抽象概念范畴而成为了可视化、可感知的实际存在。那么,我们不由地追问,人性的数字化会带来怎样的后果?第一,信息人作为

[18] 三种人权形态的演化原理是,由于法律具有国家意志性、行为规范性、普遍有效性和强制执行性的特征,人的“应有权利”被法律确立为“法定权利”后就会上升为国家的意志,且变得具体明确,再从“法定权利”转化为“实有权利”,就完成了人权的形态转化。参见李步云主编:《人权法学》,高等教育出版社2005年版,第26页。

[19] 参见[美]卡尔·威尔曼:《人权的道德维度》,肖君邈译,商务印书馆2018年版,第28页。

[20] 参见前引[2],马长山文,第20页。

[21] 同上文,第10页。

数字化的人性形态，在复制实体人信息数据的基础上进一步自我学习和自我迭代。当完全具备脱离实体人而独立存在的现实科技条件时，^[22] 信息人在数字世界应当具有一些属于他（它）的基本信息权利，这些权利可能与现实存在的人的尊严有关，也可能无关。如果二者发生冲突，应以谁的权利为优先，就会成为难以权衡的问题。第二，既然理性的人逐渐转化为可计算的“微粒子”，^[23] 如果人工智能恰好拥有了这些“微粒子”：理性、想象力、判断力、情感能力、交际能力，甚至包括政治活动能力在内的各种人性特征，^[24] 承认人工智能的人权主体地位就是一个难以避免的选择。拥有了自我意识、语言能力、学习能力、抽象能力以及推理能力的人工智能，实际上已经与人类主体出现了边界模糊。^[25] 如果采用激进的方案定义“人性化”，则会使人类与人工智能的主客二元关系发生混乱乃至颠倒。第三，基因编辑技术广受批评，其中的核心伦理批判，即是反对“人可以创造人性”这个命题。假如承认人性是可以被选择、利用和创造的对象，在不考虑基因编辑技术带来的生命与健康风险的前提下，此种技术能给人类带来福祉，无需考虑其伦理问题。问题在于，基因编辑技术不仅会带来“生命机体”的生物风险，也会带来人的自我身份认同、人格同一性以及认知能力等“精神机体”方面的伦理风险。^[26] 人只能在生命伦理学上“一次为人”，不可能“再次成人”。数字人权说的出发点旨在维护人的权利，但证成一项新兴人权又绕不过人权理论体系的拱顶石——“人性”，这就不得不承认“数字人性”，也就出现了避无可避的道德悖论。

（二）“数字人权”无法证立人性

为何不能基于一些形式要件推断出“人性”呢？这里需要对捍卫人性的方案进行细致地梳理和分析。

总的来说，捍卫“人性”的方案可概括为三类。第一类是诉诸超验性的理论方案。从宗教学的角度来看，人性的独特和尊贵源于更高位格的造物主的创造。宗教学的论证方案超越了人类的有限理性，指出人性只能存在于人自身，它不是人的创造物。第二类是寻靠先验性的理论方案。在康德看来，“人性”是“有理性者的本性”“人的自然禀赋”“人格中的人性”。理性在康德的道德形而上学体系中占据了重要地位。康德在谈论道德法则的有效性时，特别提出了一个“理性存在者”的概念，而不径直提“人”。理性是先验的、绝对的、普遍的、应然的。因为有理性，人才能成为道德存在者。^[27] 容易被忽略的是，康德人性观不仅包含纯粹的道德法则，还存在“为了道德法则”的维度。这是由于，“只要缺乏正确地判断道德的那条导

[22] 事实上，计算机深度学习已经能够从原始的数据信息中抽取更加抽象的人类活动特征，特别是卷积神经网络模型（CNN）可以模拟人脑复杂的层次化认知规律，使其获得“抽象概念”的能力。若进一步在法权结构上承认“信息人”的实体地位，设想“信息人”与“实体人”之间可能发生的权利冲突，绝非杞人忧天。参见张顺、龚怡宏、王进军：《深度卷积神经网络的发展及其在计算机视觉领域的运用》，《计算机学报》2019年第3期，第456页以下。

[23] 参见前引〔2〕，马长山文，第10页。

[24] See Kerstin Dautenhahn, *Socially Intelligent Robots: Dimensions of Human-robot Interaction*, 362 *Philosophical Transactions: Biological Sciences* 679 (2007).

[25] See Matthew U. Scherer, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, 29 *Harv. J. L. & Tech.* 353 (2016).

[26] 参见王前、刘洪佐：《机体哲学视域下基因编辑技术的伦理反思》，《伦理学研究》2020年第2期，第109页以下。

[27] 康德认为，人类作为一种理性的存在者，拥有纯粹的实践理性能力，也就是一种纯粹的意志。这种意志能够使人具有摆脱主观任意的能力。人的行动由他自己发起，他也必须对自己的行动负责。如果人只是一种身体性的存在，或者只是一种感性的存在者，一个属于自然界的存在者，他的行动就不是自由的，他就仅仅是自然的一部分而已，或者说他是一个不具有人格性亦不拥有自由的生物而已。参见吴彦：《法、自由与强制力——康德法哲学导论》，商务印书馆2016年版，第147页。

线和最高的规范，道德本身就依然会受到各种各样的败坏”。^[28] 第三类是经验性的理论方案，具体包括两种比较典型的人性考察方案。一种是经典马克思主义的进路。人性与人的本质不同，前者表征人作为类的规定性，是与他物关系中属于人独有的“特性”，后者则指陈人在社会关系中具有社会属性，这就是人的社会现实性。^[29] 人性的实现需要以社会现实性作为基础，以此培育人的道德素养并高扬其理性精神，从而完成人性的历时性成长。人的社会历史性就体现在它具有自由意志的类特性，在于其实践生存方式。^[30] 马克思主义更加注重从实践维度对人性进行解读，铺陈了从实现“人的自由发展”到“复归及合乎人性”之诉求的理论逻辑。另一种方案是福山提出的自然权理论。福山不认同人性的“质料”只能从形而上学的内部视角寻找，他认为完全可以借助实证的自然科学知识的客观有效性来回应人性难题。^[31] 福山眼中的人性是一个由各种因素组成的整体，是一个集合。在他看来，通过对“X因子”的界定，就能够在人性与其他物种之间确立一道清晰的边界。^[32]

比较这几种“人性”捍卫方案，超验性方案的道德效力最强，但在世俗化时代缺乏足够说服力。先验性方案对人性的把握较为透彻和全面，不过仍然诉诸了先天的要素。经验性的第一种方案说服力强，但对人性的解读不够清晰；第二种方案诉诸实证科学，其实质是把人性分解为一些元素，试图通过实证方法进行统计和分析来描述人性样态。“数字人权”正是暗合了对人性的实证处理方案，目的在于以形式化人性的方法来确立人性的清晰标准，从而捍卫人性的独特地位。然而，诉诸实证主义的方法会带来另外一个效果，即对人性的形而上学祛魅，导致人的主体性丧失。以当前自然科学、人工智能的经验事实来看，基于一些客观化形式要件确立的人性已经并非只有人才能拥有。此种进路有可能威胁到人的独特地位。

“数字人权”的实证进路，无法在人性本质、道德责任和文化规范性方面获得支撑。首先，“数字人权”对人性的实证处理方案不仅解构了人的主体性，在事实和逻辑上也无法证立人性的本质。其只看到数字化时代中人的权利受到外在贬损，却未观察到人性中的细微部分。这些细微部分恰恰体现了人性不同于其他事物的本质特点。举例来说，在数字时代下，人们产生了强烈的平等诉求或者隐私诉求，这个部分的人性很容易观察到。然而，真正决定人性内涵的是人的品格与性情，这一部分人性受到的影响、损害难以在数字人权理论框架下得到充分的解说。其次，“数字人权”从实然向应然的推论方式导致道德责任难以确立。“数字人权”的实证主义思考路径，实际上也是一种对可得利益、价值的思考。数据权这类新兴权利所回应的其实就是个人在数字化时代下的一种偏好，考量的是这种偏好能够给个人带来的权利收益。这其实违背了人权的应然性品格。从人民主权的原理来看，人们建立国家的原因在于，必须通过国家这个实体来保障人权。国家对人权负担道德义务并非因为人权是一种可以被实际计算的成

[28] [德] 康德：《道德形而上学的奠基》，李秋零等译，载《康德著作全集》第4卷，中国人民大学出版社2005年版，第397页。

[29] 参见陈新夏：《人性与人的本质及人的发展》，《哲学研究》2010年第10期，第13页。

[30] 同上文，第14页。

[31] 参见计海庆：《面对生物技术挑战的人性捍卫方案——福山的生物保守主义述评》，《自然辩证法研究》2018年第1期，第55页。

[32] 福山认为，若对人性的本体范畴和现象范畴不加以细致甄别，则会走向明显的程序主义。比如，如果你能够想方设法使大多数人相信衣不蔽体上街是一种权利，那么它也可以像言论自由那样成为一项基本人权（参见[美] 弗朗西斯·福山：《我们的后人类未来：生物保守主义》，黄立志译，广西师范大学出版社2017年版，第113页）。问题在于，福山的实证主义进路本质上走向了程序主义。

本和收益，而是由于人基于人性应该享有的一些重要权利理应受到国家的尊重和保护。最后，“数字人权”理论会造成人性的文化规范性缺失。“数字人权”应运后现代技术革命的挑战而生，显著特点是依托于自然科学、技术革命、智慧社会的多维度、多层次发展，其分析工具和知识结构端赖于自然科学技术的变革。然而，在此过程中，其悄然忽略了人性中最为根本、最有价值的一部分——人性的文化规范性。人性的文化规范性这块阵地，自启蒙运动以来就生生不息，滋养了我们生存于世的社交能力，为人类提供了进行复杂的权利、正义、道德等哲学论辩的土壤。^[33] 如果从实然的角度来看人性，随着自然科学判断标准的变化，人性的文化规范性将会丧失。这也表明，“数字人权”从实证化和形式化的角度来证立人性，将付出极大的论证代价，即这种方案可能导致对人性独特性的贬损，将进一步危及由主体性哲学奠基的人性尊严范式。

（三）抽象化人性的捍卫

人性只有通过结合先验性方案和经验性方案的复合模式方可证立。“文化史只有在可证立的范围内，作为联系经验和证立的程序，方才具有意义。支撑普遍效力的并不仅仅是传统，还有而且最终只能是论证。”^[34] 作为一个中道模式的选择，康德式进路赋予人性普遍性、应然性的效力，经典马克思主义进路则补足了先验性方案的缺憾，即在康德人性观中纳入社会历史性的视角。质言之，人性单纯指涉人的可以被观察到的自然属性，并且自然属性的实现要通过经验实践的方式。

进一步考察人类学事实会发现，人既是理性存在者也是感性存在者。理性体现为道德上的自律。康德认为，善是一种与生俱来的自然禀赋，其中包括了与生命相联系的动物性禀赋、与理性相联系的人性禀赋、与责任相联系的人格性禀赋。^[35] 理性使人服从、敬重普遍的道德法则，可以说人天生具有养成德性的倾向。康德同时又指出，“如果不把道德法则作为自身充足的动机”，对道德法则所表示的所有敬重都是弄虚作假，即是在解释道德法时欺骗自己，“以至于损害道德法则”。^[36] 这就说明，人在社会关系中会为了自己的利益而选择性地利用道德法则，使之符合自己的主观意念，从而表现出诡诈和恶的倾向。在康德道德哲学语境中，人自然能够运用道德理性能力，通过个人的自律追求实现自身的幸福，同时这种行为也符合普遍的法则，从而能够实现人类整体的幸福。在人权话语中，这就表现为个人的私人自主范畴，一些道德人权也因此呈现出个人主义的特点，如财产权、思想自由权、信仰自由权、免为奴隶的权利、免被强迫役使的权利、迁徙自由权等。

个人的理性自律也存在缺陷，必须有一种更能体现人性尊严的理想人格存在，成为人们孜孜以求的道德典范。^[37] 个人德性修养的完成不只是通过自身，还需要在经验世界寻找到一个道德标杆，从比较与反思中完善自身。首先，可以通过外在的教育实现人性的完善。在道德教

[33] 参见前引 [32]，福山书，第 101 页。

[34] [德] 阿列克西：《人权可以没有形而上学吗？》，张龔译，载《人大法律评论》2012 年卷第 2 辑，法律出版社 2013 年版，第 225 页。

[35] 参见李秋零：《康德论人性根本恶及人的改恶向善》，《哲学研究》1997 年第 1 期，第 29 页。

[36] [德] 康德：《纯粹理性界限内的宗教》，李秋零译，载《康德著作全集》第 6 卷，中国人民大学出版社 2007 年版，第 42 页。

[37] 参见 [德] 福尔克尔·格哈特：《伊曼努尔·康德：理性与生命》，舒远招译，中国社会科学出版社 2015 年版，第 241 页。

化过程中,认识、理解普遍道德法则的要求和标准,使理性更加成熟。同时,也要扩展自身的审美能力、人际交往能力,学会实践技能。这在人权话语中,可以体现为受教育权、平等就业权、获得职业培训的权利、带薪休假的权利、组织工会的权利等关系个人发展的人权。其次,要重视环境的重要性。个人需要融入到社群里,在良好的道德环境中受到滋养。“必须把单个人联合成为一个整体,即一个具有善良意念的人们的体系;只有在这个体系中,并且凭借这个体系上的统一,道德上的至善才能实现。”〔38〕这也就能够证成集体人权的正当性。

总之,道德人权的价值基础是人的本性,传统人权观对人性的捍卫基本沿袭了捍卫个人主体性的方案。人权体系的内容和构成也可以在抽象人权观层面获得融贯性的解释和证立。数字人权说在面临大数据、智慧革命的时代困惑时,产生了对人的权利存在基础的疑问,认为数字革命颠覆了人的存在方式,进而选择论证一项新兴人权的方案来回应这个疑问。此种方案不仅消解了人的主体性地位,也误解了人权的作用,认为人权是解决所有问题的万能钥匙。实际上,经验事实不断表明,人权的功能非常有限,它只有被严格限定在那些关涉人的生存、自由的核心内容上,方能使其有限的功能得到真正的发挥。要珍视人权,而不能滥用人权。

三、“数字人权”不构成基本权利

至后形而上学时代,一切进入反思之流。〔39〕哈贝马斯认为,人权可以摆脱道德形而上学的规范基础;从“主体间性”的角度看,人权植根于理性化的生活世界,来源于主体间的互惠承认关系。〔40〕“具有合法的有效性的只是这样一些法律规则,它们在各自的以法律形式构成的商谈性立法过程中是能够得到所有同伴的同意的。”〔41〕道德人权不是先于制度人权存在,制度人权也不必要以道德人权为前提。从主体性到主体间性的哲学转向,颠覆了传统的人权理论体系。这就导致人权与基本权利纠缠不清,也造成了人权与基本权利的混用,容易引发基本权利就是人权的误认。此处并不试图去检讨哈贝马斯理论的模糊不清,〔42〕而是在此基础上判断“数字人权”是否成立基本权利体系。如果答案是否定的,则“数字人权”更无成为人权或第四代人权之可能。

人权关涉个人最重要的权利,在实证法体系中,这些最重要的权利通常被各国规定为宪法

〔38〕前引〔35〕,李秋零文,第33页。

〔39〕20世纪被称作“人权的世纪”,但在作为人权理论发源地的西方世界,对于人权的批评声音仍不绝于耳,如麦金太尔言辞犀利地提出了“词源学批判”和“观念史批判”(参见周濂:《后形而上学视阈下的西方权利理论》,《中国社会科学》2012年第6期,第53页以下)。实际上,对人权概念本身的质疑都源于对人权实践的反思。当批评者以各种面目出现时,哈贝马斯通过在哲学和社会理论层面重新挖掘和释放18世纪启蒙哲学的规范性潜力,以全新的基本概念构造来承担此种规范复兴的事业(参见泮伟江:《辉煌的失败——对哈贝马斯民主治国理论的方法论批判》,载张仁善主编:《南京大学法律评论》2016年秋季卷,法律出版社2017年版,第4页)。

〔40〕参见〔德〕哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律和民主治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第88页;高鸿钧:《权利源于主体间商谈——哈贝马斯的权利理论解析》,《清华法学》2008年第2期,第7页。

〔41〕同上引哈贝马斯书,第135页。

〔42〕翟志勇在对作为道德论证规则的道德原则与作为法律论证规则的民主原则、作为道德规范核心的道德权利与作为法律规范核心的法律权利、作为道德规范论证过程的道德商谈与作为法律规范论证过程的民主程序这三组概念进行辨析后发现,哈贝马斯关于法律与道德关系的阐述是前后矛盾的。参见翟志勇:《哈贝马斯论域中的法律与道德》,《比较法研究》2007年第5期,第121页。

基本权利。^[43]基本权利具有主观权利和客观法双重属性：一是从个体的角度，个人得以自己的意志向国家提出要求，国家必须按此要求作为或者不作为；二是从整体法秩序的角度，基本权利还是基本法所确立的客观价值秩序，构成国家各种制度建构的原则，并指导行政权和司法权的行使和解释。^[44]例如，公民人身自由权可以作为防御权对抗国家公权力的侵害，也能成为约束国家公权力的价值原则。另外，宪法客观价值指导了国家法律制度的构建与运行。在我国刑事诉讼法中，公民享有不受任意逮捕的诉讼权利，公安机关实施逮捕必须提请人民检察院批捕或者人民法院决定。实施逮捕之后，人民检察院仍应当对羁押必要性进行审查。人权在国家出现之前作为观念形态存在，在国家出现之后被确立为公民的基本权利，从而也就具备了双重性质。法定人权的双重性质决定了人权的防御性效力针对的是国家，客观价值秩序主要规制的仍是公权力本身，从而确保公民的人权不受恣意侵害，也更好地推进人权的保障。这就带来了一个理论上的误区，即一项紧迫的权利诉求必须被宪法化、基本权利化，如此才能对抗现实中的各种权力，也才能获得有效的保障。

我国宪法目前尚未规定公民享有基本数字权利，“数字人权”的推导必须选择证立其为一项未列举基本权利的进路，而此种证立思路实质上是“权利宪法化”的一种新的表达形式。^[45]然而，“数字人权”是一项未列举基本权利吗？

（一）“数字人权”欠缺宪法规范基础

未列举基本权利对应于列举基本权利。在近代成文宪法产生之初，便有了基本权利的明文列举。基本权利不可能被完全列举，人类的认识能力和立法技术有限，难以穷尽所有的且处于不断发展的基本权利体系，这是一个必须承认的现实。

我国宪法第33条第3款规定：“国家尊重和保障人权。”有学者认为，其可以作为概括条款，提升和统摄宪法关于公民基本权利的规定。^[46]但是，“国家尊重和保障人权”并未细致规定判断一项人权主张是否属于基本权利的标准，其语词概念的不确定性也会为权利过度宪法化埋下隐患，不仅悄然增加了国家的积极人权义务，也变相扩大了公权力的行动范围。另外，从法的自主性来看，在当前人权话语爆炸的时代，许多未经审慎考虑的个人诉求也被冠以人权之名，进而主张入宪，这会损害宪法的权威和安定性。总之，诉诸人权条款尚不足以直接推导出“数字人权”所列举的基本权利清单，也就意味着“数字人权”缺乏宪法规范基础。

那么，是否有其他进路可以认定未列举基本权利呢？有学者提出，认定未列举基本权利，应诉诸宪法第38条的尊严条款。^[47]这种观点参考了德国学界和司法界对于德国基本法第1条第1款中的“人的尊严”的解释，将我国宪法第38条中的“人格尊严”等同于“人的尊严”，使得这条规范上升至哲学层面的“人格主义”之类的根本原则，从而能够在宪法基本权利体系

[43] 有学者认为，基本权利是人权在一国的理性科学化、习俗化和制度化。参见前引〔11〕，张奠文，第35页。

[44] 参见张翔：《基本权利的双重性质》，《法学研究》2005年第3期，第21页以下。

[45] 数字人权说关于双重权力生态形成背景的论述，实际上就是要以“数字人权”作为基本权利来防御和对抗“双重权力”（参见前引〔2〕，马长山文，第13页以下），但在私法秩序中，不存在“权利—权力”关系。关于权利宪法化的论述，参见姜峰：《权利宪法化的隐忧——以社会权为中心的思考》，《清华法学》2010年第5期，第52页。

[46] 参见焦洪昌：《“国家尊重和保障人权”的宪法分析》，《中国法学》2004年第3期，第44页。

[47] 参见屠振宇：《未列举基本权利的认定方法》，《法学》2007年第9期，第86页。

中发挥基础性价值原理的作用。^[48] 由此,作为统摄性和概括性的尊严条款,就使宪法基本权利体系具有了回应社会生活变迁的能力。问题在于,如果以尊严条款作为概括规定,会出现释义学难题。“人格尊严”与“人的尊严”在价值位阶上存在落差,在体系解释上,难以将尊严条款解释为具有外部统摄地位的条款。在“人格尊严”能否作为基础性价值原理的问题上,我国学者的主要观点有三类:一类认为,除修宪外无法完全通过宪法解释达到提升“人格尊严”价值的目的;^[49]一类认为,“人格尊严”宜被视为一项具体基本权利;^[50]还有一类认为,“人格尊严”可以与其他条款在价值上相互构成与支撑。^[51] 本文认为,前两种观点对于“人格尊严”的理解较为狭窄,较大地限缩了宪法解释的空间;第三种观点相对较为合理,可以在此基础上进行延伸思考,从而破解上述释义学难题。如果将“人格尊严”与其他条款的价值互构,理解为与宪法第33条第3款“国家尊重和保障人权”相互勾连,则可由人权条款发挥外部统摄效力的功能,以尊严条款作为人权条款的核心价值支撑,二者构成载体与内容的互补式规范结构。由此,可以以人权条款结合宪法第38条尊严条款来认定未列举基本权利,即在理论上作如此处理:将宪法第33条第3款与第38条结合起来理解时,应当承认在人权条款与尊严条款的互补式规范结构中,存在作为基本权利体系基础价值的“人的尊严”;当单独对宪法第38条进行理解时,作为基本权利的“人格尊严”应区别于作为宪法基础价值的“人的尊严”。

在未列举基本权利的认定问题上,也有学者指出,未列举基本权利应当与社会资源总量相适应,应满足宪法“努力实现的目标”。^[52] 这种观点从宪法为何列举基本权利出发,发掘了宪法与中国社会结构之间的联系,并以此为原理阐释出推导未列举基本权利的方法。综合来看,要认定未列举基本权利应同时从宪法条文与社会基础两方面进行考量。一是以“人的尊严”作为推定未列举基本权利的首要条件。采用目的解释的方法,将“人的尊严”定位为具有绝对性和最高性的宪法价值,而“人格尊严”是与财产权、政治权利和社会权利并列的权利。^[53] 二是以“最低限度基础性标准”作为推定未列举基本权利的另一条件,即判断一项基本权利是否对人的生存和发展不可或缺。

(二)“数字人权”不符合“人的尊严”标准

“人的尊严”的核心内涵是个人的自主性,但整个“数字人权”体系中只有个人信息自

[48] 参见林来梵:《人的尊严与人格尊严——兼论中国宪法第38条的解释方案》,《浙江社会科学》2008年第3期,第50页。

[49] 参见谢立斌:《中德比较宪法视野下的人格尊严——兼与林来梵教授商榷》,《政法论坛》2010年第4期,第66页。

[50] 参见郑贤君:《宪法“人格尊严”条款的规范地位之辨》,《中国法学》2012年第2期,第88页。

[51] 参见王旭:《宪法上的尊严理论及其体系化》,《法学研究》2016年第1期,第53页。

[52] 秦小建认为,对宪法与权利之间关联的分析,应以宪法与社会结构的动态平衡为出发点。未列举权利一方面是宪法的目标承诺,是对社会成员紧迫而重要的利益诉求的肯认。其作为宪法“努力实现的目标”,是对权利话语的限缩理解。参见秦小建:《宪法为何列举权利?——中国宪法权利的规范内涵》,《法制与社会发展》2014年第1期,第100页。

[53] 在德国,人的尊严属于具有绝对性和最高性的宪法价值,不但被明定于基本法的文本中,德国联邦宪法法院还一再否认其有可权衡性和均衡性。我国宪法与德国宪法不同,未规定“人的尊严”条款,但从人身自由、住宅、人格尊严等基本权利不受侵犯的规定可以看出,对“人的尊严”的肯认已然蕴含于我国宪法的基本价值之中。参见王进文:《“人的尊严”之疏释与展开——历史渊源、比较分析与法律适用》,载齐延平主编:《人权研究》第21卷,社会科学文献出版社2019年版,第141页以下;李海平:《宪法上人的尊严的规范分析》,《当代法学》2011年第6期,第32页;齐延平:《“人的尊严”是〈世界人权宣言〉的基础规范》,《现代法学》2018年第5期,第31页以下。

决权能够体现这一内涵。有学者认为,作为宪法价值的尊严是绝对的、必然的、康德式的,承载的是表达人的自由意志的人性,阐述了人永远是自身的目的而非他人的手段。^[54]人是目的就表现在,人具有自我意识、自我决定与自我形塑的能力。如果将人贬为客体,使其被控制、被决定、被取代、被利用以及被驱逐等,便是对“人的尊严”的侵害。^[55]可以说,“人的尊严”体现了人的主体性地位,尊严法理得以成为人权的道德世界与法律世界之间的“历史联结环节”。^[56]这意味着,尊严法理一面朝向以“人性”作为价值基础的道德人权,一面朝向其本身作为最高原理的法定人权。尊严可以成为道德人权向法定人权转化的桥梁,将道德价值输送至实在法体系内。一项基本权利也可以诉诸尊严法理得以证成,而不再直接向道德世界寻求价值支撑。人的主体性就转化为共同体对个体之不可侵犯性的认可,核心在于维护个人的自治范畴。^[57]“数字人权”要成为一项基本权利,必须符合“人的尊严”的价值和内涵,而不仅是符合人格权意义上的标准。数字人权说中反复提到信息鸿沟、侵犯隐私、算法歧视、算法霸权、监控扩张等情形,意指为了应对数字环境中存在的这些风险,需要构建一个庞大的基本权利体系。对此,数字人权说列举了数据信息自主权、数据信息表达权、数据信息公平利用权、数据信息隐私权、数据信息财产权等基本权利主张。这些权利中,有些对应着“人的尊严”、人格权,具有精神权利的性质;有些带有财产权的性质,体现出大数据时代信息的可交换性和可利用性等经济属性;有些同隐私相关,相当部分的个人信息包含了婚姻状况、身份职业、生活习惯等内容。^[58]但是,这些基本权利主张中,只有数据信息自主权或者数据信息自决权能够体现“人的尊严”,关涉个人自由意志的决断,可以成立基本权利。数据表达、数据利用、数据财产、数据隐私等权利则与个体理性的意志决断没有直接联系,这些数据权利的正当性或意义建立在维护一般人格权的基础上,旨在市民社会内部维系私人间的相互信任与尊重,不直接涉及私人与国家之间的权利义务关系。在规范效果上,如果多数数据权利可作为民事权利看待,基本权利体系的客观价值秩序功能则对此无直接的辐射效力,从而保障市民社会中私法秩序的独立性。并且,在私法体系中,大多数数据权利的保障及救济亦可通过私人起诉的方式进入司法程序,获得具体而实际的法律救济。^[59]

我国的实证法体系下,作为基本权利的人格尊严权的内涵,主要体现为公权力对公民人格尊严的保护。例如,刑事诉讼法中关于禁止刑讯逼供的规定就体现出对公民人格的尊重。在私法秩序中的人格权规定方面,作为基本权利的人格尊严权只给私法人格权的价值意义提供有限支持。^[60]我国民法典已经囊括了“数字人权”所列举的大多数具体权利。例如,第1034条中规定,自然人的个人信息受法律保护,个人信息包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息等内容;第1035条中规定,处理自然人个人信息的,应当遵循合法、正

[54] 参见张龔:《人之尊严:世俗化时代的法权基础》,《中国人民大学学报》2019年第5期,第139页。

[55] 参见前引[53],王进文,第131页。

[56] 参见[德]哈贝马斯:《人的尊严的观念与现实主义的人权乌托邦》,鲍永玲译,《哲学分析》2010年第3期,第9页。

[57] 参见郑玉双:《人的尊严的价值证成与法理构造》,《比较法研究》2019年第5期,第179页。

[58] 参见刘艳红:《民法编纂背景下侵犯公民个人信息罪的保护法益:信息自决权》,《浙江工商大学学报》2019年第6期,第27页以下。

[59] 参见前引[1],程啸文,第106页。

[60] 参见前引[57],郑玉双文,第180页。

当、必要原则等。可以说,民法典人格权编第六章已经十分全面地规定了公民的个人信息权利。针对一些缺陷和不足,有学者提出应补充规定关于信息主体删除权的使用情形,增设对于特定敏感信息收集的限制性规则,对生物信息的处理作原则性规定,针对自动化处理与网络画像作出规定,等等。^[61]既然“数字人权”中列举的各项权利在民法体系中已有明确的规范基础,在民法体系内部对相关规定进行完善便能实现对各项具体权利的全面保护,则无需将“数字人权”上升至宪法基本权利的高度。^[62]

与此相关,“民法中的人权”同样值得讨论。有学者提出,“天赋人权”能够论证民法人格权保护的正当性,并且人格权体系还具有开放性。^[63]不难看出,此种观点的目的在于为民法人格权的规定寻找法理根基。但是,从实证法体系来看,宪法对自由、安全以及尊严等基本人权具有创设法定权利的功能,民法典所规定的人格权只是对这类表现自然人人格的权利的确认而非创设。^[64]将人权与宪法基本权利间的转换关系等同于人权与人格权关系,误读了人权的内涵和功能,导致人权话语径直进入民法体系。再如,日本学者高桥和之认为,德国基本权利的客观价值理论存在原理错误,“宪法上人权”的效力不及于私人间,“宪法上人权”只指向国家公权力。^[65]然而,高桥和之又认为基本权利在私人间不具有效力,民法具有独立价值,“私人间的人权保障由以民法为中心的私法来进行”。^[66]出现此种法释义学疑难的原因在于,许多国家的民法典都对人格权作出了规定,对此进行的内在诠释容易跨越人权和人格权的概念边界。人格权体系庞杂、种类杂乱,如生命、身体、健康、自由等类人格权,本质上明显不同于姓名、名誉、荣誉、个人信息等类人格权。前者并无积极权能,若承认生命、身体、健康、自由等人格利益为民事权利,反而会为其添加有害的处分权能。^[67]将人权作为人格权的价值基础是存有疑问的。人权关乎人性及人最为重要的权利,不可让渡,因而在法秩序框架下被规定为公民的基本权利。民法中的人格权应作狭义的理解,即只限定在具有积极权能、处分权能的权利上。

(三)“数字人权”不是一项最低限度基础性权利

未列举基本权利还应当是一种最低限度基础性权利,须是对于个人的生存和发展而言不可或缺的权利,但“数字人权”明显不符合这个标准。最低限度基础性标准适用于一切文化和文明传统,容纳了社会文化差异性,具有共同价值的属性。^[68]更为重要的是,这些标准不需

[61] 参见石佳友:《人格权立法的进步与局限——评〈民法典人格权编草案(三审稿)〉》,《清华法学》2019年第5期,第107页以下。

[62] 宪法在约束国家权力时坚持严格标准,该标准难以适用于私法关系。既然在私法体系中已经全面规定了相关具体权利,那么在保护个人免于社会强力不当影响以及涉及调整私法关系的实体性价值方面,普通立法和司法过程就足堪重任。参见姜峰:《宪法私人效力中的事实与规范——一个分析框架》,《法商研究》2020年第1期,第13页以下;黄宇晓:《论宪法基本权利对第三人无效力》,《清华法学》2018年第3期,第197页以下。

[63] 参见王利明:《人格权的属性:从消极防御到积极利用》,《中外法学》2018年第4期,第849页以下。

[64] 参见尹田:《论人格权独立成编的理论漏洞》,《法学杂志》2007年第5期,第8页。

[65] 参见[日]高桥和之:《“宪法上人权”的效力不及于私人间——对人权第三人效力上的“无效力说”的再评价》,陈道英译,《财经法学》2018年第5期,第71页以下。

[66] 同上文,第73页。

[67] 参见李永军、项斌斌:《民法典编纂背景下姓名权与其他“人格权”的区分——兼及我国民法典人格权编的立法建议》,《浙江工商大学学报》2019年第2期,第31页;项斌斌:《生命权作为人格权之民事权利属性质疑》,《华东政法大学学报》2019年第2期,第124页。

[68] [英]A. J. M. 米尔恩:《人权哲学》,王先恒等译,东方出版社1991年版,第223页。

要高水准的社会资源作为支撑，发展中国家也能达到这些标准。这就决定了，新兴基本权利的保护应当与社会资源总量相适应，“不能超过社会的经济结构以及由经济结构制约的社会的文化发展”。〔69〕那么，如何立足国情和社会现实来判定最低限度基础性标准呢？其实，从国家义务的角度就可以很好地澄清这个问题。中共十九届四中全会指出，为了满足人民日益增长的美好生活需要，必须健全国家基本公共服务制度体系，注重加强普惠性、基础性、兜底性民生建设，保障群众基本生活。一要健全有利于更充分更高质量就业的促进机制；二要构建服务全民终身学习的教育体系；三要完善覆盖全民的社会保障体系；四要强化提高人民健康水平的制度保障。〔70〕可以说，这些内容有助于我们理解最低限度基础性标准的内涵。其中的教育、医疗、工作就业、获得劳动报酬、居住、获得社会扶助等方面要求，与我国的社会主义制度体系现况、市场经济发展阶段及社会资源总量相吻合，应当作为最低限度基础性标准优先实现。就数据类权利而言，信息删除权、信息可携带权、信息自主权、被遗忘权等，在数字时代中虽然一定程度上关涉人们的生存和发展，但与上述列举的最低限度要求相比，并非人们生存、自由、发展不可或缺的必然要求。

此外，数字人权说还提到，“如今数字时代的到来，从个人隐私到公共生活，从衣食住行到公共安全，一切都在信息化、数字化的加速进程之中”；包括生命财产、社会保障、文化教育等在内的各项人权，“要么都受到了信息化、数字化的解构和重构，要么遇到了全新的挑战”。〔71〕数字人权说认为，“数字人权”是在其他各项人权遭遇到威胁时应运而生的，而这些威胁源于虚拟世界对现实世界的侵蚀和解构。其实，这种看法是一种误解。以文化教育为例，公民文化教育权的真正实现，是由入学的资格、学费、生活开销、教师资质、教育方式、师生关系、考试的公平程度、高考压力等教育要素决定的。这些要素在根本上不是通过数字化的形式实现的，很难谈得上被解构、被重组、被挑战。因此，“数字人权”不是一项最低限度的、兜底性的、基础性的权利，不符合未列举基本权利的最低限度基础性标准。

结 语

“权利泛化”曾在我国学界引发争论，〔72〕而“人权滥用”是“权利泛化”的问题升级。如果说前者可以基于权利与基本权利的关系作出简单回应，后者所要面临的学术争议显然要广阔和深远得多。针对数字人权说的基本主张，本文认为“数字人权”不仅不是人权升级换代

〔69〕《马克思恩格斯选集》第3卷，人民出版社1995年版，第305页。

〔70〕参见《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》（2019年10月31日中国共产党第十九届中央委员会第四次全体会议通过）。

〔71〕前引〔2〕，马长山文，第20页。

〔72〕一些学者对权利泛化现象进行了反思。陈林林认为，更多权利的确认会造成政府权力的扩张，加剧政府与社会的冲突（参见陈林林：《反思中国法治进程中的权利泛化》，《法学研究》2014年第1期，第10页以下）；王方玉提炼了权利泛化的一系列负面效应，并指出权利具有为人服务、无损于公共利益、符合社会共识等若干内在伦理，这些内在伦理有助于克服权利泛化的负面效应（参见王方玉：《权利的内在伦理解析——基于新兴权利引发权利泛化现象的反思》，《法商研究》2018年第4期，第8页以下）。但是，也有一些学者为权利泛化辩护。汪太贤指出，权利是个体寻求生活安定、快乐的生存方式，并且在某种程度也能督促国家义务的履行（参见汪太贤：《权利泛化与现代人的权利生存》，《法学研究》2014年第1期，第7页以下）；陈景辉指出，个人权利与公共利益、多数意见同样应当被视为公共善的内容，因此权利泛化是权利的正当行使（参见陈景辉：《回应“权利泛化”的挑战》，《法商研究》2019年第3期，第40页以下）。

的新类型——第四代人权，甚至不宜作为人权的下位概念。首先，从“三代人权”的历史维度提炼出人权的代际划分原理可以发现，人权代际革新的实质是新生人权对既有人权体系的结构性扩展。“数字人权”的人权主体、义务主体、权利义务关系，都可以在既有人权体系的框架内得到合理的解释。“数字人权”的出现不构成人权的代际革新，没有突破既有的三代人权构造范式。其次，“数字人权”不具备人权的道德基础。人权的形态包括道德人权、制度人权、实有人权三类，其次序递进。一项制度人权必须以一项道德人权为前提，但“数字人权”不能以“人性”作为价值内核和道德依据。尝试为“数字人权”找到道德方案的理论努力，即提出“数字人性”“数字化人格”等新概念、新范畴进行法理填充，极易造成道德失范与伦理失序。“数字人权”无法实现道德人权证成，进而无法成为一项基本人权。再次，在后形而上学时代，出于对人权现实状况的担忧，一些理论家提出了“无需根基”的人权论说，试图消解或者重构人权的道德基础。在这个语境下，一项法定人权、制度人权不再诉诸道德人权证成，故仅需判断“数字人权”在法秩序框架内的合法性和合理性。在制度人权层面讨论“数字人权”，本质上就是看其能否证立为一项宪法基本权利。“数字人权”缺乏宪法的规范基础，并且不符合“人的尊严”标准和“最低限度基础性”标准，因而无法被证立为宪法未列举基本权利。

Abstract: From the perspective of the principle of intergenerational division, “digital human rights” are an increase in the number of human rights, which can be reasonably explained within the framework of the existing human rights system. They do not break through the existing three-generation pattern of human rights or constitute the intergenerational innovation of human rights. From the perspective of the moral attribute of human rights, “digital human rights” do not have the moral basis of human rights, are incapable of achieving the justification of moral human rights through “digital human nature”, and thus cannot become fundamental human rights. From the perspective of fundamental rights, “digital human rights” neither have the normative basis of the constitution, nor meet the “human dignity” standard or “minimum standard” and, as a result, cannot be justified as fundamental rights not listed in the constitution. Therefore, “digital human rights” are not a new type of human rights that can be upgraded to the fourth generation of human rights and, indeed, do not even constitute human rights.

Key Words: digital human rights, the fourth generation of human rights, moral rights, fundamental rights
