

数字时代行政审批变革及法律回应

余凌云*

摘要:网上行政审批尽管在很多情形下完全可以适用行政法原则与规定,但是,网上审批会产生与系统设计、运行有关的新问题,比如,系统记录的证明效力,因系统设计瑕疵而产生不当结果的责任归属,以及消除系统性偏见等。系统生成决定会对行政法的行政行为理论、透明化要求、证据规则、合法性审查,以及正当程序带来挑战。

关键词:数字化;自动化行政;网上审批;行政许可;自动化决定

在当前改革文本中,行政审批、行政许可这两个概念日趋统一,“应该是划等号的”。^[1]迄今为止,行政审批改革过程大致可以分为两个步骤:一是减量改革,放松规制;二是优化服务品质。经历了二十多轮次的以减少数量为导向的行政审批改革,进入了以提高服务品质为目标的改革阶段。互联网、人工智能、大数据分析、区块链等数字化技术的引入,为组织再造、优化流程、业务协同提供了重要的技术路径。

在“放管服”改革、“互联网+公共服务”加持下,行政审批从线下到线上,线上线下深度融合,逐渐形成一体化、集约化、便捷化、高效化、智能化的现代行政审批模式。随之而来的一个基本问题就是,以行政许可法为基础构建的行政法规范体系与审查框架是否依然适应?可以断定,不太可能完全不适用,否则,有关法律的立改废工作恐怕早已启动。那么要认真对待的问题就变成,在多大程度上、在哪些地方不适宜,需要法律调适呢?本文通过梳理数字化引发的审批变革,针对网上审批实践以及法院裁判上遇到的问题,分别探讨与系统设计运行、系统生成决定有关的法律调适,为我国未来修改行政许可法提供参考。

一、数字化引发的网上审批变革

(一) 对改革实践的另一种叙述

有关网上审批的研究文献汗牛充栋,多是不厌其烦地具体罗列数字化技术应用与实际成效,却极少从深层次揭示数字化应用与行政体制改革、执法规范化建设之间的密切关系。两者实际上必须共同推进,同时发力。从组织法上实现组织结构扁平化,从程序法上再造优化流程,从行为法上实现业务协同,再以数字化技术加持倒逼,这几个环节环环紧扣,层层递进,行政审批改革方能倍道而进。

不明白这层关隘,单靠数字化,无异于缘木求鱼。很难想象,组织法、程序法、行为法上的症结,可以直接在数字化情境中全部破解。“简单地运行先进的技术和网络”,也许能满足部分工作需求,“造就一部分电子行政审批的高效率”,并不能必然地达成“组织结构趋于扁平”“业务流程整体的优化再造”

* 清华大学法学院教授,法学博士。本文系国家社科基金重大项目“大数据、人工智能背景下的公安法治建设研究”(项目编号:19ZDA165)、清华大学自主科研计划资助项目“智慧警务模式下的基本权利保护”(项目编号:2021THZWY13)的阶段性研究成果。

[1] 袁雪石:《论行政许可名称法定——以“放管服”改革为背景》,载《财经法学》2017年第3期,第81页;骆梅英:《行政许可标准的冲突及解决》,载《法学研究》2014年第2期,第46页,注释1。本文也不加区别地使用行政许可和行政审批。

等目标。^[2]“不对具体业务内容、办理事项进行精细化梳理”,很难真正提升政府回应性,反而会因“不精确的‘智能’导航信息”,让群众“多跑路”。^[3]因此,笔者有意从两者相互关系出发,对有关审批改革实践重新进行汇总和盘点。

1. 数字化建设必须建立在行政体制改革、执法规范化之上

为了实现数字化作业,首先,组织结构必须同步进行扁平化调整。其次,业务流程必须优化再造,实现业务协同。相关行政机关之间的管制目标、政策裁量、程序衔接,必须遐迩一体,井然有序。实现行政机关业务的规范化、审批的流程化,以及裁量的标准化。可以说,长期以来,我们致力于法治政府建设,持续推进行政体制改革,大力清理权力清单、责任清单、负面清单,加强行政执法规范化建设。政府之间、各职能部门之间职责权限已经更加明确化、清晰化,基本上实行了执法规范化、文书格式化、裁量标准化。所有这些都为行政审批智能化提供了重要基础。

第一,组织结构的扁平化调整。行政审批改革已经从组织法入手,对碎片化的审批组织职权进行整合,组建行政审批局、政务中心,“成为一个独立运作的行政主体”,^[4]有权对不同部门进行横向组织协调,进行集约型一体化管理,“形成职责分工合理、事权相对独立、相互协调的新型行政审批体制”。^[5]这避免了传统上强调职权法定、各司其职而带来的碎片化审批、审核疏漏、扯皮推诿。

因此,在数字技术环境下,就有可能对审批组织进行扁平化重组的编程设计。在网上审批系统平台上,“一个窗口对外”“一业一证”涉及的所有行政部门审核,都以流程化的作业方式联系在一起,以网络为媒介,通衢广陌,声气相通,可以做到纵向、横向许可集中乃至集成。线下许可的“网状行政许可体制”转化为线上许可的“模块化许可体制”,异地许可、一级审批成为可能。^[6]一以贯之的是整体政府思想,相辅而行的是整体性治理。

第二,实现了标准统一、流程优化、业务协同。由行政审批局、政务中心牵头,清理、整理和汇编有关许可规定,通过各部门协商,厘清许可条件,消除政策分歧,编制行业性、跨部门的“多许可之上的综合性裁量基准”,“公布大量行业联合审批指南和程序性规则”,进一步细化、量化有关许可条件,统一审批政策、标准和口径,明确申报材料种类、格式,并提供范式样本,力求许可要件、流程要素的标准化,从而实现行政机关审查的规范化。这根本解决了长期以来不同审批审核部门在规范、政策、标准上各行其是、龃龉不合。

与此同时,引入数字化技术,才有可能“将跨部门、跨机构的后台办公作业无缝集成到一个系统”,“‘一站式’电子审批服务平台、行政审批电子监察系统和电子绩效考核系统的开发和引进为并联审批、数据共享以及业务协同提供强劲技术手段”。^[7]首先,能够做到减少接触点、精简材料、压缩时限。^[8]一是实现“一个窗口受理”。“一项申请材料一旦录入统一的网上审批平台,即生成唯一识别编号,各个审批机关可以在同一份材料上直接生成审查意见,并通过实时办公系统实现在部门间的转呈流转。”^[9]二是无需申请人反复填报同一信息,向不同部门提交内容交叉重合的多个申报材料;不同部门工作人员也无需重复填写一样信息。三是单一业务流程时限最短化,进而整体缩短跨部门业务流程时限。其次,实现

[2] 张锐昕、伏强:《电子行政审批运行保障体系:基本涵义和构成要件》,载《电子政务》2017年第10期,第56页。

[3] 李晓方、王友奎、孟庆国:《政务服务智能化:典型场景、价值质询和治理回应》,载《电子政务》2020年第2期,第6页。

[4] 郑石明、郑琛、刘哲明:《我国行政服务中心网上联合审批研究——基于整体政府理论的研究》,载《中国行政管理》2012年第9期,第25页。

[5] 钟伟军:《从“一站式”服务到“最多跑一次”——改革开放以来的地方行政审批改革》,载《电子科技大学学报(社科版)》2018年第5期,第72—73页。

[6] 徐继敏:《数字法治政府建设背景下〈行政许可法〉的修改》,载《河南社会科学》2022年第11期,第24—25页。

[7] 包国宪、张蕊:《基于整体政府的中国行政审批制度改革研究》,载《中国行政管理》2018年第5期,第29页。

[8] 顾平安:《“互联网+政务服务”流程再造的路径》,载《中国行政管理》2017年第9期,第28页。

[9] 骆梅英:《行政审批制度改革:从碎片政府到整体政府》,载《中国行政管理》2013年第5期,第24页。

跨部门流程再造。一是可以合并相同工作环节。“由行业主管部门牵头进行联合踏勘,将多阶段部门程序转变为一体化政府流程”。^[10]二是解决了以往的审批碎片化。有条件将原本相对独立的多个许可聚合成复合型的单一许可,采用并联审批、联审联办等方式,解决“先证后照”“先照后证”互为前置关系。将相对人申请不同部门的审批成本,转化成为行政机关之间的内部程序。最后,推行“互联网+监管”,通过监管数据共享,运用大数据、物联网、人工智能、射频识别等手段精准预警风险隐患。

2. 数字化技术能够促进行政审批制度改革

第一,可以倒逼并进一步深化行政审批改革。首先,从技术层面促进行政机关之间合作扁平化、协同作业,“实现从物理空间意义上的集合到功能意义上的整合”,^[11]必然要同步推进行政体制改革、执法规范化建设以及优化审批程序。其次,对海量的关于执法和审批的情境性信息进行智能分析,“可以为‘裁量行政’的‘羁束化’提供依据”,^[12]有助于进一步实现裁量的标准化。

第二,充分发挥数字化技术优势,依据数据而非个人判断,许可决定会更准确、更客观,自动化处理过程也能使产出更一致、更可预测、更高效。^[13]网上行政审批可以具有像私人领域服务一样的回应性(responsiveness)、个性化(personalization),以及提供不打烊服务(offer round-the-clock service)。^[14]具体技术应用包括但不限于:(1)自动填单;(2)智能在线咨询、引导业务办理;(3)自动完成身份认证,“省去了到线下政务服务大厅提交材料证明‘我是我’的不必要操作”;(4)“有效识别出行政审批全流程中的冗余环节和存在的重点难点问题”,提出优化方案;(5)识别重点监管对象,实时追踪与预测。^[15]

第三,还可能改变传统的政务服务采用“公众请求—政府响应”的被动式服务模式,“由被动服务转变为智能营销”。^[16]从企业、行业、金融机构以及行政机关自动导入的大量数据中,精准预判、及时感知、定向推送和智能处置。比如,有关政府补贴、财政资助的审批,无需企业申请,实现“无感审批”。^[17]行政许可的理论构造也可能随之发生彻底改造,不再仅定位为依申请行政行为,也可以是依职权行政行为。

(二) 形成了两类自动化行政审批

审批事项依据内容与结构的复杂性,可分为两类:一是具有相同结构重复性、遵循简单规则、有限可能结果等特征;二是具有不确定性、复杂性的非结构化特征。^[18]与之对应,实践上分别实现了全自动化行政审批和半自动化行政审批。

(1) 全自动化行政审批,亦即“秒批”、智能审批、无人审批。对于结构化审批事项,由于许可条件简明、程序简单,无裁量,具体业务事项与处理结果之间一一对应,形成线性结构,审批流程由系统按照标准化规则自动校验、审核,就可以实现全程无人干预的全自动化审批。比如,深圳已在人才引进、高龄津贴申请、商事登记、网约车/出租车驾驶员证申办、民政、残联等158项高频的堵点痛点领域实现了“秒

[10] 骆梅英:《行政审批制度改革:从碎片政府到整体政府》,载《中国行政管理》2013年第5期,第60页。

[11] 郁建兴、黄飏:《超越政府中心主义治理逻辑如何可能——基于“最多跑一次”改革的经验》,载《政治学研究》2019年第2期,第59页。

[12] 李晓方、王友奎、孟庆国:《政务服务智能化:典型场景、价值质询和治理回应》,载《电子政务》2020年第2期,第7页。

[13] Rebecca Williams, Rethinking Administrative Law for Algorithmic Decision Making, 2 Oxford Journal of Legal Studies 468, 493-494 (2022).

[14] Teresa Scassa, Administrative Law and the Governance of Automated Decision Making: A Critical Look at Canada's Directive on Automated Decision Making, 54 U.B.C. Law Review 251, 252-253 (2021).

[15] 陈涛、冉龙亚、明承瀚:《政务服务的人工智能运用研究》,载《电子政务》2018年第3期,第23—26页。

[16] 刘晓洋:《人工智能重塑政务服务流程的认知逻辑与技术路径》,载《电子政务》2019年第11期,第107页。

[17] 《上线!“无感审批”来了!》,载“江宁发布”微信公众号,2022年11月16日。

[18] 刘晓洋:《人工智能重塑政务服务流程的认知逻辑与技术路径》,载《电子政务》2019年第11期,第108页。

批”，“即报即批、即批即得”。^[19]其中的算法是“人工智能‘专家系统’”(artificial intelligence ‘expert systems’),是“基于规则的系统”(rules-based systems),这些系统复杂但透明,程序员可以完全精确控制其所遵循的“如果—那么”规则(‘if-then’ rules)。^[20]

(2) 半自动化行政审批。行政机关在数字技术的辅助下只能实现线上线下深度融合、人工介入和数字化技术处理相结合的半自动化行政审批。比如,系统自动完成受理,形成业务编号,提供智能比对,出具审批报告,还需要经过人工现场检查、核验、发证。线上线下深度融合与转换过程中,在申请、受理、审查、决定、证照制作、公开送达等流程、阶段与环节上可能有人工介入作出的决定,也可能是自动生成的决定。比如,经过数据核对,对欠缺材料或者不符合条件的,自动生成不予受理决定、审核不通过决定等。

之所以线上线下、人工介入与数字化技术处理相衔接的半自动行政审批居多,究其原因,就大多数行政许可而言,都具有非结构化特征。第一,非结构化意味着需要大量裁量。自动化的高级阶段就是基于机器学习的算法系统(machine learning algorithm),似乎可以处理裁量问题。但是,首先,机器学习系统通常是将一个单一的统计模型统一应用于所有决策,产生一致的输出,却不考虑个案差异,可能会构成对裁量的不适当拘束。^[21]其次,行政决定完全建立在机器自我学习的算法系统上,行政机关将无法解释算法如何工作。决定也很难获得法官支持。^[22]第二,即便通过裁量基准技术,尽可能压缩裁量,实现平等对待,但是,对于微观的基准构建,多数时候很难给出一个具体的“数目字”建议,^[23]难以实现业务的标准化、数字化。比如,无法通过技术手段准确识别、量化和评估的公共服务需求,还必须采用专题协调会,由政府运用法理权威召集涉及特定公共服务的部门进行专门协调。^[24]又比如,对于非标准化业务事项的,系统只能推送至人工审核环节。^[25]因此,对于非结构化的行政审批,需要结合人工智能与人类经验的相互优势进行审批决策。^[26]

(三) 数字化技术运用带来的法律问题

可以说,有关线下行政许可存在问题及对策的研究成果车载斗量。但是,线上或者线上线下相结合的网上行政审批遇到的法律问题,只在人工智能、互联网和政务服务、网上行政审批等有关文献中有只言片语的提及,以及寥寥几篇探讨自动化行政、电子政务、数字政府与行政许可关系的行政法论文,总体上远未引起行政法学者的足够关注。

归纳起来,已关注的问题包括:(1) PIN码认证、短信验证码认证、指纹认证、人脸识别等身份认证方式,“安全性仍然需要改进”。^[27](2) 电子文件、电子证照、电子签名、电子档案在政务活动中的法律效力

[19] 《推动无人干预自动审批(秒批)改革(深圳做法)》,载广东省人民政府网:http://www.gd.gov.cn/gdywdt/zwtz/szhzy/jyjt/content/post_2906394.html,最后访问日期:2023年2月10日。

[20] Rebecca Williams, Rethinking Administrative Law for Algorithmic Decision Making, 2 Oxford Journal of Legal Studies 468, 470 (2022).

[21] Jennifer Cobbe, Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision-Making, 39 Legal Studies, 647 (2019).

[22] Lucie Cluzel-Métayer, The Judicial Review of the Automated Administrative Act, 1 European Review of Digital Administration & Law 101, 102 (2020).

[23] 骆梅英:《行政许可标准的冲突及解决》,载《法学研究》2014年第2期,第49—50页,第59页。

[24] 郁建兴、黄飏:《超越政府中心主义治理逻辑如何可能——基于“最多跑一次”改革的经验》,载《政治学研究》2019年第2期,第59页。

[25] 陈军梅、童健华:《从“网上登记”到“人工智能+机器人”——广州市全程电子化商事登记的探索与实践》,载《中国市场监管研究》2018年第5期,第34页。

[26] 刘晓洋:《人工智能重塑政务服务流程的认知逻辑与技术路径》,载《电子政务》2019年第11期,第109页。

[27] 林立磐:《人工智能在电子政务公共服务领域的应用研究》,载《自动化应用》2018年第7期,第157页。

不明确,严重制约了网上办事全流程一体化的深度和广度。^[28](3)人工智能算法并不具有责任承担的主体性资格,政务服务中人工智能机器人自动化受理、审批与监督的主体责任缺失、模糊不清。^[29](4)“人工智能+政务服务”的发展需要政府各部门开放更多的数据,而数据的集中、开放将进一步带来数据安全和数据隐私的问题。^[30](5)实践上多通过电子化方式告知,如发送短信、平台告知等,却缺少法律依据。(6)以自动化方式作出许可审查,可能会遭遇事实认定、法律适用的局限性,证据规则不完全适应,以及因技术风险而侵蚀程序正义。^[31]

客观地看,我们面临的法律问题,大致可以分为两类:一是在传统执法上就不时存在,甚至难以克服,并被带入了数字化领域,似乎也成为了数字化产生的问题。比如,线上线下相结合之中引入的告知承诺、容缺后补、先证后核等,缺少规范支撑,形式合法性不足,会引发市场投机风险。^[32]二是因数字化技术运用直接导致的新问题。解决这两类问题的思路有所不同。对于前者,“礼失而求诸野”,应当从进一步完善法治政府建设、深化网上行政审批制度改革入手;对于后者,亦为本文所关注,应当从技术路径、规范调整、法理重构去寻求新的法治平衡。

二、法院裁判上的问题

《最高人民法院关于行政案件案由的暂行规定》(2020年12月7日最高人民法院审判委员会第1820次会议通过,自2021年1月1日起施行)以及我国2017年行政诉讼法第12条第(三)项都采用了行政许可而非行政审批,行政许可包括工商和社会团体登记、机动车驾驶证、特许经营以及各类许可。由于官方文件习惯采用行政审批,法院裁判中也不免混同使用。法院判决涉及的具体许可事项,略窄于行政审批范围,比如,“对产业项目予以资金扶持,并非行政许可行为,不适用行政许可法的规定”。^[33]那么,法院在行政审批上遇到了哪些网上审批纠纷,又持怎样态度呢?

(一) 对于数字化技术引入行政许可引发的变革,法院基本上持肯定态度。

在“王某2、南昌市公安局青云谱分局公安行政管理:其他(公安)二审行政判决书”中,^[34]户口迁入地公安机关借助现代信息化平台的建设,通过人口信息管理系统来查询、核实迁出地公安机关录入的相关户口信息,从而简化了相对人来回往返的程序义务,同时户口迁移审批模式也由原先的纸质流转升级为网上审批流转模式。一审、二审法院均认为:“一站式办理户口迁移与放管服改革精神深度契合,应予以肯定”,“现代科技的运用有利于提高政府服务效率,符合行政高效便民原则”,“减轻了公民办理户口迁移登记应当履行的程序性义务”。

(二) 对于网上审批,行政法官依然是以线下审批的法律规定作为衡量标准。

对于很多线上审批产生的争议,行政法官很自然会倾向采用与线下审批一致的审查方法与法律要求,而且依然顺手,处理结果也毫无违和感。因此,也不会提出什么立法修法需求或者法律规则调适。

[28] 翟云:《整体政府视角下政府治理模式变革研究——以浙、粤、苏、沪等省级“互联网+政务服务”为例》,载《电子政务》2019年第10期,第38页。

[29] 刘晓洋:《人工智能重塑政务服务流程的认知逻辑与技术路径》,载《电子政务》2019年第11期,第110页。

[30] 仇卫文:《人工智能技术在政务服务领域的应用与难点》,载《电子技术与软件工程》2017年第20期,第260页。

[31] 唐曼:《自动化行政许可审查的法律控制》,载《现代法学》2022年第6期,第93页;严若冰、白利寅:《数字政府背景下的行政许可证据规则研究》,载《河南社会科学》2022年第11期,第42—43页。

[32] 卢超:《行政许可承诺制:程序再造与规制创新》,载《中国法学》2021年第6期,第84页。

[33] “深圳尼奥库珀数字科技有限公司与深圳市发展和改革委员会一审行政判决书”,参见广东省深圳市盐田区人民法院(2019)粤0308行初1720号行政判决书。

[34] 参见南昌铁路运输中级法院(2020)赣71行终43号行政判决书。

(1) 网上审批流程应当与纸质审批程序一致。线上线下都应当遵守法定流程,系统设计的流程也必须体现法定程序环节及次序。在“周某等与南通市城乡建设局等城建行政其他上诉案”中,^[35]行政法官指出,行政机关“应当做到网上审批流程与纸质审批流程的统一”,“避免引发行政相对人对行政行为合法性的合理怀疑”。

(2) 平台处理人员与审核人数要求一致。网上审批流程设计不能单从技术便利出发,不考虑与法律要求一致。在“祝某等诉广州市司法局等登记案”中,^[36]我国2003年行政许可法第34条规定,核查应由两名以上工作人员实施。在线平台在每个办理事项流程上就不能仅设置一名处理人员。

(3) 在网上以公示方式告知,必须实际有效。在“深圳市龙华新区可乐园小区第二届业主委员会诉深圳市生态环境局龙华管理局环境行政许可案”中,行政法官认为,应当直接告知当事人有申请听证的权利,在网上提供与听证有关的建设项目环境影响评价文件名称,并能正常下载阅读。^[37]

(4) 无论线上线下审批,行政机关都不得随意增加许可条件。在“三亚市住房和城乡建设局与三亚东镗岛地产有限公司行政许可二审行政判决书”中,^[38]法院判定行政机关自行增设了办理施工许可证条件。

(5) 严格区分法定程序与非法定程序。在“万某某、天津经济技术开发区行政审批局二审行政判决书”中,^[39]行政机关当场受理、当场审批、当场出件之后,为了统计和管理行政审批事项,还需要第三人和被告在网上进行有关数据补录。这不属于法定程序。纸质审批与网上补录数据之间出现的时间差,“并不影响被诉行政许可行为的合法性”。

(6) 推送短信具有催告功能。在“田某某、济宁市公安局交通警察支队公安行政管理:道路交通管理(道路)二审行政判决书”中,^[40]交警支队通过交通安全综合管理服务平台推送短信告知至预留手机号码,“告知原告田某某尽快办理换证业务,逾期一年未换证将被注销”。法院认可,这具有催告作用。经过短信告知,当事人未按期换证,系统自动注销驾驶证登记,符合正当程序要求。

(7) “不见面审批”只作形式审查。智能审批和网上办理模式改变传统纸质审批方式,代之以电子化资料上传核查,证照也多采取电子版本。与线下审批一样,对于“不见面”审批,只要求形式审查。在“顾某某与南通市通州区行政审批局行政批准、行政许可一审行政判决书”中,^[41]行政法官认为,只要申请人提交的材料,系统自动调取的电子材料,符合法律规定,许可条件就可以成就。在“林某与东莞市市场监督管理局质量监督检验检疫行政管理:其他(质量监督)一审行政判决书”中,^[42]行政法官认为,行政机关当初形式审查“已经尽到了审慎审查义务”,“其允许福定公司设立登记的行为不违法”。事后发现申请材料存在冒用他人名义,“登记机关应当撤销设立登记”。

(三) 线上审批出现的新问题

在处理与线上审批方式有关的纠纷上,法院也遇到了一些棘手问题,要么网上审批未能落实行政法原则和规定,要么法官在裁判意见上函矢相攻、螭螭相喧。

1. 系统流程与记录

平台将线下申请、受理、核查、审批、监督等环节编程为线上审批流程。有关争议主要围绕着行政机

[35] 参见江苏省南通市中级人民法院(2015)通中行终字第00256号行政判决书。

[36] 参见广州铁路运输中级法院(2017)粤71行终1001号行政裁定书。

[37] 参见深圳市中级人民法院(2019)粤03行终1011号行政判决书。

[38] 参见海南省三亚市中级人民法院(2019)琼02行终40号行政判决书。

[39] 参见天津市第三中级人民法院(2020)津03行终298号行政判决书。

[40] 参见山东省济宁市中级人民法院(2020)鲁08行终365号行政判决书。

[41] 参见江苏省南通经济技术开发区人民法院(2018)苏0691行初99号行政判决书。

[42] 参见广东省东莞市第一人民法院(2019)粤1971行初151号行政判决书。

关在线上作业过程中所形成的信息具有怎样的效力。

(1) 认可人面识别身份认证。审批服务系统平台运用了语音识别、图像识别、自然语言处理等认知技术,在线对申请人进行身份认证。在“龚星某、龚文某等与毕节市工商行政管理局金海湖新区分局工商行政管理(工商)一审行政判决书”中,^[43]当事人按照有关身份识别流程,下载了身份认证软件,做了面部扫描识别。即便事后当事人对其真实性提出质疑,行政法官仍然支持行政机关,认为“事实清楚、程序合法”。

(2) 系统记录能否证明流程次序,法院不置可否。在“关某某、罗某某等与阳江市住房和城乡建设局城乡建设行政管理:城市规划管理(规划)一审行政裁定书”中,^[44]行政机关以系统全过程均有记录,证明不可能出现当事人质疑的倒签时间问题。但是,法官不予置评。

(3) 系统记录可以证明系统运行正常。在“陈某某、方某某等与杭州市萧山区住房和城乡建设局城乡建设行政管理:其他(城建)一审行政判决书”中,^[45]法院完全认可了被告以事发当日系统记录进行举证,证明被告没有关闭网上备案系统,限制商品房的网签。

(4) 网上审批系统与流程不能证明行政机关具有审批权限。在“朝阳新华铝业有限责任公司与喀喇沁左翼蒙古族自治县人力资源和社会保障局一审行政判决书”中,^[46]被告试图用朝阳市人力资源和社会保障信息系统,“证明全辽宁省都是这个信息系统”,“也都是行政机关审核,不存在超越职权”。法院在证据审核时不予采信,认为被告在网上审批工伤保险待遇的流程,不能证明被告自身具有审核工伤保险待遇的权利。“因为行政权力是法律行政法规赋权,不应因办事方式而自行设定。”

2. 系统设计

因系统设计存在缺陷,与法律规定违和,行政机关自身又无权修复,由此产生了不少争议。

(1) 系统提供选项是否周延。在“王某某与中华人民共和国司法部司法考试报名资格行政纠纷上诉案”中,^[47]当事人抱怨网上报名系统提供的选项不周全,致使其无法正常报名。行政法官对选项是否周延存而不论、避而不答,而是直接依据法律规定,判断当事人是否符合报名资格。

(2) 没有加盖本行政机关专用印章。我国2003年行政许可法第32条规定:“行政机关受理或者不予

[43] 在“龚星某、龚文某等与毕节市工商行政管理局金海湖新区分局工商行政管理(工商)一审行政判决书”中,原告诉称,他虽然进行面部扫描识别验证,但未签字。被告认为:“申请人申请公司股权变更,公司所有股东须下载国家工商总局官方开发的身份验证软件‘登记注册身份验证’,进行面部扫描识别验证身份真实性,并选择是否进行变更登记确认。龚文某按照我局要求进行了上述操作,表明其同意转让公司股权给第三人系本人真实意愿表达。”法院认为:“被告通过对本案依法认定的证据进行形式审查后作出变更登记,且在变更登记时原告龚文某面部扫描识别验证同意变更登记后才作出的涉案登记,故被告作出的涉案变更登记认定事实清楚、程序合法。”参见贵州省大方县人民法院(2020)黔0521行初240号行政判决书。

[44] 参见广东省阳江市阳东区人民法院(2017)粤1704行初44号行政裁定书。

[45] 在“陈某某、方某某等与杭州市萧山区住房和城乡建设局城乡建设行政管理:其他(城建)一审行政判决书”中,《城市商品房预售管理办法》(2004年)第10条第1款规定:“商品房预售,开发企业应当与承购人签订商品房预售合同。开发企业应当自签约之日起30日内,向房地产管理部门和市、县人民政府土地管理部门办理商品房预售合同登记备案手续。”原告诉称:“被告为了人为调整杭州市商品房交易均价统计,限制了商品房的网签,关闭了网上备案系统,因此导致其于2017年3月28日无法在系统上完成商品房预(销)售合同的备案。”被告举证,房地产公司在提交备案时均由网上备案系统自动识别并生成备案信息,无需萧山住建局进行人工操作。2017年3月28日当天,案涉网上备案系统存有多笔成交备案记录。这说明当天系统运行没有出现原告所谓的故障。法院完全予以认可,认为:“网上备案系统并非由被告负责运行和管理,商品房买卖合同备案过程均由该系统自动识别并完成,无需被告工作人员手工操作,而原告亦无证据证明被告为调整杭州市商品房交易均价统计,人为限制商品房买卖合同备案(网签)。”参见杭州市萧山区人民法院(2018)浙0109行初228号行政判决书。

[46] 参见辽宁省喀喇沁左翼蒙古族自治县人民法院(2020)辽1324行初16号行政判决书。

[47] 在“王某某与中华人民共和国司法部司法考试报名资格行政纠纷上诉案”中,王某某通过司法部网站登录国家司法考试信息服务网的网上报名系统,因填报报名信息时学历信息处仅有“已毕业或2016年应届毕业生”以及“普通高等学校2017年应届毕业生”两种类别可供选择,王某某无法完成填报报名信息。一审、二审法院认为,王某某报名时系成人高等教育学生,尚未毕业,不符合《国家司法考试实施办法》规定,也不符合164号公告中关于高等学校本科毕业的报名条件。参见北京市高级人民法院(2017)京行终1887号行政判决书。

受理行政许可申请,应当出具加盖本行政机关专用印章和注明日期的书面凭证。”在“唐河大中原石业发展有限公司与南阳市自然资源和规划局资源行政管理:其他(资源)一审行政判决书”中,^[48]对于网上申请,行政机关没有出具加盖专用印章的受理书面凭据。法院认为“并无不妥”。没有要求行政机关应当加盖电子印章。

(3) 行政机关应为网上系统设计缺失承担责任。在“湖北楚天海钧围棋培训中心与湖北省体育局体育行政管理(体育)一审行政判决书”中,^[49]系统开放时间与法律规定不尽一致,没有严格依据法律规定,按照业务主管部门初审、登记管理机关年审的两个时间段设计,开放时间跨越了两个时间段。行政法官没有执拗于法律规定的初审提交材料时间的规定,而是认为,“只要原告在网上成功提交了申请”,就推断行政机关已经受理。网上审批系统毕竟是行政机关提供,行政机关应当为网上系统设计不周密承担责任。

(4) 法院判决如何执行。一些地方、部门信息化建设较快,已经完全实现了在系统服务平台上办公。软件设计却没有兼容实践的林林总总,法院裁判也不会迁就系统设计与操作的可执行性,因此,产生了原本在人力执法不可能遇到的执行问题。在“马某与四平市公安局交通管理支队履行法定职责一案一审行政判决书”中,^[50]《机动车登记规定》(2012年)第49条与我国2011年道路交通安全法第13条规定不一致。公安部根据《机动车登记规定》(2012年)第49条设计平台程序。机动车检验合格标志统一由公安交通管理综合应用平台打印。案涉车辆存在违法行为而未处理,受应用平台管理系统的限制,无法打印出检验合格标志。被告提醒法院,“假如法院支持了原告的诉请,车管所客观上也无法办理”。但是,法院却根本不考虑系统限制,坚持认为,“公安交通管理部门核查发现机动车存在交通违法未处理,可依法定程序对其作出相应的行政处罚,不应以此作为核发检验合格标志的法定条件”,要求被告给当事人打印检验合格标志。

3. 系统生成结果

与系统自动生成决定相关的各种争议也不少。

(1) 尚未完全接受自动化决定。涉及行政机关是否存在行政职权和行政职责,是否作出了行政决定,法院不以系统自动归集、自动生成结果为准,而是直接依据有关法律规定。在“昆藤精密工业(深圳)有限公司、广东省人民政府工伤鉴定行政复议纠纷二审行政判决书”中,^[51]根据《工伤保险条例》(2010年)第26条规定,对劳动能力鉴定委员会作出的鉴定结论不服,应当向省级劳动能力鉴定委员会提出再次鉴定申请。昆藤公司通过省网上办事大厅向省劳动能力鉴定委员会申请再次鉴定。但广东省网上办事大厅系统显示,当事人提出的再次鉴定申请由广东省人社厅作出了不予受理的答复,并载明可复议和诉讼。广东省人社厅解释,因网上审批系统出错,导致自动默认重新申请鉴定的审批事项由广东省人社厅办理,办理结果自动生成救济途径。对于该系统错误,已经通过省信息中心及时改进了省网上办

[48] 参见河南省南阳市宛城区人民法院(2019)豫1302行初71号行政判决书。

[49] 在“湖北楚天海钧围棋培训中心与湖北省体育局体育行政管理(体育)一审行政判决书”中,根据《民办非企业单位登记管理暂行条例》(1998年)第23条的规定,即“民办非企业单位应当于每年3月31日前向业务主管单位报送上一年度的工作报告,经业务主管单位初审同意后,于5月31日前报送登记管理机关,接受年度检查”。民办非企业单位自2010年度年检开始实施网上填报,业务主管单位和民政厅实行网上审批,网上年检系统开放时间为每年3月1日至5月31日。2018年4月19日,原告在“湖北社会组织网”网上办事大厅提交了2017年年检申请材料。法院认为:“‘湖北社会组织网’年检网页仍未关闭,只要原告在网上成功提交了申请,仍然可以参加当年的年检。湖北省范围内多家体育类民办非企业单位于2018年4月、5月才提交年检材料,均迟于原告申请的时间,被告仍然进行了年检初审,故被告以原告未在法定期限内提交年度报告作为‘未给予初审意见’的抗辩理由不能成立。”参见湖北省武汉市武昌区人民法院(2018)鄂0106行初148号行政判决书。

[50] 参见吉林省四平市铁东区人民法院(2019)吉0303行初69号行政判决书。

[51] 参见广东省高级人民法院(2019)粤行终995号行政判决书。

事系统。法院认可了上述解释,直接以“对工伤职工劳动能力的重新鉴定,不属于广东省人社厅的行政职责”为由,认为系统自动生成的“不予受理”结果“不应视为省人社厅作出的行政审批行为”。

(2) 对于分阶段的行政行为,下级行政机关负责的初步审核结果是否可诉,法院与复议机关意见相左。在“广州君捷贸易有限公司与广东省商务厅经贸行政管理(内贸、外贸)一审行政裁定书”中,^[52]君捷公司在商务部的进出口许可证管理平台之非机电产品自动进口许可证签发系统上提出砂糖进口许可申请,省商务厅在网站上出具审核意见为“初审不通过”。当事人向省政府申请行政复议,省政府却作出《驳回行政复议申请决定书》,认为“被申请人在该平台上‘初审不通过’的相关操作,实为政府内部管理行为,所产生的法律后果应由商务部承担”。法院却认为初审不通过决定可诉。

(3) 何时生效不明确。在审批服务系统平台上已经通过审批流程,也可以从项目办理进程查询到评审通过的结果,这是否就意味着行政机关作出了已生效的行政行为?还是尚待生效,必须正式打印出行政决定,并颁发给当事人,以实际送达为生效时间?对此,行政法官似乎意见相左。在“宝鸡市吉上吉烟花爆竹有限公司与宝鸡市应急管理局行政确认二审行政裁定书”中,^[53]行政机关已经在网上作出审批决定,但尚未颁发许可证。行政机关发现“当事人利用网上的密钥进行虚假变更”,终止了网上的流程,委派其工作人员代领许可证,作出不予受理通知书。法院也表示认同,认为审批机关“并未作出书面决定并颁发行政许可证件”,“其代领并扣押该证件,属于在颁发前的内部审查行为,该行为不产生外部法律效力”,是“自行纠错行为”,对当事人合法权益明显不产生实际影响。但是,在“三亚市住房和城乡建设局与三亚东锣岛地产有限公司行政许可二审行政判决书”中,行政法官认为,系统生成审批结果就应当视为作出行政行为,颁发许可证仅为随附义务。^[54]

(4) 行政机关要对系统自动生成决定的合法性举证。在“安徽省李明运动用品有限公司与蒙城县自然资源和规划局行政许可二审行政判决书”中,^[55]当事人在网上提交的材料“是否符合蒙城县城市总体规划”,行政法官要求行政机关举证证明,不能因为系统识别核查材料,并自动生成“不予受理决定”,就可以推定证明材料不符合总体规划。

(5) 没有践行正当程序的要求。在“何某某诉皋兰县公安局交通警察大队其他行政行为案”中,^[56]被告将原告的违法行为录入公安交通管理综合应用平台,系统自动对原告的驾驶执照B2降为C1。法院认为:“被告对行政许可予以注销和变更,未告知原告决定内容,不符合程序正当原则。”在

[52] 参见广州铁路运输第一法院(2017)粤7101行初2706号行政裁定书。

[53] 参见陕西省宝鸡市中级人民法院(2021)陕03行终26号行政裁定书。

[54] 在“三亚市住房和城乡建设局与三亚东锣岛地产有限公司行政许可二审行政判决书”中,当事人与行政机关之间就审批系统审批结果的效力产生争议。当事人认为,审批系统同意颁发许可,当事人就已经获得许可,行政机关应当颁发许可证。但是,行政机关认为:“三亚市住建局为加快审批速度,营造良好的投资环境,同意此类项目先通过海南省建筑工程施工许可管理信息系统审批,再进行纸质版材料的审批。《建筑工程施工许可证》的颁发必须经过网上审批及现场纸质审批,确定符合法律法规的规定后才能予以颁发。网上审批结束后系统会自动生成《建筑工程施工许可证》的编号,但该编号的生成并不意味着该施工许可证已经生效,且系统生成的《建筑工程施工许可证》,没有发证机关的印章,故网上系统生成《建筑工程施工许可证》并不是已生效的《建筑工程施工许可证》。”一审、二审法院没有对系统通过审批的效力明确发表意见,但实际上是支持了当事人的主张。参见海南省三亚市中级人民法院(2019)琼02行终40号行政判决书。

[55] 在“安徽省李明运动用品有限公司与蒙城县自然资源和规划局行政许可二审行政判决书”中,被告行政机关辩称:“案涉建设工程许可申请是按照规程通过网上办事流程上传材料,因上诉人提供的材料不符合蒙城县总体规划,2012—2030总体规划明确该地块为二类居住用地,上诉人提供的国有土地使用证用途为企业用地,在网上申请自动生成不予受理决定,不属于被上诉人未尽到合法、合理、审慎审查职责。”法院认为:“被上诉人蒙城县规划局提供的证据未对涉案土地位置予以注明,规划图也未详细标注涉案土地位置,无法证明是否符合蒙城县城市总体规划。”参见安徽省亳州市中级人民法院(2020)皖16行终24号行政判决书。

[56] 参见兰州铁路运输法院(2017)甘7101行初208号行政判决书。

“沈某某与延吉市公安局交通警察大队许可上诉案”中,^[57]法院指出:“尽管有关行政许可和道路交通法律、法规及规章等对本案涉及的注销机动车驾驶证的程序没有作出具体规定,公安交通管理部门目前采取的是由计算机管理系统自动注销机动车驾驶证的方式,但本案争议的注销行政许可及类似行为,涉及行政相对人的重大权益,公安交通管理部门在作出注销行为前及注销后应当通过适当方式履行向权利人告知的义务。”

(6) 尚未充分发挥电子证照的应用优势。在“梁某与佛山市人民政府、佛山市公安局交通警察支队高速公路一大队、道路交通管理(道路)一案行政一审判决书”中,^[58]法院认为:“由于原告经提醒后未向执勤民警出示驾驶证电子凭证以便检查核实,不应视为其驾驶机动车时随车携带了驾驶证。”在“湖南俊熙建设工程有限责任公司、花垣县住房和城乡建设局二审行政判决书”中,^[59]法院认为,上海市《关于本市开展建设工程企业资质电子化审批试点工作的通知》,不具备普遍适用性。“湖南省尚未出台相关规定,不能当然推定湖南省认可电子证书可以取代资质证书原件进行经营活动。”

(7) 平台公示要求不一。在“武汉市洪山区当代光谷智慧城小区第二届业委会诉湖北省生态环境厅、中华人民共和国生态环境部、第三人武汉地铁集团有限公司行政许可案”中,^[60]对于在线审批平台公示,法官表现出极大的宽容。只要行政机关对审批系统服务平台的启用事先发布过公告,且在政府官网上有链接,可以检索查找到平台发布的信息,行政机关在平台上履行法律要求的公示程序就“并无不妥”。在“青海纳瑞亚生物科技有限公司诉西宁市食品药品监督管理局确认行政违法案”中,^[61]当事人已有许可证文本,就足以证明其已有许可,可以据此取信于交易方。即便政府网站上没有公示许可证信息,这尽管违法,却不致于侵害当事人权益。

诚如上述法院裁判以及很多理论研究所揭示的,数字化技术运用产生的问题,在很多情形下,与已有法律规则的适用之间并不违和,可以采用与线下审批一样的合法性审查技术进行审查。“现有的行政法原则大多数已经可以适应整个行政国家广泛采用自动化的情况。”^[62]只是在一些情形下出现了裂隙,这大致可以分为两类:一是涉及系统的设计和运行;二是与系统自动生成决定有关,它们可能引发有关公正、透明、正当程序、问责等问题,需要予以特别关注。

在解决问题的基本思路上,涉及的法律规则不能通过法解释解决的,就应当考虑重构法律规则,调整审查技术,以便有效控制数字化技术的运用。在价值层面上,数字化技术应用于行政许可,不仅同样要遵守行政许可法规定的公开、公平、公正、非歧视、便民、程序正当、合法预期保护原则,还应实现系统的可控性、可解释性,有助于相对人充分实现其权利和自由,优化营商环境,激发市场主体发展活力和社会创造力,而不是相反。

[57] 参见吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院(2015)延中行终字第31号行政判决书。

[58] 《关于做好机动车驾驶证和行驶证电子凭证服务应用工作的通知》[广公交(传)字[2018]248号]第2条第(一)项规定,民警路面执法检查驾驶人证件时,如出现驾驶人忘记携带实体驾驶证、行驶证的情况,允许其出示“广东交警”微信公众号或“粤省事”微信小程序里的电子凭证,民警通过PDA或经过系统核实后视为持有驾驶证、行驶证,不得以“未随身携带驾驶证、行驶证”为由对驾驶人进行罚款、扣车。在该案中,交警要求原告出示驾驶证,原告未随身携带驾驶证,告知交警其已办理了驾驶证电子凭证。交警提醒原告出示驾驶证电子凭证,原告未予出示,而是要求交警去核查。交警随后通过系统查证了原告具有驾驶资格。交警以未随车携带驾驶证为由作出行政处罚。广东省佛山市顺德区人民法院(2019)粤0606行初1045号行政判决书。

[59] 参见湖南省湘西土家族苗族自治州中级人民法院(2021)湘31行终1号行政判决书。

[60] 参见湖北省武汉市洪山区人民法院(2018)鄂0111行初105号行政判决书。

[61] 参见青海省西宁市城北区人民法院(2017)青0105行初55号行政判决书。

[62] [美] 卡里·科利亚尼斯:《自动化国家的行政法》,苏苗罕、王梦菲译,载《法治社会》2022年第1期,第48页。

三、明确与系统设计运行有关的法规范

为了优化整合各类数据,打破数据孤岛、系统壁垒,系统平台均由顶层设计,由上级负责开发、管理和维护,要求下级行政机关在一体化政务服务平台上办理审批业务。在上下各级行政机关之间分配系统操作权限。系统操作权限配置,不是技术分权或者分工,而应契合职权法定、权责一致。网上审批的系统操作过程,践行着行政许可法要求的各个程序环节,全过程留痕记录,可回溯性查验。系统操作权限、操作过程,以及作为基础的系统设计运行,都与行政权及其行使彼此呼应,息息相关。这是我们解决涉及系统法律问题的出发点。

(一) 系统操作记录原则上具有证明效力

以服务客户为导向的数字化技术应用,线上行政许可流程环环相扣,处处留痕,申请人可以随时查询行政许可进展,行政许可过程愈加透明化。“区块链技术的推广运用和数字审计系统的建设保证了在线政务过程信息的全面留存。”^[63]系统操作记录因此具有相对可靠性。

第一,应当认可人面识别认证。申请人启动在线申请行政许可,一般要提供姓名、身份证号码、手机号码、身份证(或同类证件)正反面扫描件、人脸识别信息。这就已经完成了对自己身份的初步证明。^[64]不宜求全责备、层层加码。即便像国家税务总局规定那样谨小慎微,在登录系统时要提示签署《告知书》《服务协议》,方能进行人面识别认证,也不见得可以确保万无一失,且成本极高,“可能会导致人脸识别技术应用对效率的追求异化”。^[65]况且人面识别身份认证已广泛运用于金融、电信等领域,无论从有效性、可接受性还是适宜性看,^[66]该技术没有明显瑕疵。若不认可认证结果,查证难度极大。在“龚星某、龚文某等与毕节市工商行政管理局金海湖新区分局工商行政管理(工商)一审行政判决书”中,^[67]法院也不轻易否定人面识别验证身份的有效性。

第二,假如网上审批严格依照流程次序步骤操作,循序渐进,无法跳跃,也不能人为修改,系统记录就可以证明程序合法。在“关某某、罗某某等与阳江市住房和城乡建设局城乡建设行政管理:城市规划管理(规划)一审行政裁定书”中,^[68]行政机关就以规划许可从申请至办结全过程均有系统记录,证明不存在时间倒签。

第三,通过在线网站发起电子申请业务,同时报送纸质材料。纸质材料流程必须结合电子流程同时处理。如果网上审批记录与纸版材料不一致,应当进一步查清事实。但是,在“周健等与南通市城乡建设局等城建行政其他上诉案”中,^[69]行政法官却以纸版为准。这显然过于武断,与“线上线下一套材料”不相吻合。

(二) 系统设计瑕疵责任应当归属行政机关

电子行政审批系统由行政机关主动选择作为行政审批的产出方式或者辅助手段,也由行政机关负责维护、更新,行政机关就应当保证系统的可靠性、可控性和可解释性。但因受数字化技术发展水平、行政机关与技术企业合作深度限制,系统不免存在设计瑕疵或者运行失常,比如,运行不稳定、不可靠,设

[63] 严若冰、白利寅:《数字政府背景下的行政许可证据规则研究》,载《河南社会科学》2022年第11期,第46页。

[64] 严若冰、白利寅:《数字政府背景下的行政许可证据规则研究》,载《河南社会科学》2022年第11期,第44页。

[65] 姜野:《由静态到动态:人面识别信息保护中的“同意”重构》,载《河北法学》2022年第8期,第138页。

[66] 余凌云:《数字政府的法治建构》,载《中国社会科学院大学学报》2022年第1期,第105页。

[67] 参见贵州省大方县人民法院(2020)黔0521行初240号行政判决书。

[68] 参见广东省阳江市阳东区人民法院(2017)粤1704行初44号行政裁定书。

[69] 上诉人认为,根据网上审批流程显示,被上诉人出具备案证明书的时间早于领导审批时间,被诉行为程序不合法。二审法院认为:“从被上诉人提供的纸质材料看,其审批流程中并未出现时间倒签的问题。”参见江苏省南通市中级人民法院(2015)通中行终字第00256号行政判决书。

计不周延、与法律规定不一致,进而产生的有关责任应当都归属行政机关,不能将技术系统带来的法律风险转移给相对人。

(1) 网上审批平台系统的稳定性、可靠性。申请人按照要求的格式上传电子资料,系统却未收到、数据部分丢失或者无法正常读取,系统在升级过程中自动丢失数据或者变更信息,以及自动生成的决定文书中案件编号发生重号、落款单位与实际不符等,这些差错的责任均应归属行政机关。行政机关也会产生相应义务,包括但不限于:立即联系申请人,重传、补传有关数据材料;不得以材料不全、有误而不予受理或者审核不通过;应当及时查清技术故障原因,尽快修复漏洞,不断更新系统。

在“王某、宜宾市公安局交通警察支队其他二审行政判决书”中,^[70]系统升级原因导致当事人驾驶证被错误注销。法院认为,交警支队辩称“该注销行为不是由其作出的处罚决定所致”,“不当被确认违法的理由不能成立”,有关法律责任应当归于交警支队。在“成某与恩平市公安局交通警察大队公安交通行政管理及行政赔偿二审行政判决书”中,^[71]原来行政处罚决定中,因系统录入权限制约,错误认定了违法行为发生时间。经过行政复议,交警大队作出新的处罚决定,但是,电脑办案系统自动生成了与前面处罚决定相同的文书编号。法院认为,这“属于恩平交警大队工作中的失误,但这不影响恩平交警大队是根据行政复议决定重新作出行政行为的效力”。

(2) 由于自动化决定过程的不透明,案涉争议的发生是否确系存在系统障碍、数据错误所致,似乎是一个证明难题。比如,“陈某某、方某某诉萧山区住建局案”^[72]受到的质疑就是,“在算法‘黑箱’掩盖之下,原告、被告、法院任一方都无法查明和证明究竟是何原因导致了数据错误,因此,无法及时稽核追踪系统的错误发生在哪个环节,这直接导致责任认定成为救济环节中的疑难症结”。^[73]

理论与实践对此问题的解决思路不尽相同。首先,从许可案件裁判看,未见就行政机关使用的算法(algorithms)、代码(code)展开法庭辩论,法官也不要求行政机关就此作出解释和说明。在行政法官看来,行政机关应当负有举证责任,可以通过查明案涉争议发生前后系统是否正常运行,提供定期检测、维修、保养记录,以及系统是否已被行政机关广泛运用、系统可靠性已被广泛认可,以此证明不是系统本身原因。其次,从理论上讲,学者多主张破解算法“黑箱”的方法,就是要求行政机关公开和说明算法原理。“行政法有关透明化和说明理由的方式,更为关注新的算法治理,可以多方面、量体裁衣地解决特定治理任务,对于日益发展的数字化政府所面临的问责困境,提供一套更丰富且尚未探索的评估和解决框架。”^[74]这对于公众认可和接受自动化决定不无好处,但是,对于缺少专业知识的相对人,这究竟能有多大助益,能否实质化解纠纷,依然存疑。相较而言,法院的论证方式似乎更加务实,更容易为相对人接受。

(3) 系统设计的周延性、合法性。自动化系统中使用的计算机代码和算法,一般是与授权法的语言和逻辑保持一致。这远不能满足实践操作需要。因为当法定解释规则与行政决定中的理性预期相结合时,行政决策者根据法律逻辑行使法定权力,就需要遵循一套复杂的要求。^[75]“当软件或算法设置存在问题时,基层一线操作人员可能因缺乏修改具体算法的能力和权限导致服务的延迟和拒绝。”^[76]在“马某

[70] 参见四川省宜宾市中级人民法院(2018)川15行终165号行政判决书。

[71] 参见广东省江门市中级人民法院(2015)江中法行终字第155号行政判决书。

[72] 参见杭州市萧山区人民法院(2018)浙0109行初228号行政判决书。

[73] 唐曼:《自动化行政许可审查的法律控制》,载《现代法学》2022年第6期,第94—95页。

[74] David Freeman Engstrom & Daniel E. Ho, Algorithmic Accountability in the Administrative State, 37 Yale Journal on Regulation 800, 827 (2020).

[75] Anna Huggins, Addressing Disconnection: Automated Decision-Making, Administrative Law and Regulatory Reform, 44 University of New South Wales Law Journal 1048, 1052 (2021).

[76] 李晓方、王友奎、孟庆国:《政务服务智能化:典型场景、价值质询和治理回应》,载《电子政务》2020年第2期,第7页。

与四平市公安局交通管理支队履行法定职责一案一审行政判决书”中,^[77]机动车检验合格标志统一由公安交通管理综合应用平台打印。行政机关便左右为难,既不能拒绝执行法院判决,又因系统设计不周延而无法执行。在“刘某某、济南市公安局交通警察支队其他案由首次执行执行裁定书”中,^[78]法院只好认定“暂时不具备执行条件”,终结执行。在“祝某等诉广州市司法局等登记案”中,^[79]在线平台程序设置上,每个办事项目流程都仅设置了一名处理人员,这不符合法定人数要求。行政机关又无法掌控平台程序设计。

究其原因,主要是行政机关“普遍被要求在自动化设备上操作”,系统一般由上级部门负责开发、管理和维护,基层行政机关的操作权限仅为录入信息和终端应用。^[80]这实际上是将行政机关的决定权与裁量权上收归到上级部门,破坏了权责法定原则、裁量权不受不适当拘束原则。实践不应迁就系统,系统要为实现服务。发现系统设计瑕疵,首先,行政机关应当主动与系统设计管理部门联系,及时修改系统。其次,系统软件应当有灵活性和伸展性,要为行政机关留有补充、完善、校正的端口,^[81]从技术上允许行政机关独立行使裁量权。系统开发、管理和维护机关也能够通过系统提示同步感知,尽快研究和修正软件。

(三) 消除系统性偏见

算法编程是为了更加优化行政机关所明确的审批目标,且采取非自利定义。数字化技术协助行政审批,可以更加客观评估,一视同仁。但是,“技术不是‘中性’的,而是一开始就是人们的‘建构’”,^[82]“以计算机代码表达的意见本质上还是由人来设计确定的”。^[83]这种复杂的规则协同转译过程,增加了执行过程中的不稳定性以及偏离法治的可能性。^[84]一方面,程序员可能因为出错或疏忽,将错误的规则嵌入系统。^[85]另一方面,在人工审批上原本就可能存在隐性的偏见歧视,反映在训练数据中,就能产生一个模型,在处理中再三重复这种差异。^[86]自动化决定也就对同一情境对象产生相同结果偏好,出现系统性偏见(systemic bias)。人们又信任机器作出的决定远胜于由他人作出的决定,这种对机器输出的科学中立性和客观性的依赖偏好,又会放任上述系统性偏见,不去及时纠正,也不太可能对自动化决定进行有意义的审查。这可能会损害行政机关作为决定者的公正性。^[87]

比如,在“陆某某与上海市公安局交通警察总队行政公安其他一审行政判决书”中,^[88]车管所办理机动车登记使用的是全国统一的“公安交通管理综合应用平台”,对于3个机动车检验周期未取得机动车检验合格标志的,系统将自动标注机动车状态为“达到报废标准”。一律不考虑类似该案的合理因素,比如,因债权债务纠纷,机动车不在当事人控制之下。又比如,车辆出售之后,卖方不去清除违章信息,

[77] 参见吉林省四平市铁东区人民法院(2019)吉0303行初69号行政判决书。

[78] 参见山东省济南市历下区人民法院(2021)鲁0102执1910号执行裁定书。

[79] 参见广州铁路运输中级法院(2017)粤71行终1001号行政裁定书。

[80] 施立栋:《自动化行政中的人工干预机制:以公安领域为例》,载《中国社会科学院大学学报》2022年第6期,第87页。

[81] 余凌云:《数字政府的法治建构》,载《中国社会科学院大学学报》2022年第1期,第101页。

[82] 陆俊:《智能官僚主义的技术规制和动因分析》,载《国家治理》2020年第1期,第28页。

[83] 贺晓丽:《行政审批智能化探究》,载《行政与法》2021年第10期,第12页。

[84] 李晓方、王友奎、孟庆国:《政务服务智能化:典型场景、价值质询和治理回应》,载《电子政务》2020年第2期,第7页。

[85] Ryan Calo & Danielle Keats Citron, *The Automated Administrative State: A Crisis of Legitimacy*, 70 *Emory Law Journal* 797, 800 (2021).

[86] Jennifer Cobbe, *Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision-Making*, 39 *Legal Studies* 636, 653 (2019).

[87] Jennifer Cobbe, *Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision-Making*, 39 *Legal Studies* 636, 641 (2019); Teresa Scassa, *Administrative Law and the Governance of Automated Decision Making: A Critical Look at Canada's Directive on Automated Decision Making*, 54 *U.B.C. Law Review* 251, 281 (2021).

[88] 参见上海铁路运输法院(2018)沪7101行初502号行政判决书。

拖延办理过户手续。^[89]究其原因,《机动车强制报废标准规定》(2012年)第4条第(四)项规定过于机械,欠缺灵活性。^[90]实践上又主动排除了可以考虑诸多合理因素。相应的算法编程也必定是,无论现在还是将来,也不管任何个案具有怎样的合理因素,系统都一律不加理会,系统生成的决定都将一成不变。

系统又是由技术专家和行政专家合作设计,经过了多轮技术业务评估、征求部门意见、集体讨论与决策。这意味着不仅难以通过传统问责机制解决,也弱化了对工作人员的权力和责任监督。而且,与自动化决定不透明相关的新类型偏见,不容易被已有的偏见规则或者其他相关的司法审查标准所兼容。^[91]

因此,立法应当注重对系统应用的事前事中规范:第一,行政许可在哪些环节上可以实行自动化,事先要作合法性、可靠性充分论证,法律与技术风险评估,集体讨论决策。第二,在决定采用算法决策之前,应当针对系统性偏见,对经过算法决定过程的结果进行更深入的评估。^[92]如果不首先检查数据集中嵌入的假设和偏差,并删除数据集中可能带有算法偏差的数据,就不能简单地根据历史数据训练算法。而且,还要根据自动化决定可能会影响或者损害相对人权益的程度,制定不同的保障措施,从人工干预和监测到明确作出决定时应当考虑的因素。^[93]第三,对于算法技术原理,应当尽量公开透明化,并给予必要的解释。要求行政机关披露在自动化决定过程中作出的推断和预测,可能是一种值得考虑的方法。^[94]第四,定期审查自动化决定系统输出,及时发现偏见或其他不适当的结果。^[95]第五,系统不仅要为申请人提供投诉、人工介入干预、结果及时反馈的窗口,行政机关也应当及时转为线下,审慎处理。

四、对系统生成决定的法规范调适

数字化技术的功用无非是产生决定或者增强作出决定的能力,或者说,替代人作出决定或者仅为协助。系统生成决定可以分为人工介入作出的决定(decision-made by artificial intervention)和自动化决定(automated decision-making)两类。首先,人工介入作出的决定(decision-made by artificial intervention)不是线下的、纯粹的人工决定(human decision-making),而是借助数字化技术,本质上还是由人工控制作出的决定。其包含两种模式:一是“人为控制回路”模式(“human-over-the-loop” model),允许在算法执行过程中人为调整参数,控制产生结果;二是“人为决定回路”模式(“human-in-the-loop” model),保持对决定的完全人工控制,人工智能仅提供建议或输入。这两种模式都不排除人工介入,最终还是由人来决定,适用危害程度较高的决定。其次,自动化决定采用“无人回路”模式(“human-out-

[89] 在“梁某某、李某某买卖合同纠纷民事二审民事判决书”中,卖方在买方多次催促履行义务,甚至表示可以承担清除违章信息费用的情况下,直至2021年11月仍未主动联系买方进行清理违章信息及办理过户,导致车辆已经到达强制报废的标准。参见广东省云浮市中级人民法院(2022)粤53民终359号民事判决书。

[90] 《机动车强制报废标准规定》(2012年)第4条第(四)项规定,“在检验有效期届满后连续3个机动车检验周期内未取得机动车检验合格标志的”,机动车应当强制报废,机动车登记证书、号牌、行驶证应当注销。

[91] Anna Huggins, Addressing Disconnection: Automated Decision-Making, Administrative Law and Regulatory Reform, 44 University of New South Wales Law Journal 1048, 1048 (2021).

[92] Teresa Scassa, Administrative Law and the Governance of Automated Decision Making: A Critical Look at Canada's Directive on Automated Decision Making, 54 U.B.C. Law Review 251, 283 (2021).

[93] Makoto Cheng Hong & Choon Kuen Hui, Towards a Digital Government: Reflections on Automated Decision-Making and the Principles of Administrative Justice, 31 Singapore Academy of Law Journal 875, 887, 896 (2019).

[94] Jennifer Cobbe, Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision-Making, 39 Legal Studies 636, 652 (2019).

[95] Teresa Scassa, Administrative Law and the Governance of Automated Decision Making: A Critical Look at Canada's Directive on Automated Decision Making, 54 U.B.C. Law Review 251, 297 (2021).

of-the-loop” model),不涉及对决策执行的人工监督,也不涉及人为干预。^[96]系统完全替代人工,自动生成决定,直接对当事人权利义务作出法律处分,适用危害程度较低的决定。

如前所述,网上审批分为半自动行政审批和全自动行政审批,在这两种情境下,系统都会生成决定。(1)“半自动行政审批”中生成的决定,既有最终审批决定,也有阶段性行为,形成于受理、审核、决定、变更与延续等具体环节之中,比如,自动生成不予受理决定,审核不通过决定等。其中,有些是系统自动生成的决定,还有一些是人工介入之后形成的决定,比如审批通过,还需人工审核,制发并送达证照。这三种模式俱在其中,人工介入作出的决定和自动化决定兼而有之。(2)“全自动行政审批”形成的决定,完全由系统自动生成,只是“无人回路”模式,亦即自动化决定。系统不仅自动审核材料、形成决定,也制发证照,由当事人自行打印,一气呵成,比如,“秒批”、完全智能审批。

从我国2019年行政许可法构建的许可程序,2017年行政诉讼法规定的审查框架看,人工介入作出的决定对已有规范的冲击似乎不大,基本上可以适应。但是,对于自动化决定及其程序的规范,恐怕要作较大调整,甚至要增加一些基本性规范。我国2003年行政许可法当年特意以第33条为电子政务发展预留空间,如今早就不敷出入了。

(一) 自动化决定是行政行为

系统自动生成的行政决定,无论是“全自动行政审批”,还是“半自动行政审批”中的自动生成决定,都是自动化决定。在学术上面临的第一个挑战就是作出决定的主体合法性,行政决定从传统上由工作人员作出转变为现在由机器系统作出,是否存在不适当的委托或权力下放(improper delegation or devolution)。之所以会产生这个疑问,是以人工行政行为作为坐标考察,由人工转为机器作出决定,很难涵摄到行政行为的概念之中,也很难借用行政委托理论阐释清楚。因为行政委托需要委托行政机关和受委托方之间的意思沟通。而机器是无生命的,“不具有心性和灵性,既不属于自然人也不符合法人的构成,所以机器自己无法形成和表达意思”。^[97]随着传统行政向自动化行政转进,必须引入全自动具体行政行为概念,作为行政机关意思表示的载体。

自动化决定就是全自动具体行政行为。它之所以具有法律意义,而不是象征性手势(“a token gesture”),是因为:首先,平台系统不折不扣地反映了法律规定的审批机关、流程、业务要求、审核标准等各个要素,将线下审批必不可少的申请、受理、审查、决定、变更、延续、批文、制证等环节复制到线上。“行政机关仍然是行政程序的事先设计者”,“机器是行政机关的延长之手,其意思仍由行政机关形成并通过机器表达,机器‘表达’的意思归属于行政机关”。^[98]其次,在智能审批、人机对话下,通过软件设计的处理方式,系统也是通盘考虑了已读取的数据,对标已输入的许可条件,从形式上判断材料是否周全,自动选择法律规定的处理结果。这也可以视为行政机关经过审核作出了审批决定。再次,自动化决定只针对线性结构的简单事项,无裁量可言,不涉及利益权衡,不用对许可条件作政策性判断,这将人工作业的必要性降至最低。最后,有关网上审批改革的官方文件也默认了自动化决定方式的合法性。^[99]因此,无论是不受理、拒绝还是通过决定,也不管是否为系统错误生成,法律效果均归于行政机关,应当一概推定为行政机关的意思表示。如果自动生成决定不符合其意思表示,行政机关也有权撤销或者改变。

[96] Makoto Cheng Hong & Choon Kuen Hui, Towards a Digital Government: Reflections on Automated Decision-Making and the Principles of Administrative Justice, 31 Singapore Academy of Law Journal 879, 897 (2019).

[97] 查云飞:《人工智能时代全自动具体行政行为研究》,载《比较法研究》2018年第5期,第173页。

[98] 查云飞:《人工智能时代全自动具体行政行为研究》,载《比较法研究》2018年第5期,第174页。

[99] 《国务院关于加快推进全国一体化在线政务服务平台建设的指导意见》(国发〔2018〕27号);《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》(国发〔2022〕5号);中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于深入推进审批服务便民化的指导意见》(2018年)。

比如,在“昆藤精密工业(深圳)有限公司、广东省人民政府工伤鉴定行政复议纠纷二审行政判决书”中,^[100]网上审批系统出错,错误默认该事项归省人社厅主管,在自动生成的不予受理决定中载明“可以复议、诉讼”。毫无疑问,该决定是自动化决定。行政法官照理应当审查其是否合法,省人社厅是否越权。然而,一审法院却根本没有接受自动化决定概念,错误认为“该不予受理答复行为,不应视为省人社厅作出的行政审批行为”。又比如,在“广州君捷贸易有限公司与广东省商务厅经贸行政管理(内贸、外贸)一审行政裁定书”中,^[101]货物自动进口许可证的审批权属于商务部,许可证签发系统归商务部所有,由其负责维护。申请人在商务部许可证签发系统上申报,由省商务厅受理,初审通过的,报送商务部审批同意,以电子许可证的方式签发。这实际上是分阶段行政决定,只不过是将线下形式转为线上形式。当事人对省商务厅在网上系统生成的初审不通过决定不服,应该可以提起行政复议或者行政诉讼。

(二) 对自动化决定的合法性审查

行政机关使用自动化决定,与由行政人员作出决定一样,必须符合行政法标准。使用自动化决定,或者在其协助下作出的违法决定,也与行政人员作出的同样违法决定一样,要接受审查。^[102]对自动化决定的合法性审查,基本上可以适用我国2017年行政诉讼法第69条至第78条规定的司法审查框架。但与传统行政行为不同,自动化决定过程涉及数据共享与处理,牵扯数据隐私与保护、系统性偏见,为了不拉低相对人权利保护水准,需要一些特别规则和适度延展。

第一,自动化决定可以减少或消除目的不适当、不相关考虑等风险,与此同时却可能出现系统性偏见,也就是算法偏见(algorithmic bias)、系统歧视。法院的合理性审查也相应变为对系统性偏见的审查。系统本就存在相关考虑不周延、权重不当,或者实践应当考虑的因素,在系统中却无法相应调适,由此产生的决定偏差,都归结于系统如何设计来区分和排序数据,^[103]都可以归入系统性偏见。这种针对同一类人、同一类事项的偏见,通过基于规则的系统,会反复且无差别地呈现。法院对裁量滥用、明显不当的审查,也超越了具体人或者具体事项,是对同一类人或者同一类事项是否存在系统性偏见的审查。法官不仅要就个案作出裁判,还要通过司法建议要求行政机关及时合理调整算法编程。

第二,系统自动生成决定涉及对个人数据的处理与共享,法院应当就自动化决定中对个人数据处理的合法性进行审查。该审查包括但不限于:根据我国个人信息保护法第13条第(三)项、第(四)项以及第34条规定,行政机关处理个人信息是否“为履行法定职责或者法定义务所必需”,“为应对突发公共卫生事件,或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需”,是否超越职权、违反法定程序;涉及我国个人信息保护法第24条第3款、第25条规定的申请人对自动化决定方式的选择权是否得到尊重,以及涉及隐私的个人信息公开是否合法。

(三) 网上审批决定的生效时间

第一,“半自动行政审批”中有人工介入作出的决定,本质上都是人工决定,与传统行政行为一样,原则上送达生效。因为半自动化往往需要人工介入,对审批结果进行核验,才能制证签发。网上系统显示审批通过,尚未自动生成行政许可决定,且当事人无法自行打印许可证照,或者行政机关没有颁发许可证照,行政许可均未正式生效。该行政许可必须由行政机关正式颁发并送达许可证照,方才生效。

第二,“半自动行政审批”过程中自动生成的不予受理决定、审核不通过决定,以及通过审批并自动

[100] 参见广东省高级人民法院(2019)粤行终995号行政判决书。

[101] 参见广州铁路运输第一法院(2017)粤7101行初2706号行政裁定书。

[102] Jennifer Cobbe, *Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision-Making*, 39 *Legal Studies* 636, 639-640 (2019).

[103] Makoto Cheng Hong & Choon Kuen Hui, *Towards a Digital Government: Reflections on Automated Decision-Making and the Principles of Administrative Justice*, 31 *Singapore Academy of Law Journal* 879, 886 (2019).

生成了许可证的编号以及许可证照,且申请人可以从系统查询、打印这些自动化决定的,当事人点击获悉就视为即刻生效。

第三,“全自动行政审批”可以自动生成审批决定,当事人也可以从系统查询获悉并自行打印。当事人点击获悉就即刻发生法律效力。

以上第二、第三都是自动化决定,之所以可以点击获悉即刻生效,首先,皆因系统设计由申请人自行打印,免除了行政机关送达义务;其次,申请人都必须通过身份认证才能登陆系统,可以推定是申请人本人获悉;最后,在自动生成、可供自行打印的行政决定上,加盖了行政机关的电子印章,其与行政机关专用印章具有同等法律效力。

(四) 对行政许可的审查趋向实质审查

随着跨部门、跨单位、跨地区之间数据共享的不断深入,数据也更加全面、准确、高质量,许可审查更趋近实质审查的效果。“全自动行政审批”已经完全实现数据共享与自动核验。“半自动行政审批”除了现场核查、条件核实等还必须由行政人员亲力亲为之外,在很大程度上也实现了通过数据比对检索方式快速核实。许可机关对申请人提供材料的真实性、合法性、关联性的审查能力增强,能够探知身份不实、材料虚假、签字虚伪等,审查义务和责任实际上已不限于形式审查,而是趋向适度的实质审查。我国行政许可法未来修改时可以增加规定,行政机关应当通过数据共享核查材料的真实性、合法性和关联性。

至于数据共享、业务核查的实现,首先,行政机关收集的数据,除非法律明确规定仅用于特定目的外,允许应用于广泛的行政管理,行政机关之间共享数据原则上不受任何限制。但是,不得超出履行法定职责所必需的范围和限度。其次,行政机关与公共企事业单位之间的数据共享,涉及对其数据权利的处分,原则上要有法律依据。最后,从我国2003年行政许可法第33条的规定看,行政机关在行政许可中收集、存储、制作的有关数据“应当与其他行政机关共享”,不以申请人同意为前提。行政机关之间的业务协查是内部常规制度。通过数据化技术,将其由线下转为线上,不再限于一事一办、人工对接,而是变为信息共享与处理。“行政机关处理个人信息行为的权力基础,是基于其所负有的法定职责及相应的法定职权”,“并不需要以个人同意或授权为权力基础”。^[104]

(五) 正当程序的调适

数字技术的引入,应当有助于促进和保障申请人权利的实现,便利申请人参与听证、说明理由、陈述申辩,不能因为采取智能审批方式而限制或者变相限制申请人的权利。根据网上审批和数据化特点,为落实告知、说明理由、听证、听取辩解等正当程序要求,也会相应衍生出一些与透明化、理由说明和适度人工干预相关的特别规则。

第一,通过网上公示和说明,让申请人实际有效知晓与案件有关的所有信息。首先,在政务服务平台上,应当公示与行政许可有关的材料、流程、审核、审批决定以及理由说明,当事人可以有效查询、下载、阅读。其次,在“相关网站”上,要用浅显易懂的语言发布信息,说明自动化系统如何工作,如何支持行政决定,系统审查或审计结果,以及对自动化系统的描述或链接(如有),用于开发系统的匿名训练数据(the anonymized training data)。^[105]最后,政府应当公布其使用的源代码(source code)。这有助于理解基于规则系统(rules-based system)如何生成自动化决定。^[106]

第二,在线上线下决定过程中,原则上需要有人工介入的环节。首先,这是线上线下择入和择出应

[104] 王锡铨:《行政机关处理个人信息活动的合法性分析框架》,载《比较法研究》2022年第3期,第95、100页。

[105] Teresa Scassa, *Administrative Law and the Governance of Automated Decision Making: A Critical Look at Canada's Directive on Automated Decision Making*, 54 U.B.C. Law Review 251, 286-287 (2021).

[106] Rebecca Williams, *Rethinking Administrative Law for Algorithmic Decision Making*, 2 Oxford Journal of Legal Studies 468, 483 (2022).

当尊重申请人的选择权所决定的。其次,人为决定固然也有局限,但人工介入自动化决定,可以帮助识别自动化输出中的错误,并使无法考虑个人情况或其他相关背景的自动化过程人性化。^[107]在自动化行政上,“人工参与干预的程度,取决于决定对当事人权益的潜在影响大小”。^[108]从全自动审批到半自动审批,由简单的线性结构事项到复杂的非线性结构事项,裁量也从无到有,行政审批对当事人权益的潜在影响逐渐递增。比如,在全自动审批和人机对话的流程上,听取辩解是否转入人工,由申请人选择。在半自动审批的流程中,听证应当转为人工方式,由行政机关执法人员听取意见,权衡轻重,并最终作出决定。又比如,对当事人权益影响较大的行政决定,未经行政人员认真审慎的审查,不得送达当事人。

第三,对于由系统生成的决定,无论是自动化决定还是数字化协助下人工介入作出的决定,当事人不仅有权要求行政机关说明理由,更是有要求解释算法功能的权利(the right to an explanation of the functioning of an algorithm)。解释权与说明理由不同,说明理由是解释如何作出决定,是行政机关必须履行的程序义务。解释权“更侧重对自动化决定系统的解释,包括所依赖的数据以及算法如何对其进行加权”,阐释算法是如何运行产生结果的。^[109]在自动化行政上,对事实认定、依据适用的理由说明,已力有不逮,无法化解当事人对行政决定的疑惑与不满。必须引入解释权,要解释得通俗易懂。“‘可解释的’人工智能技术的进步可能只会让自动化与长期存在的行政法价值观更加相容。”但是,首先,行政机关无需主动对每个自动化决定作出解释。是否要求行政机关解释,由当事人选择决定。如果当事人不较真,行政法官也会不举不纠。其次,出于保密考虑,法官只要求行政机关向申请人提供有助于理解决定的关键信息。^[110]“法院通常会尊重行政官员的专业知识”,“支持了行政机关在各种场景下依赖复杂算法(即使不是机器学习算法)作出的决定”。^[111]

(六) 电子签名、电子印章和电子证照的使用

从线下审批转为线上审批,其所形成的决定、证照均为电子文件。我国2003年《行政许可法》有关法律文件盖章的要求,比如,第32条第2款规定受理或者不予审理决定要加盖行政机关专用印章,第39条第1款规定许可决定要加盖行政机关印章,都将转为电子印章。所有电子文件和电子证照可供查阅、下载、打印。

关于电子签名、电子印章、电子证照的使用,在已经付诸实践的地方,行政法官一般会予以认可。^[112]对于电子证照的核查,行政机关“可以通过电子证照共享方式对关联信息进行查询、核验”,比如,通过身份证信息检索电子驾驶证。根本没有必要像在“梁某与佛山市人民政府、佛山市公安局交通警察支队高速公路一大队、道路交通管理(道路)一案行政一审判决书”那样,强求当事人一定要下载并出示电子驾驶证凭证。

在尚未推广电子签名、电子印章、电子证照应用的地方,行政机关、法院则可能将其拒之门外。在

[107] Anna Huggins, Addressing Disconnection: Automated Decision-Making, *Administrative Law and Regulatory Reform*, 44 *University of New South Wales Law Journal* 1048, 1075 (2021).

[108] Teresa Scassa, *Administrative Law and the Governance of Automated Decision Making: A Critical Look at Canada's Directive on Automated Decision Making*, 54 *U.B.C. Law Review* 251, 287 (2021).

[109] Teresa Scassa, *Administrative Law and the Governance of Automated Decision Making: A Critical Look at Canada's Directive on Automated Decision Making*, 54 *U.B.C. Law Review* 251, 292 (2021).

[110] Lucie Cluzel-Métayer, *The Judicial Review of the Automated Administrative Act*, 1 *European Review of Digital Administration & Law* 101, 102 (2020).

[111] [美] 卡里·科利亚尼斯:《自动化国家的行政法》,苏苗罕、王梦菲译,载《法治社会》2022年第1期,第51页。

[112] 在“华某某、沈某某与射阳县行政审批局行政撤销一审行政判决书”中,“装修图纸是由建设单位委托有资质的设计单位设计后通过多图联审系统上传到图审部门,图审部门审查合格,在图纸上加盖电子印章传送回设计单位,施工单位到设计单位打印图纸供现场施工及监督部门监管使用,同时图审部门通过系统将审查合格书(电子凭证)推送到江苏省建筑工程一站式申报系统”。这种审查方式“符合‘放管服’改革和优化营商环境精神,符合‘一站式’审批、‘不见面’审批的要求,发证机关已尽到核查责任”。参见江苏省建湖县人民法院(2020)苏0925行初8号行政判决书。在“鲁文贤等诉六安市住房和城乡建设委员会许可案”中,纸质印章和电子印章可能不完全一致,效力却一样。参见安徽省六安市裕安区人民法院(2015)六裕行初字第00009号行政判决书。

“湖南俊熙建设工程有限责任公司、花垣县住房和城乡建设局二审行政判决书”中,^[113]行政机关、法院以当地尚未推行电子证照为由,不认可当事人在招投标中提供的资质证书电子文件打印件。

究其原因,《国务院关于在线政务服务的若干规定》(2019年)第8条、第9条第2款、第10条第3款分别规定了电子签名、电子印章与电子证照的法律效力。但是,第9条第1款、第10条第1款又规定,构建全国统一系统平台是电子印章、电子证照跨地区、跨部门互认的前提。在统一系统平台上通过数据共享,不同地方行政机关方能验证电子印章、电子证照真伪,降低审批风险。因此,建立具有统一身份认证、统一电子印章、统一电子证照等公共支撑系统功能的全国统一政务服务平台刻不容缓。

其实,电子证照应用智能化的体现就是,“以身份证、营业执照等为身份信任源点,全面关联企业 and 群众各类常用电子证照的相关信息,推动电子证照一体化、便利化应用”。^[114]电子证照文件每次打印均会自动生成二维码、使用用途及使用期限,通过二维码即可查询,行政机关可以通过业务协查,跨地区、跨部门在线核验,不必坐等统一系统平台建成。已经采用电子证照的地方,应当将电子证照生成作为审批业务流程的必要环节,优先采用在线生成的方式,^[115]并及时在网上公示,方便异地行政机关直接上网核查。

五、结论

综上所述,数字化技术被引入行政审批之后,尽管我们还无法像有些学者那样乐观,可以很舒适地适应在行政法和宪法的常规法律参数之中,^[116]但至少像法院裁判以及不少学者研究所揭示的,在很多情形下完全可以适用行政法原则与规定。

毫无疑问,系统生成决定依然会对行政法的行政行为理论、透明化要求、证据规则、合法性审查,以及正当程序带来挑战。而且,网上审批还会产生与系统设计、运行有关的新问题,比如,系统记录的证明效力,因系统设计瑕疵而产生不当结果的责任归属,以及消除系统性偏见等。因此,我国行政许可法在未来修改中必须作出更加有针对性的相应规定,即增设线下审批、人工审批所不曾有的特殊规则。

Adjustment of Legal Rules of Online Administrative Permits

Yu Lingyun

Abstract: Despite the potential applicability of administrative law principles and regulations to online administrative approval in many scenarios, this digital process gives rise to novel challenges associated with system design and operation. These challenges encompass concerns such as the probative value of system records, the allocation of responsibility for improper outcomes resulting from system design flaws, and the mitigation of systemic biases. Hence, the automated decision-making poses formidable challenges to established administrative law theory, transparency imperatives, evidentiary rules, legality review and the preservation of due process.

Keywords: digitalization; automated administration; online administrative approval; administrative license; automated decision-making

(责任编辑:刘馨)

[113] 参见湖南省湘西土家族苗族自治州中级人民法院(2021)湘31行终1号行政判决书。

[114] 《国务院办公厅关于加快推进电子证照扩大应用领域和全国互通互认的意见》(国办发〔2022〕3号)。

[115] 宋华琳:《电子政务背景下行政许可程序的革新》,载《现代法学》2020年第1期,第88页。

[116] Cary Coglianese & David Lehr, *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era*, 105 *Georgetown Law Journal* 1147, 1148 (2017).