

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2022.09.005

欢迎按以下格式引用:胡光志,苟学珍.数字经济的地方法治试验:理论阐释与实践路径[J].重庆大学学报(社会科学版),
2022(6):218-230. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2022.09.005.

Citation Format: HU Guangzhi, GOU Xuezheng. The experiment of rule of law at the local level in digital economy: Theoretical explanation and practical path[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2022(6):218-230. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2022.09.005.

数字经济的地方法治试验: 理论阐释与实践路径

胡光志¹, 苟学珍²

(1. 重庆大学 法学院, 重庆 400044; 2. 西安交通大学 法学院, 陕西 西安 710049)

摘要:数字经济的异军突起,给作为治理体系和治理能力重要依托的法治秩序带来了挑战,也产生了全新的法治需求。面对新出现的“治理赤字”,如何提供优质的“法治产品”,构建有助于数字经济发展与治理的法治秩序,成为当务之急。但数字经济作为一种新生事物,高度依赖科技创新,处于不断创新、发展与变化之中,具有创新性、跨界性、虚拟性以及平台性等典型特征,由中央层面进行统一的法治供给面临诸多现实困难,也无法有效激活地方数字经济创新与发展的动力。为此,中央通过《国家数字经济创新发展试验区实施方案》,选择在部分地方进行数字经济创新发展与治理的试验,鼓励试验区加强体制机制创新和地方性法规探索。此背景下,数字经济领域的法治建设,除了由中央统一推动诸如《个人信息保护法》《数据安全法》等基础性法律制度的供给外,地方政府以法治试验的方式接入部分法治供给在理论层面何以可能,在实践层面是否具有现实基础、面临那些挑战以及如何克服,便成为不得不重视的问题。基于此,文章借助逻辑推理和实证分析方法,对数字经济领域地方法治试验的理论基础和实践路径进行了探索。研究发现,数字经济的地方法治试验,是一种有效回应数字经济法治需求的经验性治理方式。其理论逻辑在于以国家整体法治为最终归宿,以地方数字法治探索为切入点,在注重地方试错和经验积累的同时,将“自上而下”和“自下而上”的有机结合作为数字经济法治建设的路径选择,从中央和地方在数字经济发展与治理中各自所代表的利益及其所遭遇的现实困境出发,构建符合中国特色治理需求的数字法治格局。而宪法及其相关法律授予的地方法治创设权,中央对地方数字经济创新发展试验的授权与激励,以及部分省份“先行先试”的数字法治建设经验积累为该领域更大范围、更深层次的地方法治试验提供了现实可能。当然,数字经济的这种经验性法治路径也面临地方数字法治

基金项目:国家社会科学基金重大项目“开放经济条件下我国虚拟经济安全运行法律保障研究”(14ZDB148);中央高校基本科研业务费资助项目“数字经济的地方法治试验及其限度研究(2021CDSKXYFX009)

作者简介:胡光志,重庆大学法学院教授,博士研究生导师,Email: hgz@cqu.edu.cn;苟学珍,西安交通大学法学院助理教授,Email: gouxzh@xjtu.edu.cn。

边界扩张、地方数据保护主义、地方数字治理方式单一等的挑战,需要以国家法制统一原则、全国统一市场目标,以及多元共治格局的构建等为限度,以此克服数字经济地方法治试验中的弊病,发挥其优势。

关键词:数字经济治理;数字经济法治需求;地方法治试验;多元共治;数据流动

中图分类号:D927;F49;D921 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2022)06-0218-13

一、引言

在以科技为显著特征的时代,借助于大数据、云计算、人工智能等的迅速发展,信息技术带动的网络化、数字化、智能化,造就了一场“数字革命”^[1]。如今,数字经济已然成为后金融危机时代实现经济转型与发展、引领国家创新战略的重要力量^[2]。数字经济时代,数据、信息网络以及数字技术的作用被重新定义,数据成了关键性生产要素、现代信息网络成了主要载体,信息通信技术的融合应用、全要素数字化转型则成了数字经济的重要推动力。所有这些变化,都对作为国家治理体系和治理能力重要依托的法治带来了新的挑战、产生了新的需求。面对正在进行的“数字化”革命,及时提供优质的“法治产品”,构建以科学、人本、公正、包容、共治为核心要素的法理型法律秩序,是破解“治理赤字”的当务之急^[3]。

对于数字经济的法治需求,由中央统一承担法治的供给显然是比较理想的状态,且涉及数字经济的一些基础性法律制度只能由中央统一供给。但问题是由中央“自上而下地推进法治整体主义发展”^[4],在数字经济领域面临着诸多挑战:第一,数字经济作为新生事物,许多未知领域及其治理规则需要不断探索,但中央层面不会直接面对数字经济的各微观市场主体,难以了解真实的法治需求;第二,数字经济高度依赖科技创新,处于不断创新、发展与变化之中,中央对待数字经济的态度为包容审慎,而法律的稳定性与可预期性特点增加了中央层面进行统一法治供给的难度;第三,参与数字资源(数据)竞争、发展数字经济的潜在“收益”,对地方而言本身就是一种激励,由中央垄断数字经济的制度供给与治理设计,必然降低对地方发展数字经济的激励,又会产生如何激发地方活力与创造性的难题;第四,数字经济的创新性、跨界性、虚拟性以及平台性等特征,决定了该领域多元协同共治的治理格局,地方政府在制度供给、治理设计与协调沟通中需要扮演重要角色。作为对这些挑战的因应,2019年10月中央通过了《国家数字经济创新发展试验区实施方案》,选择在部分数字化转型走在全国前列的地方进行数字经济创新发展与治理的试验,“鼓励试验区加强体制机制创新和地方性法规探索”。由此,数字经济的法治建设,除了由中央统一推动基础性法治的供给外,地方政府以法治试验的方式接入部分法治供给在理论层面何以可能,在现实层面如何可能,以及怎样降低试验中产生负面效应等,便成为一个不得不重视的问题。

数字经济的地方法治试验,是指在国家法制统一原则下,结合当地数字经济发展与治理的现状,祛除法治的“路径依赖”,将“治理”与“试验”有机融合的一种法治实践方式^[5]。作为方法论意义上的地方法制/法治^[6],已经受到学术界的较多关注,包括对于认真对待地方法治的呼吁^[7],对地方法治试验的动力机制与制度前景的研究^[8],对地方法治实践动力机制的反思^[9],对中央与地方关系视角下法治中国建设的试验研究^[10],对法治一体建设地方试验型模式的研究^[11],对当下中国地方法治试验理想类型与实践的反思^[12],对地方法治试验扩散原理与类型的研究^[13]等。这些既有的研究从宏观层面将地方作为法治中的一个重要单元,分析了地方法治的动力、发生、运作机理、扩散原理,以及在法

治国家建设中的地位与作用,搭建起了研究地方法治的理论框架,为研究具体领域的地方法治试验提供了方法论的借鉴。基于此,本文将结合数字经济自身特点,探讨数字经济地方法治试验的理论逻辑与实践路径,以助益于数字经济法治建设。

二、数字经济地方法治试验的理论解析

数字经济地方法治试验的理论逻辑在于:通过制度设计建立有效的激励机制,充分调动地方参与数字经济发展与治理的积极性与创造性,在局部试错与经验积累的基础上,弥补中央整体法治条件与能力的不足,将“自上而下”和“自下而上”的有机结合作为数字经济法治建设路径选择,从中央和地方在数字经济发展与治理中各自所代表的利益及其所遭遇的现实困境出发,构建符合中国特色治理需求的法治路径。

(一) 地方视角:数字经济领域地方法治试验的动力来源

以地方政府为观察视角,地方政府之所以愿意通过法治建设,在促进和保障数字经济发展的同时,将自身的权力关进制度的“笼子”,核心的动力体现为源自竞争动力学理论的竞争压力,以及源自制度变革所产生收益的激励。

第一,源自竞争动力学的地方法治竞争压力,是地方数字法治试验的外在动力。竞争动力学理论认为,市场中买者的行为会对卖者产生一定的影响,如果买者对市场和产品投入较多的关注度(交易成本),掌握足够的信息,就会促使卖者之间展开竞争,进而刺激产品和技术的创新^[14]。由于法治这类公共产品和服务被国家合法“垄断”,市场主体只能通过比较选择对其最有利的法治环境^[15]。而公民通过在法律市场上选择对自己有利的法律,其个体行为可以对立法者产生激励作用,从而使立法者制定出适合社会需要的法律来^[16]。阿尔伯特·布雷顿竞争型政府理论^[17]进一步指出:“政府会迫于选民、经济主体、非经济主体等的压力,供给当地居民合意的‘非市场提供的产品与服务’,以满足当地居民和组织的各种需求。”^[18]

第二,源自数字经济法治供给潜在收益的激励,是地方法治试验的内在动力。新制度经济学的观点认为,制度变迁的主要诱因在于,通过制度的改变而获取的潜在收益大于成本^[19]。法治的核心要素之一就是控制和限制公权力,因此地方政府法治建设事实上是一种“自我革命”。那么,是什么促使地方政府主动将权力关进制度的笼子?笔者认为,当新的法律制度带来的收益远远大于成本时,作为具有理性预设的地方政府,自然会进行成本收益的分析,进而趋利避害。当然,这种收益不仅仅是指经济效益,还包括政治性收益(如上级肯定、人事任免等)、社会性收益(如获得社会称赞)等。数字经济领域地方政府之所以要法治创新,核心动力还在于数字经济的潜在收益。从近年来我国数字经济年均增长速度,数字经济在各省GDP的占比,以及各地频频出台的数字经济相关战略、规划、指导意见、行动计划等政策中可窥得一斑。尤其是部分省份将数字经济作为其“一号工程”,并为之制定相应的政策措施,更加凸显了发展数字经济的潜在收益。在承认“法治是最好的营商环境”这一既定前提下,地方政府发展数字经济潜在收益的激励,使其具有了法治试验的动力。根据前瞻产业研究院发布《2020年中国数字经济发展报告》显示,我国数字经济在GDP中所占的比重逐年提升,由2005年的14.2%提升至2019年的36.2%。从地方视角看,其中北京、上海数字经济在GDP中的占比已然超过50%,广东、浙江、江苏、福建数字经济在GDP中的比重超过40%,重庆、河北、四川等数字经济在GDP中的比重超过30%^[20]。

(二) 中央视角:数字经济法治的试错策略与成本节约

以中央为认知视角,观察数字经济领域的地方法治试验,国家试错策略理论与成本节约对这种法治进路具有较强的解释力。中央层面选择在部分地方进行法治试验,然后吸收成功经验,反思失败教训,进而在全国推广、扩散,不仅可以降低试错风险,还可以节约成本,提高收益。

其一,数字经济的特殊性决定了法治建设不可能一蹴而就,反而通过地方试验的试错策略或许是一种有效的方式。马克思主义认识论视阈下,数字经济是经济系统中技术、组织和制度相互作用过程中的宏观涌现,本质是以技术进行资源配置优化为导向的人类经济活动,在高度协调和互动中所塑造的新生产组织方式不断演化^[21]。这就决定了数字经济领域,随着技术的转变、组织和制度也需要作出相应的调整,以适应新的生产力发展需求。而数字技术、信息技术等又处在快速的变化和不确定当中,无疑增加了中央层面整体法治主义的困难。与此同时,数字经济的“空间的多元化”“主体的平台化”“行为的信息化”等特征^[1],使该领域对法治的需求呈现出多元化特征,除了基础性法律外,还需要因地、因时针对发展与治理中的法治需求作出回应。同时,地方才是国家法治与数字经济发展的具体承载主体,不管是法治国家建设,还是数字经济发展,离开了地方这一具体单元,无异于空中楼阁。国家试错策略在数字经济领域的优势在于:首先,地方的法治试验是在中央有效控制下的试错,试验的目标、范围、领域等都受制于国家战略与中央整体规划,可以最大程度为中央整体主义法治积累经验。其次,允许地方因地制宜进行法治试验,在赋予地方权力的同时,也会激活其发展数字经济的积极性。最后,地方法治试验能够将试错的风险控制在合理的范围内,提高法治建设的容错率,降低法治变革可能产生的风险。

其二,数字经济领域的法治建设并不是没有成本的,而局部试验,然后推广是一种以较低成本获得较高收益的法治方式。《国务院关于印发全面推进依法行政实施纲要的通知》(国发〔2004〕10号)明确提出要“积极探索对经济立法项目的成本效益分析制度”,因此,成本收益的分析本身就是中央层面在法治建设中的要求。成本收益分析的优势在于,可以确保政府不会因一时兴起而出台法律和政策;当然,成本收益分析还可以帮助政府更好地管理风险^[22]。在成本方面,由中央统一进行整体主义的数字经济法治建设,主要有立法本身的成本,法治推广的成本,整体试错的成本。如果由地方进行法治试验,则立法本身的成本会因为是个地方的局部试验而大大降低;法治推广的成本因为地方间的制度竞争和制度学习等途径,可能会出现显著降低;试错的成本从国家整体限缩到部分地方,必然会降低。在收益方面,相较于中央政府,地方各级政府是与数字经济各微观市场主体的直接接触者,且是各类流动要素(如数据、数字技术、资本、劳动等)的潜在竞争者,因此赋予其部分法治创新的自主权,将有助于激活其发展数字经济的活力,所产生的经济与制度效益,也要高于中央层面统一进行制度供给与治理设计的收益。由于地方数字经济发展及文化等的不同,各地制度之间的差异有着不同的制度收益和成本,事实上就是苏力教授所说的,“分权不仅可以分担治理的责任,而且有收益”^[23]。

(三) 双重视角:中央数字经济法治条件的欠缺与地方弥补

以中央和地方共同作为观察视角,数字经济领域的地方法治试验,是一种中央与地方间实现协同治理的回应与互动机制。一方面,地方法治建设的作用应该是对中央法治的完善和补充,“地方治理的‘能’,应当从中央治理的‘不能’开始,即中央治理能力存在欠缺的地方才是地方治理能力发挥作用的场所”^[5]。另一方面,地方法治是国家法治的基础,国家法治是由地方法治作为其基本单元而存在,数字经济领域的法治也概莫能外。

第一,数字经济领域中央法治供给条件存在不足,需要地方予以弥补。数字经济以数据资源为核心生产要素,以数字技术进步为动力,以多元协同数据治理为核心治理方式的速度型经济、持续创新型经济等特征^[24],使得中央统一法治供给面临治理资源的有限性与数字经济对治理需求之间的矛盾、制度供给速度与技术创新速度间的矛盾、维护中央权威与调动地方发展数字经济积极性之间的矛盾等诸多困境。特别是数字经济对科技创新具有很强的依赖,而市场和技术创新的频率高,随时都在变革,当制度供给的速度远远落后于数字经济模式和技术创新时,既有的制度很可能阻碍创新。对此,地方政府有必要接入法治供给,进而弥补中央法治条件的欠缺,回应数字经济发展与治理的法治需求。地方法治试验对国家数字经济法治建设的弥补,呈现出两种不同的路径依赖:第一种整体表现为“中央—地方—中央”的趋势。即先由中央启动试验程序,授权部分数字经济先发地进行法治试验,获得中央明确授权的地方在数字经济创新发展与治理中积极探索,总结出可借鉴的成功经验,再由中央凭借科层权威,将部分具有普遍适用性的成果在全国性立法中予以吸收,以弥补中央法治能力的不足。如《浙江省数字经济促进条例》第一次在法律中明确了数字经济的概念,这对于之后全国性数字经济的立法,无疑是一种经验借鉴。第二种整体表现为“地方—中央”的趋势。即部分未获得中央授权的地方,积极主动进行数字经济法治探索,对其成功的经验,通过塑造典型,借助媒体或者其他宣传手段,引起中央层面的关注,进而获得中央的事后认可,而后再由中央凭借科层权威主导这些经验的吸收与扩散^[13]。当然,地方法治试验的成果除了自下而上的扩散外,也会以制度竞争、制度学习等方式出现横向的外溢。

第二,数字经济领域地方具有法治供给的优势。“法治发展的主要推动力包括政府、民间力量和法律职业阶层”^[25],是一种多元主体参与的活动。数字经济领域的法治发展,理应是数字经济领域各参与者,在非组织化状态下的一种“集体行动”的结果。从数字经济参与主体看,宏观主体包括各级政府、市场与社会中间组织等,微观主体包括各类数据平台企业、消费者(等)^[26]。对于政府而言,治理数字经济需要一定的规则;对于平台企业、数据权利人、消费者等微观主体而言,需要法律确认与保障其权利,为之提供公平公正的市场环境与监管环境。在这些具有多元利益诉求的主体中,地方政府恰恰处在一个中间的位置,既能够直接面对数字企业和消费者,也能够直接面对上级政府。这就决定了地方政府既了解市场真正的法治需求,也具有组织和协调多元主体的优势。地方在数字经济领域进行法治试验的另一个优势在于,从社会学、法学的实用性出发,通过更加切近地观察法律、经济和实际生活交往,可为得到体系性规定的实践提供指南^[27]。将法律视为一种“地方性知识”^[28],是对法律与事实的一种比较与透视,也是对法律的一种人类学和社会学观察。作为一种治理的逻辑,数字经济的法治及其形态,根植于数字经济发生与发展的土壤,受到数字经济发生与发展状况的影响。数字经济先发地,促进、保障与规范其运行的法治建设,自然走在后发地前面。这种情形在不同地区之间均有着较为明显的体现。因此,数字经济领域的法治建设,除了基础性法律制度外,应该发挥“地方性知识”的优势,允许地方结合当地数字经济发展及法治需求,因地制宜进行法治供给。

三、数字经济地方法治试验的现实基础

地方参与数字经济法治建设,除了理论的逻辑自洽外,还需要具备一定的现实基础。而宪法及其相关法律授予的地方法治创设权,中央以明示授权、默示许可等方式允许地方进行数字经济法治试验并提供相应的激励机制,我国数字经济地方立法“先行先试”的经验也为之提供了现实可能。

(一) 法律之维:宪法及相关法律授予的地方法治创设权

在“法治体系论”^[29]这一新范式下,法治不仅仅是简单的法律创制,还在于如何运用业已创制的“良法”进行“善治”^[30]。这就决定了数字经济领域的地方法治试验,既需要治理体系层面的制度创设,也需要治理能力层面的创新与探索。而地方能否参与数字经济的法治试验,首要因素取决于其是否具有制度创设以及自主治理的权力。而地方是否具有相应的法定权限,就需要从《宪法》以及《立法法》等法律中寻找答案。

从治理体系层面的制度创设,即“法”的维度看,数字经济的地方法治试验,具有源自《宪法》及《立法法》赋予的合法性。《宪法》第100条规定了各级地方人大及其常委会的立法权限,《立法法》在《宪法》的基础上,进一步细化了地方立法权限。《立法法》第8条规定了全国人大的法律保留,第72至75条规定和细化了地方性法规的具体领域和范围。回到数字经济领域,数字技术创新驱动下,数字经济的发展,尽管正在快速改变经济发展动力、发展方式,重塑政府经济治理的格局,但数字经济所带来的经济形态变化,并未撼动市场资源配置作用,市场机制仍是数字经济的动力源泉^[31];此外,数字经济也依旧无法克服市场失灵的问题,且又引发了一些新的诸如数字寡头和平台垄断等问题,依然需要政府的干预。数字经济并不会改变基本经济制度。据此可知,因为数字经济的法律制度,不属于《立法法》第8条第9款规定的“基本经济制度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度”。所以,地方具有数字经济法治的创设权限。

从治理能力层面的创新与探索,即“治”的维度看,数字经济可以成为地方治理能力提升的试验场域。数字经济的地方法治,除了制度供给,还须具备将制度“变现”的能力。这就需要地方结合实际,进行自主探索和治理创新。地方法治的规范性含义在于,地方进行法治试验应当具备自主性权力,并且这种自主性权力应当受到中央的尊重和保障^[32]。理论上,在数字经济治理现代化的探索与创新中,中央和地方之间各自积极性的发挥,胜过任何单方面的努力。事实上,《宪法》第3条规定“中央和地方的国家机构职权的划分,遵循在中央的统一领导下,充分发挥地方的主动性、积极性的原则”。这就为地方的自主探索和治理创新留下了较大的空间。同时,《宪法》第99条赋予了地方人大经济建设计划的决定权,第107条赋予了地方政府在辖区内经济、科学、财政、司法行政等的管理权限。概言之,既有的宪法框架下,地方在数字经济的发展与治理中,具有较大的主动权。在不违背宪法及其相关法的前提下,地方可以在数字经济的法治试验中,积极探索符合自身实际的、原创的、具有实践价值和扩散价值的法治方式。

(二) 政策之维:中央对数字经济法治试验的授权与激励

地方法治试验的主动权在中央。有研究者用“承包型法治”^[33]来刻画法治领域中央和地方的关系,在这种关系中,由于在组织内引入了市场机制,从而改变了组织弱激励、强行政控制的现状,使得地方的法治试验具有强激励、弱行政控制的特征,无疑突出了地方具有很大的主动性和治理权限。但事实上,即便“地方法治”真的是“承包型法治”的理想样态,作为享有主动权的发起者和决定者始终是中央政府。因此,地方法治试验的展开,必然需要中央的主导与控制,数字经济领域概莫能外。

在数字经济的发展与治理中,中央层面通过各种政策措施,一方面授权地方进行数字经济创新发展的试验,另一方面通过建立相应的激励机制来进一步调动地方的积极性。2019年国家发展改革委联合中央网信办发布的《国家数字经济创新发展试验区实施方案》(以下简称《方案》),确定浙江、河北、福建、广东、重庆、四川六省(市)为国家数字经济创新发展试验区。《方案》要求各试验区结合各自优势

和结构转型特点,在要素流通机制、新型生产关系、要素资源配置、产业聚集发展模式等方面展开大胆探索。2019年中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《数字乡村发展战略纲要》中也规定,选择部分地区“统筹开展数字乡村试点示范工作,边试点、边总结、边推广,探索有益经验”。在授权地方进行治理创新的基础上,也建立了相应的激励机制。如通过赋予更多治理自主权的激励,官员升迁考核的激励,经济层面的各种激励等。其中,通过先塑造试验典型(经验),然后推出样板供其他地方学习与复制,既是对试验成功的激励,同时也是一种对试验结果的有效扩散。

既然是中央授权试点,那么中央和地方的关系的处理便成为试点中不可避免的问题。从中央层面看,数字经济领域的地方治理试验的主要目标在于:通过试验探索,形成一批可操作、可复制、可推广的典型做法,进一步发挥示范引领和辐射带动作用,提升国家治理体系和治理能力现代化水平。而欲实现此目标,就需要授予试验区更大的自主权并建立激励机制。此情形下,在中央和地方的角色定位中,就需要充分尊重各试验区建设主体作用,鼓励试验区加强体制机制创新和地方性法规探索;而中央层面则需要加强政策协同和支持(激励)力度,依托大数据部际联席会议的跨部门机制,加强对试验区的建设指导(这在国家发改委就国家数字经济创新发展试验区有关情况答记者问中已经有所体现)。作为数字经济有效治理逻辑的法治,地方层面自然也需要积极探索,但这种探索必须是在国家法制统一的前提下,结合地方数字经济发展与治理现实需求,以及该领域央、地关系基础上的治理创新。

(三) 实践之维:对数字经济地方法治试验现状的检视

数字经济的地方法治试验,之所以具有实践可能,还与我国经济发展与改革过程中“先行先试”的经验积累有直接的关系。1978年邓小平便提出“有的法规地方可以先试搞,然后经过总结提高,制定全国通行的法律”^[34]。正是因为对地方积极性的重视,使得我国法治建设中出现了“法治浙江”“法治广东”等诸多地方性的经验积累。事实证明地方法治试验的成果,借助于一定的扩散机制,可以成为国家法治建设的主要经验来源。以“市场型法治”为代表的浙江为例,如“市场经济就是法治经济”便是法治浙江建设的经验积累,如以民营经济为主体展开法治建设的“温州模式”,被认为是“自生自发的诱致型制度变迁”^[35]。

作为对中央授权与激励的回应,各数字经济创新发展试验区,以及部分尚未纳入试验区的地方政府,都进行了积极探索,并产生了一定的成果,如《浙江省数字经济促进条例》《广东省数字经济促进条例》《河南省数字经济促进条例》《河北省数字经济促进条例》《江苏省数字经济促进条例》等地方性数字经济立法如雨后春笋般破土而出。与此同时,十多个省份也相继出台了相关数据条例,如《上海市数据条例》《浙江省公共数据条例》《贵州省大数据安全保障条例》《贵州省大数据发展应用促进条例》等,对作为数字经济重要动力引擎的数据资源进行特别的保护和规制。体现在制度供给层面的创新当属2021年《浙江省数字经济促进条例》。作为我国数字经济领域的第一部地方性法规,在探索中取得了较多的创新,为数字经济的法治化提供了有益的地方经验借鉴,特别是关于数字经济概念的界定,得到了理论和实务的较大认可。体现在治理方案设计和能力提升层面的创新,即在动态法治的实现上,重庆和四川两地,在数字产业化聚集发展、超大型城市智慧(数字)治理能力建设、数字基础设施建设、智能化应用等方面取得了部分试验成果。尤其是成渝双城经济圈数字经济的规划对接与政策协同,为我国区域间数字经济合作提供了实践典范。

基于地方经济发展的现实需求,加之中央层面的授权和激励,地方政府在多重动力之下,大都积极进行了数字经济法治建设的探索。特别值得强调的是,地方数字经济法治先发地的部分优秀试验成

果,已经发生或正在发生横向的扩散,被数字经济法治建设的后发地进行了较为充分的吸收和借鉴。当然,这种积极的经验积累,在客观上也为中央层面的数字经济立法积累了相对成熟的经验。综合而言,地方结合自身数字经济发展的特点,通过一系列积极的法治创新,在数字经济基本概念界定,数字基础设施建设,数据资源界定、保护、开发和利用,数字产业化,产业数字化,治理数字化,区域数字经济协同发展(如《河北省数字经济促进条例》专章规定了“京津冀数字经济协同发展”)等方面进行了大量的法治尝试,在推动地方数字经济法治建设,不断优化地方发展数字经济营商环境的同时,为国家层面数字经济的整体法治化积累了自下而上的宝贵经验。当然,也需要看到,地方数字经济法治创新试验的过程中,也存在部分问题,如地方数字法治边界的扩张对国家法制统一的挑战、地方“数字保护主义”对全国数据统一市场构建的影响、地方数字法治方式单一对多元共治中其他主体权利的冲击等,这些地方数字经济法治试验的负面效应,需要对之进行克服。

四、数字经济地方法治试验的现实挑战及应对

地方参与数字经济法治试验的主要动力,决定了地方的法律制度供给与治理机制设计主要是促进和保障型的,是出于对地方利益最大化的考量;与此同时,数字经济的地方法治建设无法摆脱对数据、资本、数字技术、技术人才等各类流动性要素的竞争。在这种追求地方利益最大化的法治建设中,容易将地方数字经济发展等同于国家发展大局,又将服务大局转换为服务地方经济^[8]。如此,难免会产生地方政府对市场的过度干预,对其他主体及其权利的忽视,地方“数字保护主义”的兴起及其法治化等情形。因此,需要从国家法制统一原则、全国统一市场目标以及多元共治格局的构建等方面,为数字经济的地方法治试验设定相应的限度,避免其产生的负面效应。

(一) 国家法制统一原则:地方数字法治边界扩张挑战的规制路径

基于数字经济的典型特征,数字经济的专门性立法,对地方政府而言在没有上位法的前提下,尚属于一个全新的领域。这也就决定了地方数字经济法治探索的边界是相对模糊的,而一旦地方的数字立法边界不断扩张,则极有可能对国家法制统一造成一定的威胁。特别是在地方利益的驱使下,地方政府比较容易过度干预到数字市场之中,尤其是在数据等要素的全国自由流动、大数据安全与利用、数据权属规定、个人信息保护等涉及公民具体权利义务的调整方面,一旦地方立法的权限和内容过度扩张,就会对相关上位法,特别是宪法及其相关法产生冲击。因此,维护国家法制统一,理应成为数字经济领域地方法治试验的基本前提,也是法治试验不可逾越的边界。

在我国单一制国家结构下,国家法制统一体现在地方法治领域,最为核心的便是地方性法规不得与宪法相抵触。数字经济领域的立法也概莫能外。为此,除了《宪法》等法律的明确规定外,中央层面也将法制统一、政令通畅作为法治政府建设的目标遵循(例如《国务院关于印发全面推进依法行政实施纲要的通知》中的相关规定)。整体而言,中央在根据经济社会发展的现实需求,不断赋予地方立法权限的同时,也构建起了以《立法法》为重要途径与手段的法制统一保障体系,从法律保留原则的适用、法律优先原则扩大化适用、规范性文件的备案与审查等方面形成了保障^[36]。同时,作为中央司法权威表征的各级人民法院,总体上是基于维护国家法制统一的基本立场,因此各级司法机关对地方法治建设具有辅助性监督的功能。

一方面,需要通过《宪法》与《立法法》等对地方立法权限与程序进行限制,并确保数字经济领域基础性法律的中央统一供给。单一制国家结构决定了宪法在我国法律体系上至高的地位,数字经济领域

的地方法治试验,不可能也不允许与宪法相抵触。对于《宪法》和《立法法》规定的法律保留事项,地方也无权进行法治探索。特别是《立法法》第8条为地方法治试验设立了一个不得“擅入”的禁区,第72条第2款进一步将设区的市的立法权予以限缩,整体上划出了地方法治试验的边界。体现在数字经济领域,尽管数字经济地方法治的探索不属于《立法法》规定的中央立法保留事项,但大数据安全与利用、数据权属规定、个人信息保护等,涉及公民权利义务调整等基础性法律制度,由中央进行统一的法制供给,有助于国家法制统一;同时,涉及国家(数据)主权与安全的法律制度,只能由中央统一供给,地方无权进行法治试验。因此,数字经济领域的一些基础性法律制度,诸如《数据安全法》《数字经济(促进)法》等,应由中央统一供给。

另一方面,需要通过中央权威进行自上而下的控制,为数字经济的地方法治试验划定边界。德国学者何梦笔以“竞争型政府”范式分析中国政府转型时认为,在一个大国内部,在有地方自主权的各个地区,国家政策会得到不同程度的贯彻和执行,发挥不同的作用^[37]。为此,就需要一个强有力的中央权威,对地区政策的实施进行指导和监督。而单一制国家结构恰恰也决定了我们只能有一个中央权威,国家的一切权力属于中央,地方的权力具有授权属性。中央统一领导下,通过层级控制,形成的一套完整的行政体制,使中央权威能够覆盖各行政层级,并对地方的法治试验进行强有力的控制。“为了防止地方法治试验偏离中央,中央从意识形态、目标设定、检查验收和激励分配等方面进行主导”^[10]。即中央层面通过科层压力、宏观政策调控(如产业政策、规划政策)等形式,可对数字经济领域地方法治试验的目标、范围、时间、程序、限度、结果(包括扩散机制)等进行指导与控制,将其限定在国家法制统一的范围内。

(二) 全国统一大市场建设:地方数据保护主义挑战的破解之道

在数据作为第五种重要生产要素的背景之下,地方发展数字经济的动力引擎主要指向了各种数据资源。为此,地方政府通过一系列制度创新、法治探索,吸引海量数据要素的流入,防止数据要素的流出本无可厚非,但问题是地方在参与数据资源竞争的过程中,容易陷入地方数据保护主义的窠臼,出台一系列排除、限制数据资源竞争的政策措施。且更加值得关注的是,这种地方数据保护主义往往会以地方立法的方式对外表达,即地方数据保护主义的法治化倾向,这会严重阻碍数据要素的市场化配置,出现数据市场壁垒、数字壁垒、数字区域封锁、数据孤岛等实际问题,并进一步阻碍全国统一大市场的建设。因此,构建和维护全国统一市场,促进数据要素市场化配置,进而使数据要素真正实现流动自由、有序竞争,这既是对数字经济领域地方法治试验的要求,也是对试验内容的必要限制。国内统一市场的建设,是社会主义市场经济的内在属性,也是实现数据市场公平竞争、数据要素自由流动、数据资源优化配置的关键。

其一,以反垄断和公平竞争审查为主导的竞争法治体系,加之市场准入负面清单制度,是对数字经济领域地方法治试验内容的约束,可以规范数字经济发展与治理中地方政府的行为,防止出台排除、限制竞争的政策措施。数字经济的高质量发展,有赖于数据等要素的市场化配置,而要素市场化与国内统一市场的建设,从长期看,应当改革和优化地方政府的职能,破除“行政区经济”的形成基础;从短期看,应当消除政策歧视,提倡公平竞争,推进区域高质量一体化发展国家战略^[38]。具体而言,数据要素的市场化,需要加快数据标准化制定、健全数据评估和定价机制、拓展数据市场交易平台、优化数据资源配置、完善数据交易系统^[39],当然也更需要良好的市场竞争秩序。但“区域数据交易平台林立易形成统一市场的区域分割、政府不当干预滋生行政性垄断风险等,不利于数据要素市场公平自由竞争秩

序的形成”^[40]。因此,发挥竞争法治的作用,通过反垄断法和公平竞争审查制度的有效配合,可规范地方政府的行为,限制其权力进入数字经济市场的边界,防止地方以法治试验为名,行地方保护、市场分割等不利于数据要素自由流动之实。同时,市场准入负面清单的实施,也可以对地方政府的权力进行合理限制,防止其在有关数字经济的市场准入方面过度干预。

其二,以中央司法权威为主导的统一司法,可助益于全国统一市场的建设,避免数字经济领域的市场分割、区域封锁以及地方保护的法治化。市场经济条件下,如果国内各地区间法律制度和治理设计相去甚远,难免会增加交易费用,进而妨碍全国统一市场的形成。对此,除了上述治理方式,借助司法权威来推动全国统一市场,实现数据等流动性要素的市场化也不失为一种有效途径。与行政权和立法权存在央、地间配置不同的是,不管是宪法上,还是最高院自身的定位上,司法权一直是中央权威的外在表征,属于中央事权。审判权作为判断权和裁量权的属性,加之司法的中立性、独立性、消极性等特征,使其对国家、市场和社会治理系统的功能比其他政治权力不可替代的^[41]。一个强有力的司法系统,对统一市场建设,规制市场分割、区域封锁等具有非常重要的作用。司法的居中裁判,加之法院的司法审查等,可以避免数字经济领域基于对数据等要素的争夺而实施的地方保护,以及借由数字地方法治试验而进行的地方保护主义法治化。特别是巡回法庭的建立和良性运行,在一定程度上更加有助于打破区域封锁的状态,助益于全国统一市场的建立,促进数据等要素在区域间的自由流动。

(三) 多元共治格局的构建:地方数字治理方式单一挑战的应对之策

就当下数字经济领域的治理而言,大多数地方依然是遵循政府主导和政策驱动的模式,这一模式固然可以最大限度发挥政府的积极性,但治理方式单一的弊端也无法有效避免。数字时代,数字经济的创新性、虚拟性、平台性、跨界性等,使得传统的单一治理结构局限性日渐凸显,单一治理结构下,因缺乏必要的监督和制约,政府权力极易过度扩张,进而出现权力滥用、寻租等问题,当然也无法保障治理中决策、信息、程序的公开和民主,更无法保障其他数字经济参与主体的权利,因此急需作出改变;与此同时,数字经济与社会生活的高度融合,也使得各类组织和公民几乎都与数字经济发生关系,某种意义上天然就是数字经济的治理主体^[42]。因此,数字经济的多元共治是一种必然趋势。共治格局下,治理制度的制定与治理方案的设计都需要协同,也就是实现一种多元参与对话、协商、竞争及合作的状态,而多元的参与及协同对地方政府而言本身就是一种监督与制约。从法治视角看,数字经济的多元共治有助于民主与法治理念的培育,增强法律政策制定的科学性与合法性,强化对公权力的监督。多主体参与治理,发表不同看法和提议,既体现信息公开,又保障程序公正,在制约全能政府的权力垄断时,又可以弥补各主体因盲目性而导致的缺陷^[43]。总体而言,多元共治的治理格局下,数字经济的协同治理能够对地方法治方式进行必要的规约,进而形成面向共治的数字经济法思维与法治格局。

其一,数字经济多元共治的实质参与,有助于监督和制约公权力,重塑地方政府的法治方式。数字经济的多元共治,从主体看,主要是推动建立政府、平台、行业、公众等有效参与的多元共治格局。构建共治格局的前提要保证实质参与,即必须确保各主体能够地位平等和民主对话。地方政府通过引导、统筹和协调,与企业、平台等主体各取所长,形成统一决策、分工负责、运行有序的协同治理机制^[44],实质上就是各主体通过实质参与,借助于沟通、协调与合作来解决相关问题与冲突。在这种多主体参与的协商、沟通、利益博弈与妥协,最终达成一致的过程中,既突破了地方政府基于公权力权威的单一治理结构,从而改变了原先由政府单一治理的法治思维方式与行动逻辑,又重塑了各参与主体集体行动的思维和逻辑。在多元主体互相的制约与监督下,地方政府既是区域内数字经济治理的主导者,也是

行动者和被约束、被监督者;同时,治理法律政策的制定和治理方案的设计,在一个多主体“讨价还价”的过程中得到完善,进而有助于实现地方政府法治方式的转变。

其二,数字经济多元共治的联合行动能力,有助于促进地方法治试验的程序公正,形成共治的法治格局。数字经济治理中,利用整体的、多层次的规制思维,构建由政府主导的多维度、多元化、全方位的经济法治规制系统,无疑是一种理想的状态^[45]。这种多维度、多元化的实质参与,需要主体具有相应联合行动的能力,而程序和制度则是确保联合行动能力的核心要素。因此,数字经济多元共治中的联合行动能力,首先意味着治理参与程序的民主,即各主体可以按照一定的条件和程序规定,参与数字经济的规则创制与治理设计,确保地方法治试验的程序公正;其次意味着治理规则的完善,即各主体参与数字经济治理的权、责、利都有明确的规定,各主体间协同与合作的关系法律制度都需要予以促进和保障。如此,通过多元参与程序的确立,以及多元治理协同制度的客观要求与供给,事实上对数字经济地方法治试验的程序和内容都进行了限制,进而助益于形成面向共治的法治格局。

五、结语

面对数字经济这一全新的经济形态,在尚未有成熟有效的治理经验借鉴时,“加强顶层设计和摸着石头过河”自然成了我们的首选方案。于是,中央层面在进行数字经济基础性治理设计与制度供给的同时,赋予地方权力与激励,鼓励地方以“试验”的方式进行数字经济法治的创新与探索。理论上,数字经济的地方法治试验具有自身独特的理论逻辑;实践上,宪法等法律的赋权、中央的授权试点、我国经济立法“先行先试”的经验积累等为之提供了现实可能,且在中央的授权与激励下,部分地方已经在进行创新发展试验,积累了部分有益经验。但值得关注的是,数字经济领域的地方法治试验,依然面临地方数字法治边界扩张、地方数据保护主义、地方数字治理方式单一等问题,需要对其进行有效规制,只有降低其负面效应,这一经验性治理方式的功用才能得到最大发挥。

参考文献:

- [1] 张守文. 数字经济与经济法的理论拓展[J]. 地方立法研究, 2021(1): 19-31.
- [2] 徐晨, 吴大华, 唐兴伦. 数字经济: 新经济 新治理 新发展[M]. 北京: 经济日报出版社, 2017: 21.
- [3] 张文显. 构建智能社会的法律秩序[J]. 东方法学, 2020(5): 4-19.
- [4] 郑智航. 超大型国家治理中的地方法治试验及其制度约束[J]. 法学评论, 2020(1): 39-50.
- [5] 周尚君. 国家建设视角下的地方法治试验[J]. 法商研究, 2013(1): 3-11.
- [6] 葛洪义. “地方法制”的概念及其方法论意义[J]. 法学评论, 2018(3): 22-30.
- [7] 黄文艺. 认真对待地方法治[J]. 法学研究, 2012(6): 19-23.
- [8] 周尚君. 地方法治试验的动力机制与制度前景[J]. 中国法学, 2014(2): 50-64.
- [9] 付子堂, 张善根. 地方法治实践的动力机制及其反思[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2016(4): 107-117.
- [10] 郑智航. 法治中国建设的地区试验: 一个中央与地方关系的视角[J]. 法制与社会发展, 2018(5): 75-92.
- [11] 章志远. 法治一体建设地区试验型模式研究[J]. 中共中央党校(国家行政学院)学报, 2021(2): 88-97.
- [12] 郑智航. 当下中国地方法治试验的理想类型与实践反思[J]. 国家检察官学院学报, 2021(1): 113-127.
- [13] 丁轶. 地方法治扩散的原理与限度[J]. 法学家, 2021(1): 15-29, 191.
- [14] 柯武刚, 史漫飞. 制度经济学[M]. 韩朝华, 译. 北京: 商务印书馆, 2000: 267.
- [15] 苟学珍. 地方法治竞争: 营商环境法治化的地方经验[J]. 甘肃行政学院学报, 2020(4): 114-123, 128.
- [16] 刘双舟. 法律市场视野中的制度竞争与立法行为选择[J]. 政法论坛, 2010(3): 87-96.

- [17] BRETON A. Competitive governments: An economic theory of politics and public finance[M]. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 1998: 34-38.
- [18] 孙亚忠. 政府竞争论[M]. 南京: 南京大学出版社, 2011: 16.
- [19] 道格拉斯·诺思, 罗伯特·托马斯. 西方世界的兴起[M]. 厉以宁, 蔡磊, 译. 北京: 华夏出版社, 1989: 6.
- [20] 前瞻产业研究院. 2020年中国数字经济发展报告[EB/OL]. (2020-08-21) [2021-12-10]. https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_8836276.
- [21] 张鹏. 数字经济的本质及其发展逻辑[J]. 经济学家, 2019(2): 25-33.
- [22] 卡斯·桑斯坦. 简化: 政府的未来[M]. 陈丽芳, 译. 北京: 中信出版社, 2015: 176.
- [23] 苏力. 当代中国的中央与地方分权: 重读毛泽东《论十大关系》第五节[J]. 中国社会科学, 2004(2): 42-55, 205.
- [24] 赵立斌, 张莉莉. 数字经济概论[M]. 北京: 科学出版社, 2020: 26-36.
- [25] 孙笑侠. 拆迁风云中寻找法治动力: 论转型期法治建构的主体[J]. 东方法学, 2010(4): 3-13.
- [26] 裴长洪, 倪江飞, 李越. 数字经济的政治经济学分析[J]. 财贸经济, 2018(9): 5-22.
- [27] 施塔姆勒. 现代法学之根本趋势[M]. 姚远, 译. 北京: 商务印书馆, 2016: 53.
- [28] 克利福德·吉尔兹. 地方性知识: 事实与法律的比较透视[M]//邓正来, 译. 梁治平. 法律的文化解释. 上海: 生活·读书·新知三联书店, 1994: 126.
- [29] 张文显. 在新的历史起点上推进中国特色法学体系构建[J]. 中国社会科学, 2019(10): 23-42, 204-205.
- [30] 胡光志, 苟学珍. 论地方政府参与金融风险治理的法治困境及出路[J]. 现代经济探讨, 2020(10): 112-119.
- [31] 刘烽, 张梁. 数字经济兴起下经济法的变与不变[J]. 重庆工商大学学报(社会科学版), 2021(4): 130-139.
- [32] 程金华. 地方法制/法治的自主性[J]. 中国法律评论, 2019(3): 42-51.
- [33] 丁轶. 承包型法治: 理解“地方法治”的新视角[J]. 法学家, 2018(01): 18-32, 192.
- [34] 中共中央文献编辑委员会. 邓小平文选(第2卷)[M]. 北京: 人民出版社, 1994: 147.
- [35] 方益权, 项一丛. 从温州模式到温州法治模式: 温州模式与区域法治文明论纲[J]. 探索与争鸣, 2010(12): 48-51.
- [36] 刘莘, 覃慧. 论我国“法制统一”的保障体系: 兼评修正后《立法法》的有关规定[J]. 江苏社会科学, 2015(4): 161-169.
- [37] HERRMANN-PILLATH C. 政府竞争: 大国体制转型的理论分析范式[J]. 广东商学院学报, 2009(3): 4-21.
- [38] 刘志彪. 建设国内统一大市场的重要意义与实现路径[J]. 人民论坛, 2021(2): 20-23.
- [39] 何玉长, 王伟. 数据要素市场化的理论阐释[J]. 当代经济研究, 2021(4): 33-44.
- [40] 陈兵, 赵秉元. 数据要素市场高质量发展的竞争法治推进[J]. 上海财经大学学报, 2021(2): 3-16.
- [41] 沈德咏, 曹士兵, 施新州. 国家治理视野下的中国司法权构建[J]. 中国社会科学, 2015(3): 39-57.
- [42] 杜庆昊. 数字经济协同治理机制探究[J]. 理论探索, 2019(5): 114-120.
- [43] 江必新. 关于多元共治的若干思考[J]. 社会治理, 2019(3): 5-15.
- [44] 贺建风. 新形势下数字经济的发展与治理[J]. 人民论坛·学术前沿, 2020(17): 40-47.
- [45] 陈兵. 法治视阈下数字经济发展与规制系统创新[J]. 上海大学学报(社会科学版), 2019(4): 100-115.

The experiment of rule of law at the local level in digital economy: Theoretical explanation and practical path

HU Guangzhi¹, GOU Xuezheng²

(1. School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China;

2. School of ,Xi'an Jiaotong University, Xi'an 710049, P. R. China)

Abstract: The sudden emergence of digital economy has brought challenges to the order of rule of law, which is an important support for the governance system and governance capacity, and also created a brand-new

demand for the rule of law. Facing the new “governance deficit”, how to provide high-quality “legal products” and build a legal order that is conducive to the development and governance of digital economy has become a top priority. However, digital economy, as a newly emerging thing, is highly dependent on scientific and technological innovation, and is in the process of continuous innovation, development and change, with typical characteristics such as being innovative, border-crossing, virtual and platform-based. The unified rule of law supply from the central level faces many practical difficulties, and it cannot effectively activate the driving force for innovation and development of local digital economy. To this end, the central government adopted the Implementation Plan of the National Digital Economy Innovation and Development Experimental Zone, selected some places to carry out pilot projects on digital economy innovation, development and governance, and encouraged the pilot zones to strengthen institutional innovation and explore local laws and regulations. Against this background, the development of the rule of law in the digital economy, in addition to the central government’s unified promotion of the supply of basic legal systems such as the Personal Information Protection Law and the Data Security Law, has become an issue that has to be paid attention to, such as how it is possible for local governments to access part of the rule of law supply in theory, whether it has a realistic foundation in practice, what challenges it faces and how to overcome them. Based on this, this paper explores the theoretical basis and practical path of the experiment of rule of law in the field of digital economy by means of logical reasoning and empirical analysis. Research finds that the experiment of rule of law at the local level in digital economy is an empirical governance method that effectively responds to the demand of rule of law in digital economy. The theoretical logic lies in taking the whole country’s rule of law as the ultimate destination, taking the exploration of local digital rule of law as the method, paying attention to local trial and error and experience accumulation, taking the organic combination of “top-down” and “bottom-up” as the path choice for the construction of digital economy rule of law, and starting from the interests represented by the central and local governments in the development and governance of digital economy and the realistic difficulties encountered, to construct the rule of law pattern meeting the governance needs with Chinese characteristics. However, the right to create local rule of law granted by the Constitution and its related laws, the authorization and encouragement of the central government to the pilots and trials in innovation-driven development of local digital economy, and the accumulation of digital rule of law development experience of the “pilot projects” in some provinces provide a realistic possibility for a wider and deeper local law-based pilot in this field. Of course, this empirical rule of law path of digital economy also faces challenges such as the expansion of local digital rule of law boundary, local data protectionism, and single local digital governance mode. It needs to be limited by the principle of national legal unity, the goal of national unified market, and the construction of pluralistic co-governance pattern, so as to overcome the disadvantages in the rule of law experiment at the local level of digital economy and give full play to its advantages.

Key words: digital economic governance; demand for rule of law in digital economy; rule of law experiment at the local level; pluralistic co-governance; data flow

(责任编辑 胡志平)