

央地互动视角下我国数字经济立法之优化

宋保振*

摘要:高水平立法是推动数字经济高质量发展的制度保障。中央立法与地方立法的有效互动作为数字经济立法的内在逻辑,具有充分的理论基础和规范依据,是优化我国数字经济立法的突破口和着力点。当下我国数字经济立法中的央地互动既面临传统央地立法难题所呈现出的“新样态”,又面临数字经济领域立法特有的“新难题”。固守技术主义下央地关系分析的“集权一分权”逻辑,忽视治理主义下地方立法的实践性权威,是影响数字经济立法央地有效互动的重要原因。为全面优化我国数字经济立法,应在革新央地互动理念的基础上,着重完善央地互动关系:一是通过“事权区分化”界分央地立法权属;二是借助“政策法律化”畅通央地互动渠道;三是经由“立法协同化”拓展央地互动形式。

关键词:数字经济立法 央地互动 地方立法 促进型立法

一、引言

随着大数据、云计算、人工智能技术迅猛发展,数字经济逐渐成为促进我国经济转型和引领社会创新的重要驱动力。发展数字经济是把握新一轮科技革命和产业变革机遇的战略选择,其在挑战既有社会秩序的同时也产生了新的制度需求。为充分发挥立法对数字经济发展的保障和促进作用,中共中央印发的《法治中国建设规划(2020—2025年)》指出:“加强信息技术领域立法,及时跟进研究数字经济、互联网金融、人工智能、大数据、云计算等相关法律制度”;《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》指出,要“构建与数字经济发展相适应的政策法规体系”。自此之后,我国数字经济立法进入快车道,大量有关数字经济的中央和地方规范性文件如雨后春笋般涌现。

数字经济立法也引起研究者的高度关注,成为数字法学研究的重要方向。目前的数字经济立法研究主要体现为以下三方面:一是从宏观上探讨数字经济立法的时代背景、价值意义及内在

* 山东大学法学院副研究员

基金项目:山东大学人文社会科学“全面依法治国战略实施中的数据运用与数据治理创新团体”建设项目

逻辑,主张进行综合性、统一性的国家立法;^①二是结合区域法治建设和地方法治试验,研究地方数字经济和数据立法的理论与实践问题;^②三是对《浙江省数字经济促进条例》等文本进行实证分析,围绕数字经济促进与监管展开立法论上的“问题—对策”研究。^③如上研究对推进数字经济发展初期的法治化保障意义重大,但是随着数字经济与实体经济深度融合,待规制事项不断增多,这些研究也面临抽象化、碎片化、应景化难题,其提出的立法完善对策不具有可持续性,难以建构契合数字经济发展的规范框架。究其原因,除数字经济作为一种经济新样态外,更重要的是我们未能抓牢“央地互动”这一数字经济立法的突破口和着力点,只是从单向维度出发,关注数字经济立法的中央顶层设计或地方立法探索。此单向维度研究的主要缺陷是:一方面,忽视中央对地方的“调控”。快速发展性是数字经济的突出特点,为此党和国家就发展模式与路径问题在不断探索,其中最直接的体现是在多领域出台大量的政策性文件。这些政策性文件的一个重要功能是,为地方进行数字经济发展和治理立法提供政策背书。此时,“国家总体立法先行、地方执行立法跟进”的传统做法,将阻碍数字经济发展进程。另一方面,忽视了地方对中央的反哺作用。尽管我们坚持经济发展全国一盘棋,但就本轮数字经济发展而言,地方之间的差距不仅反映在经济体量上,还反映在制度供给上。在数据要素治理、数字产业发展等央地权限模糊地带,地方在各自政绩驱动下都在积极展开立法制度探索,这对完善全国数字经济立法具有重要借鉴意义。

从我国地方法治建设经验及数字经济立法现实来看,中央与地方围绕立法权力和立法事项进行有效互动,具有正当性。首先,央地立法互动是国家对数字经济发展与治理的行动安排。为实现我国数字经济发展“弯道超车”,国家采取“先制定政策、后完善立法”的策略。也即,当下我国数字经济发展与治理领域之所以立法不足,并不只是因为受到立法技术和立法水平限制,而更多是因为我们在进行数字经济制度规范的顶层设计时已经预设如下前提——为充分调动市场活力,让数字经济“先发展起来”,中央与地方分别肩负不同的“使命”。中央侧重整体调控发展趋势,地方侧重探索化解具体问题。此时,我们必须充分重视中央的政策调整功能和地方的立法试验功能,走一条“中央(地方)政策—地方立法—中央立法”的渐进式数字经济立法之路。其次,央地立法互动也是我国经济领域法律体系建设的成功经验。自改革开放后我国出台了大量经济立法,中央和地方一直共同作为经济活动的立法主体。面对一些权属待厘清的事项,“地方性事务”很多时候为我们提供了化解棘手经济矛盾的“缓冲带”,当下的数字经济立法亦如此。例如,2019年《国家数字经济创新发展试验区实施方案》就明确提出“鼓励试验区加强体制机制创新和地方性法规探索”。与此同时,由于数字经济的虚拟性、平台性和开放性增加了地方竞争的规制难度,因此由中央进行顶层设计和政策引导,也可以限制地方通过立法来维护“地方竞争优势”。鉴于

^① 参见张守文:《构建数字经济治理的法治路径》,《东方法学》2024年第5期;刘小妹:《数字经济立法的内在逻辑和基本模式》,《华东政法大学学报》2023年第4期;江必新:《加快数字经济领域的立法步伐》,《数字法治》2023年第1期;席月民:《我国需要制定统一的〈数字经济促进法〉》,《法学杂志》2022年第5期;等等。

^② 参见葛江虬:《论数据立法权的央地分配》,《法学论坛》2024年第5期;王文华:《论〈数字经济促进法〉法律责任章之应然建构》,《法学杂志》2024年第5期;胡光志、荀学珍:《数字经济的地方法治试验:理论阐释与实践路径》,《重庆大学学报》(社会科学版)2022年第6期;等等。

^③ 参见时建中:《数据基础制度建设的立法实践——基于政策文献计量的初步研究》,载马长山主编:《数字法学评论》第一辑,商务印书馆2023年版,第44~84页;高一飞:《论公共数据治理的地方化趋向与完善机制》,《行政法学研究》2023年第4期;等等。

此,本文以我国数字经济立法中的中央与地方关系为着力点,探讨如何通过完善央地互动来优化我国数字经济立法。为集中论证,本文所分析的地方立法,主要指省级地方性法规和地方政府规章,尽量不涉及设区的市立法。

二、我国数字经济立法内嵌央地互动逻辑

相比其他领域立法,我国数字经济立法本身内嵌了央地互动逻辑。对此,我们可以从理论基础和规范依据两个层面予以证成。

(一)理论基础层面的证成

央地互动逻辑在数字经济立法中体现为“自下而上”和“自上而下”两种立法方式的有机结合,该结合包括中央和地方两个分析视角:

第一,从中央视角来看,数字经济立法央地互动有助于通过地方立法先行来建设完备的国家数字经济法律体系。倘若未来我国在国家层面进行统一的数字经济立法,那么地方数字经济条例将成为重要参考。^①原因在于:(1)数字经济的创新性和发展性决定了其立法不能一蹴而就,而是需要借助地方立法先行来对冲中央立法的不确定性风险。该地方立法先行区别于立法前置程序,具有《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)和《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(以下简称《地方组织法》)上的规范依据,目的在于反哺中央立法。^②数字经济作为一种新兴经济形态,发展速度快、影响程度深。面对其易变性、不确定性和区域差异性,中央立法机关很难对数字经济发展的微观领域和具体治理规则进行精准把握和整体规制。此时,鼓励地方立法先行就成为完善国家数字经济规范体系的稳妥选择。(2)地方立法先行也是实现数字经济立法低成本、高收益的要求。立法必须考虑成本,以避免忽略成本条件下的“随意立法”。^③在数字经济立法中,成本收益分析同样必要。一方面,立法的央地互动可节约数字经济中央立法成本。“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。”^④这三项成本都可在“化整为零”的地方立法实践中得以降低。另一方面,立法的央地互动也可以提升数字经济中央立法收益。数字经济的实质是借助数据要素的价值和增值,通过数字产业化和产业数字化来提升一国整体经济水平。相比中央,地方是绝大多数数据要素的直接生产者和现实管理者。赋予其一定的规范制定权,有助于更好地推进国家数字经济的整体发展。

第二,从地方视角来看,数字经济立法央地互动可以为地方经济竞争提供动力来源,促使地方法治建设和经济发展相互促进。不同于农业经济和工业经济,数字经济不仅具有极强的科学技术依赖性,而且摆脱了土地、劳动力等有形资源的限制。因此,数字经济的发展是非均衡的,发

^① 参见顾天杰、孙正:《多层治理视角下我国数字经济的地方立法:定位、挑战与发展》,《长春理工大学学报》(社会科学版)2024年第2期。

^② 参见安晨曦:《在经验与规范之间:试验立法及其类型化——一种立法进路的提倡》,《北方法学》2015年第3期。

^③ 参见[美]卡斯·桑斯坦:《简化:政府的未来》,陈丽芳译,中信出版社2015年版,第176页。

^④ 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》,《重庆大学学报》(社会科学版)2022年第6期。

达省份凭借其技术和资本优势将获得更多的资源、机会和国家政策支持。强行地全国一体化推进或为了平衡而不当调控,实质上违背数字经济发展规律。然而现实中,在地方政绩要求下,激烈的地方数字经济竞争在所难免。此时,地方立法作为一种制度保障,依托竞争动力学理论,可以为该竞争提供现实动力。^①随着国家治理法治化水平整体提升,法治被认为是最好的营商环境。地方之间的竞争在经历了以“忠诚度”为核心的政治竞争、以国内生产总值为核心的经济竞争之后,逐步趋向于以“规则型治理”为核心的法治竞争。^②地方通过完善相关法律法规政策形成法治优势,继而将此法治优势转化为社会治理优势。在当今全球经济整体下行的趋势下,率先开展数字经济法治试验或具有相对完备立法的省市,不仅将带来直接经济效益,如获得更多的高科技投资,快速实现产业发展的数字化、智能化和科技化;而且会带来间接的政治和社会效益,如获得更多的上级认可,公民的就业和社会保障更有依靠。

(二)规范依据层面的证成

由于我国并未单独针对数字经济进行专门立法,为证成立法央地有效互动,我们必须清晰阐释地方如何在中央指导下能动发挥立法权以及怎样在经济领域制定行之有效的规范性文件。结合我国数字经济“政策—立法”二元治理模式,^③该规范依据主要包括立法和政策性文件。

第一,《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)和《立法法》相关规定为数字经济立法央地互动提供了法律依据。取得《宪法》和《立法法》上的合法权限,是开展地方数字经济立法的关键。(1)《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。”“两个积极性”原则为我国地方自主开展数字经济立法提供了宪法依据。同时,《宪法》第99条赋予地方人大经济建设计划的决定权,第107条赋予地方政府经济、科学、财政、司法行政等管理权,进一步将地方数字经济立法依据明确化。(2)《立法法》在《宪法》的基础上,通过第11条“法律保留条款”和第81、82条“地方性法规条款”,为各地展开不同的数字经济立法探索提供了规范依据。由于数字经济法律制度不属于《立法法》第11条规定的“基本经济制度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度”,因此地方当然具有数字经济立法创设权。(3)新增“区域协同立法条款”为省市之间的数字经济地方立法合作提供了依据。《立法法》第83条规定:“省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民代表大会及其常务委员会根据区域协调发展的需要,可以协同制定地方性法规,在本行政区域或者有关区域内实施。”该条规定为数字经济跨区域治理提供了直接的制定法依据。

第二,国家就数字经济发展与治理的宏观设计为数字经济立法央地互动提供了政策依据。数字经济政策主要发挥社会引导和激励作用。在实践中,该激励主要针对数字经济发展试验区和一般省市两类主体。就前者而言,《国家数字经济创新发展试验区实施方案》明确规定:“鼓励试验区加强体制机制创新和地方性法规探索”,此类规定在之前其他试验区立法中从未出现过,是试验区大胆开展数字经济立法的制度性依据;就后者而言,国家主要通过制定政策性文件,为

^① 对此,有学者从国家整体主义出发,批判性地反思了对地方法治试验进行竞争动力学理论分析的正当性。参见郑智航:《超大型国家治理中的地方法治试验及其制度约束》,《法学评论》2020年第1期;李晟:《“地方法治竞争”的可能性——关于晋升锦标赛理论的经验反思与法理学分析》,《中外法学》2014年第5期。

^② 参见周尚君:《地方法治竞争范式及其制度约束》,《中国法学》2017年第3期。

^③ 参见张守文:《构建数字经济治理的法治路径》,《东方法学》2024年第5期。

各省市大数据和数字经济立法提供指引和参考。一般而言,先由中央作出制度安排,再由地方根据中央安排实施立法从而为中央立法积累经验,是国家进行数字经济立法的核心思路。在国家重要数字经济政策出台后,各地都会通过加速立法来回应中央号召,以获取区域发展先发优势。例如,2016年,国务院印发《政务信息资源共享管理暂行办法》后,多省市短期内密集出台了近20部围绕政府数据开放和政务信息公开的地方立法,拉开了中央政策引导、地方立法追随的帷幕;2020年3月,《中共中央 国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》出台后,上海市、天津市、浙江省、深圳市等地加速出台多部大数据和数字经济促进立法;2022年1月,《“十四五”数字经济发展规划》提出“数据要素市场体系初步建立”的任务后,《上海市数据条例》专设“数据要素市场”和“浦东新区数据改革”章节,以地方性法规形式明确了培育数据要素市场的制度框架,建立数据交易所、国际数据港等举措。

三、数字经济立法央地互动的现实困境

如上从理论基础和规范依据两方面对我国数字经济立法内嵌的央地互动逻辑的阐释,更多还是理论上的分析,为切实发挥央地互动对数字经济立法的优化作用,还须深入我国数字经济立法的实践,直面央地互动的现实障碍。由于本文对数字经济采取“以要素为标准”的广义界定,因此数字经济立法不仅包括多地已经开展的以数字经济促进条例为主的直接立法,而且包括以数据基础设施、数字产业化、数据资源要素等为核心内容的相关间接立法。综观这些立法规范,当下我国数字经济立法的央地互动障碍,既有传统央地立法难题在数字经济领域的“新样态”;又有在协调中央与地方立法关系时,因数字经济的特殊性而产生的“新问题”。

(一)传统央地立法难题在数字经济领域的“新样态”

在我国“一元两级多层”立法体制下,各立法主体权限纵横交织。立法学中的央地关系分析不能仅局限于中央与地方之间,而应包括中央与地方以及地方与地方两个层面。^①实际上,从国家行政规划调整来看,央地关系本身就是一个拟制概念,它理应包含地方之间的关系。受制于中央与地方在主体、权限及范围等方面的差别,重复立法、扎堆立法、政策立法在所难免,这使得央地立法极易陷入数量攀比、盲目抄袭、质量低下、资源浪费的立法困局。^②具体到当下数字经济立法中,即在新兴数字科技及大数据发展领域,我们存在一种典型的“泛立法主义”现象:为了“形式上”不拖数字中国建设的后腿,无论有无相关上位法和地方立法,也不管条件是否成熟,各地都急于出台大数据相关立法和政策。似乎只要制定了地方规范性文件,本区域数字经济发展就具备了完备的制度规范,相关问题就都会迎刃而解。这些都可视为中央立法与地方立法“缺乏互动”或“不当互动”的结果。具体表现如下:

第一,地方简单重复中央政策性文件。即地方在制定各自的数字经济促进条例或大数据条例时,直接将《中共中央 国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》《中共中央 国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》(以下简称“数据二十条”)、《国

^① 参见沈桥林:《我国央地关系的地方立法诠释——以〈宪法〉第三条第四款为中心展开》,《河南社会科学》2024年第6期。

^② 参见王春业:《论立法权扩容背景下地方立法的节制》,《法学论坛》2018年第1期。

家数字经济创新发展试验区实施方案》《“十四五”数字经济发展规划》等国家政策性文件的内容机械地写入立法文本。例如,《广东省数字经济促进条例》无论是在格式上还是在“数字产业化”及“产业数字化”部分的内容上,基本都照搬了《“十四五”数字经济发展规划》;又如,《广东省数据条例》中的数据基础设施和数据治理部分,也是简单地重复了“数据二十条”。地方立法作为上位法既有条文的“依附型创制”,应是对上位法的操作性细化,因此要尽力避免内容的重复甚至雷同。^①在数字经济发展中,尽管法学研究者围绕数据确权等核心问题从不同角度进行了理论分析,^②但从制度载体来看,我国目前仍处于“政策依赖”阶段,且短期内难以改变。

第二,地方过度复制地方规范性文件。即后制定数字经济促进条例或大数据条例的省市,直接或较少变动地“复制”先制定省市相关立法的内容。立法者希冀借助该方式,一方面提高自我立法效率,另一方面减少与其他地区在制度建构上的差异。从实证数据看,仅2020年至2022年间,我国就有20多个省市相继出台了30余部大数据条例和数字经济促进条例,它们在体例和内容上均大同小异。例如,《浙江省数字经济促进条例》《河南省数字经济促进条例》基本采取了一致的立法结构和法条顺序;《福建省大数据发展条例》《山东省大数据发展促进条例》《安徽省大数据发展条例》,在“数字产业化”和“产业数字化”部分高度类似;《广州市数字经济促进条例》在“数字产业化”章节更是大量重复《广东省数字经济促进条例》的文本内容。从政策传播角度看,类似问题难免会有重复的规范,立法“复制”无可厚非。^③但须警惕的是,该“复制”是客观必要还是主观为之?在地方利益的驱动下,各地方数字经济竞争已经从实质性的“要素竞争”转向形式性的“制度竞争”,这难免会使看上去平淡无奇的地方立法沾染上浓厚的政绩色彩。^④究其原因和作用逻辑,已有学者从“观念说”“素质说”“制度诱发说”“路径依赖说”以及组织社会学角度作出学理性解释。^⑤

第三,中央与地方之间就立法内容产生冲突。无论地方重复中央还是地方复制地方,究其本质都是立法雷同问题。除此之外,我国数字经济中央立法与地方立法之间还存在立法冲突问题。受制于中央与地方在立法目的、权限、经验等方面存在的客观差异,当下数字经济地方立法与中央立法之间的“缓冲带”还比较狭窄:一方面,地方立法大多聚焦于本地数字基础设施建设,对全国问题、国际问题关注不够,尤其是对全国统一大市场认识不足;另一方面,既有立法对核心概念界定不清,也会形成制度壁垒,损害法制统一。这种内容冲突,最直观地体现在数据确权和数据治理两方面。就前者而言,我们只是在“数据二十条”中列出数据持有权、数据使用权等权利。由于该政策性文件不具有法律效力,因此若地方立法基于实践贸然“创新”则会违背上位法。例如,《深圳经济特区数据条例(征求意见稿)》虽然创设性地规定了个人数据权和公共数据权,但是因

^① 参见俞祺:《重复、细化还是创制:中国地方立法与上位法关系考察》,《政治与法律》2017年第9期。

^② 数据确权的法学研究源于对经济学中产权制度化的反思,当下主要有“否定说”与“肯定说”两种观点,且“肯定说”成为主流,并集中围绕人格权和财产权展开讨论。之后,学者们又从平衡数据收益分配出发,对数据财产权进行“所有权—用益权”或“所有权—使用权”二分;或者认为应该在人格与财产二分的基础上,针对个人、企业、公共数据进行分类分级保护。

^③ 参见王浦劬、赖先进:《中国公共政策扩散的模式与机制分析》,《北京大学学报》(哲学社会科学版)2013年第6期。

^④ 参见丁轶:《承包型法治:理解“地方法治”的新视角》,《法学家》2018年第1期。

^⑤ 参见丁轶:《地方立法重复现象的组织社会学阐释》,《地方立法研究》2020年第6期。

为与《立法法》第11条“法律保留条款”中的“民事基本制度”相冲突,所以最终只能在正式立法文本中予以删除。就后者而言,2023年《立法法》修改时将“地方治理”作为设区的市被扩大的立法权限。在数字中国建设目标下,“地方治理”的范围和内容是否包括数字经济基础设施建设和数据处理的治理,当前仍存在不同理解。

(二)因应数字经济特性衍生的央地立法“新难题”

相比农业经济和工业经济,数字经济的动力机制及发展模式均不同。这导致数字经济立法的央地互动除了面临传统难题外,还面临若干专属于数字经济的“新难题”。对此“新难题”,我们可以从形式和内容两个方面阐释。

1.形式方面:促进型立法模式弱化了地方对中央的反哺作用

根据内容强制程度不同,我国立法包括管理型立法和促进型立法两种模式。自20世纪90年代促进型立法以市场失灵的补正机制出现以来,^①经过长期发展,其已成为“管理型立法的必要矫正,是政府公共政策的法律化”。^②鉴于我国大数据和数字经济领域需要满足安全与发展双重价值,地方数字经济立法也应具有规制和促进双重功能。前者重在约束和规范特定的法律行为,建构主体之间的“权利—义务”法律关系;后者重在明确公权力主体在数字产业化发展上的义务和责任,强调法律法规对科技和经济的正向促进作用。通过考察既有文本可知,促进型立法构成当下我国数字经济立法的主要模式。具体表现为,从法规名称看,地方规范性文件多采用“数字经济促进”或“数字经济产业促进”等话语表达,旨在通过设置系列促进性政策和制度,推进数字经济高质量发展;从文本内容看,鼓励性、倡导性、授权性规范多于义务性规范,尤其强调某些政府部门的经济发展和职能。相较于严格的管理型立法,促进型立法对国家整体调控发展和地方维护具体利益均提供了制度空间。这既符合我国新兴技术领域“以发展促安全”的理念,也明确了国家在数字经济发展中给地方“安排”的主要任务。但由于促进型立法缺乏必要的责任和义务设置,在推进中央立法与地方立法深层互动方面,仍存在以下不容忽视的问题:

第一,促进型立法的政策属性弱化了立法预期。数字经济促进立法以促进产业高质量发展为目标,实质上属于产业政策法。该类立法的最大不足是,难以把握其标准和尺度,地方自主权过大;缺乏相关规制条款,很难与其他地方立法有效衔接;责任承担方式以政府服务为主,偏离全国法制统一性要求。体现到文本上就表现为,条文语焉不详,欠缺精准明确的表达,“鼓励”“支持”“可以”“有关部门”等模糊性、概括性、原则性规定大量充斥其中。^③在地方数字经济立法中,为最大限度地调动地方主体积极性并发挥市场活力,立法进行倡导性、鼓励性的规定确有必要。但是当缺乏既有中央立法时,这些条款就会出现“不执行也不违法”及根据当地财政情况“选择性执行”等现象。^④这会导致两种结果,一是违背国家通过鼓励地方先行开展数字经济立法试验以给中央统一进行数字经济立法积累经验的制度预期;二是“宜粗不宜细”的原则性规定使得这些立法在地方数据治理中形同虚设,在关键问题上缺乏可操作性安排。在这种情况下,尽管地方进

^① 参见李艳芳:《“促进型立法”研究》,《法学评论》2005年第3期。

^② 刘风景:《促进型立法的实践样态与理论省思》,《法律科学》(西北政法大学学报)2022年第6期。

^③ 以《广州市数字经济促进条例》为例,其中出现37次“鼓励”、59次“支持”,24次“有关部门”;再以《浙江省数字经济促进条例》为例,其中出现25次“推进”、22次“促进”、18次“鼓励”、8次“引导”、2次“激励”。至于如何“鼓励”和“支持”以及“有关部门”为何,立法均未明晰。

^④ 参见蒋云飞:《数字经济地方立法:进展、特点与展望》,《人大研究》2023年第8期。

行了某些先行性制度探索,但被埋在众多鼓励性政策中,其对中央的反哺作用无法彰显。

第二,倚重促进型立法与我国地方数字经济发展的现实不相契合。科学的数字经济立法应采取“促进+监管”方式,摒弃单纯的鼓励发展理念。即在强调创新驱动和数据引领的同时,注意包容审慎监管和保障信息安全,保证中国数字经济“弯道超车”的正确方向,以防陷入中央“一抓就死、一放就乱”怪圈和地方“政绩锦标赛”循环。然而从现实立法看,我国地方数字经济直接立法基本都采取促进型立法模式,忽视法律责任的设置。^①间接立法虽然将促进型立法与管理型立法相结合,但也因简单重复中央政策而偏离新兴技术领域“以发展促安全”的国家顶层设计,与以市场为导向、聚焦数据要素、通过单行法回应企业平台垄断规制和数据权保护之要求背道而驰。尽管促进型立法也反映了不同时期国家经济社会发展的需要,但由于其存在“经验尚浅的新立法形式,法律条款雷同重复,混同于管理型法,软法比重过大,过分倚重激励机制”等不足,^②因此面对数字经济领域亟待化解的矛盾纠纷,它无法提供可直接适用的强制性规范。此时,数字经济立法的监管价值无法凸显,地方立法与中央立法之间无法就责任划分、事项共管等进行有效互动,从而地方无法为中央数字经济立法提供经验。在数字经济立法中,存在的问题不只是部分研究者所认为的促进型立法不足,还存在立法的规制性不足,进而导致数字经济立法的促进价值与监管价值失衡。

2.内容方面:立法的地域性限制了全国统一大市场下的国家整体治理

在立法活动中,中央与地方有效互动的实质是就某些内容重要或权限模糊的事项突破传统央地关系分析的“集权一分权”逻辑。就我国数字经济立法而言,中央已采取相对宽松的态度,承认地方可以进行制度探索,此时互动的压力就主要集中于地方。数字经济摆脱了农业经济对土地和工业经济对资源的绝对依赖,依靠虚拟的数据信息创造价值和使用价值,具有典型的开放性。因此,数字经济立法必须紧密围绕数据、平台等要素,跳出传统经济分析的“问题一对策”思路,选择“要素一体系”模式构建数字经济法律体系。^③但数字经济毕竟隶属经济形态的一种,不仅其发展动力、评价指标等需要以行政区划为计量单位,而且其发展模式、治理机制也需要地方规范性文件予以保障和规范。也即,数字经济的开放性与地方立法的地域性之间存在天然龃龉。具体到数字经济立法的央地互动上,此冲突集中体现在以下两方面:

第一,数据要素增值需要依靠全国统一大市场形成合力,与“数据地方主义”相冲突。数据价值是产业创新发展的内在驱动和数字经济发展的底层逻辑。当数据成为重要生产要素时,地方数字经济发展的动力引擎就转向数据要素本身及其价值增值,这两方面都需要主体间的开放与合作。一方面,单一数据并无意义,只有海量数据得以汇聚并经过加工处理才会产生巨大的商业价值。此活动发生在全新的数字空间,完全脱离了物理世界的地域和行政区划限制。另一方面,数据要素价值增值也无法仅限于某一空间,它以行业和技术为依据,属于地方行政区划的“溢出”效果。^④甚至在一定程度上,数字经济发展中数据要素的价值实现是反行政区划的。基于当下

^① 参见王文华:《论〈数字经济促进法〉法律责任章之应然建构》,《法学杂志》2024年第5期。

^② 参见刘风景:《促进型立法的实践样态与理论省思》,《法律科学》(西北政法大学学报)2022年第6期。

^③ 参见王延川:《数字经济的立法模式选择与制度体系构造》,《西北大学学报》(哲学社会科学版)2024年第4期。

^④ 参见陈衍泰、许正中、谢在阳:《数字经济发展背景下数据要素参与分配的机制研究——以浙江为例》,《清华管理评论》2021年第11期。

科层制的社会组织结构,数据被控制在特定“地方”内。地方在参与数据资源竞争时,为吸引数据要素流入、防止数据要素流出,通常都会出台一系列法规和政策,保护数据垄断和不公平竞争,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。^①此时,严格基于行政区划的地方立法,成为数据要素增值的“绊马索”,导致地方无法给中央立法输送营养。因此,在承认“数据地方主义”客观存在的同时,必须预判其潜在风险,^②准确把握在全国统一大市场建设与区域经济协调发展双重目标下中央立法与地方立法的现实互动。

第二,数字经济治理的中央统一标准需求与地方立法保护现实相冲突。数据要素价值增值有赖于安全自由的外部环境和规范有序的数据治理。该治理之所以突破了组织结构意义上以行政区划为基础的地域治理,产生地方与中央的互动以及地方与地方之间的交叉,很大程度上是因为平台的出现。平台作为数字经济的最主要形式,其纵深扩张的双边或多边性交叉、破坏性创新和动态性竞争,不仅跨越产业边界,而且完全打破地域限制,打造出一个虚拟的“第二空间”,以开展相应的生产、流通、消费等商业活动。^③此时,数字经济地方立法就难免面临开放治理与地域限制之矛盾。(1)从中央与地方的角度看,地方立法无法对数据治理作出定性规定。何为数据与信息,数据权属如何划定,以及怎样进行数据分类分级,尽管这些内容主要适用于地方,但它们在形式上完全依赖中央立法规定。以地方政府的数据开放为例,虽然地方政府依托中央数据开放政策及当地数据利用情况,“先行先试”制定实操性较强的地方性法规,但是在全国统一大市场要求下,只有全国贯彻一致的认定标准,才能有效推进数据要素流动和公共数据公开。(2)从地方与地方的角度看,数字经济的虚拟性和平台性,使得算法侵权、数据垄断、隐私侵害等危害信息安全的行为完全突破行政区划,跨地域、跨边界成为常态。各地区行政主管部门、监管机构职责不清,导致非但无法在数据流动、数据交易、数据安全、电子商务等方面形成合力,反而进一步基于所享有的司法管辖权对数据竞争进行“隐性”的倾斜性保护。

四、数字经济立法央地互动的理念革新

关于如何突破当下我国数字经济中央与地方立法有效互动的现实困境,现有研究大都秉持传统的“集权一分权”逻辑,从立法释义学立场对宪法和宪法性法律进行具体化。该思路遵循立法技术主义,恪守既有立法体制机制。但就数字经济立法的央地互动而言,由于数字经济发展与治理的特殊性,还须将其置于社会治理背景下进行理解。这种治理主义研究进路以立法法理学为理论基础,将政治政策和法律法规之关系纳入实践理性视野,探索立法与国家政治政策和治理目标的深度关联。^④基于此治理主义,数字经济领域的央地互动立法,实质是数字社会的一种创新性治理活动;而中央与地方之间以及地方与地方之间的立法互补和协调,实质是治理过程中政治社会结构的优化。此时,我们就能从中央与地方在社会治理中的不同功能出发,挖掘地方在数字经济立法中的实践性权威,补充组织意义上的制度性权威,借此革新数字经济立法中的中央与

① 参见周尚君:《地方法治试验的动力机制与制度前景》,《中国法学》2014年第2期。

② 参见高一飞:《论公共数据治理的地方化趋向与完善机制》,《行政法学研究》2023年第4期。

③ 参见张新平:《网络平台治理立法的反思与完善》,《中国法学》2023年第3期。

④ 参见叶会成:《立法法理学的类型与意义——立法学学科性质的反省》,《法制与社会发展》2021年第6期。

地方以及地方与地方之间的互动理念。

(一)治理主义下地方立法的实践性权威

在治理主义下,中央与地方之间的立法互动作为地方治理法治化的实践,遵循国家治理的基本制度逻辑。该遵循依据有二:(1)从组织社会学角度看,央地互动的实质是完善和创新社会治理,国家治理出现矛盾意味着中央与地方关系处于不断调整、试错的过程中。^①因循该逻辑,地方法治建设中产生的诸多问题,实质并非源于经济发展的内生驱动性及官员“晋升锦标赛”,而是当下特定的社会治理结构。^②自西方国家最早提出经由“多层治理理论”打通地方主体治理权的“下放”和“上交”以来,^③我们就开始将其运用于分析央地关系。(2)从法学角度看,法治作为现代治理的基本方式,其建构受制于国家治理结构。在中国法治建设进程中,我们需要从地方工具主义法治观转向治理主义法治观。^④此时,“作为地方立法机关的立法活动,也承担了创制权利义务完善本地区依法治理的职责”。^⑤从党的十八大以来《立法法》的两次重大修改来看,很多立法机制与程序调整都重点考量了立法的社会治理功能。^⑥

立法的社会治理功能必须依据实践确定,挖掘治理活动中的实践性权威。合理的制度不是基于价值设定,而是基于制度在治理实践中所实现的内在协调与统一。^⑦如何在不违背既有国家立法体制和中央立法权属的前提下,就“中央和地方共同事务”制定符合当地数字经济发展现状的制度规范,是实现数字社会地方治理法治化的关键。对此,从治理主义出发,借助地方现实立法能力,挖掘地方在数字经济立法中的实践性权威,就成为解决地方立法反哺中央立法难题的重要突破点。在此背景下,当下开展的地方数字经济立法,不仅构成我国单一制国家“一元两级多层”立法体制的重要部分,是对中央立法的执行和细化;而且突破了中央与地方“集权一分权”简单逻辑,^⑧充分考虑到了地方数字经济立法的差异性和创新性,在具体社会治理中实际发挥治理的作用。不过,该地方立法的实践性权威与“地方保护主义”具有实质区别,一方面,实践性权威以组织意义上的规范性权威为基础,不能不当变通甚至扭曲中央立法,主张通过主动吸纳地方性知识将数字经济发展经验规范化;另一方面,实践性权威强调在事权、协同等制度和机制层面创新,以“互利共赢”为目标,而不是对利益的独占。

实际上,我国地方数字经济立法正逐步产生实践性权威,并不断反哺中央立法。近年来,我国数字经济飞速发展,并在电子商务、金融科技等领域成为全球引领者。该成就一定程度上得益于中央鼓励地方开展立法试验,并为其配套容错试错的创新激励。例如,针对国家数据交易标准欠缺问题,《辽宁省大数据发展条例》第37条规定:“推动建立完善全省数据基础性、通用性地方

① 参见周雪光:《中国国家治理及其模式:一个整体性视角》,《学术月刊》2014年第10期。

② 参见郑智航:《超大型国家治理中的地方法治试验及其制度约束》,《法学评论》2020年第1期。

③ See Hooghe L., Marks G., Unraveling the Central State, but How? Types of Multi-Level Governance, 97 American Political Science Review, 233-243 (2003).

④ 参见王若磊:《中国国家治理结构下“地方法治竞争”范式的反思》,《国家现代化建设研究》2024年第4期。

⑤ 金黎钢、张丹丹:《论实施性地方法规创制空间及其保障》,《江淮论坛》2015年第2期。

⑥ 参见刘志明、朱思远:《新时代人大制度建设和人大工作的重大成就与经验启示》,《扬州大学学报》(人文社会科学版)2024年第5期。

⑦ 参见林尚立:《制度与发展:中国制度自信的政治逻辑》,《中共中央党校学报》2016年第2期。

⑧ 参见杜辉:《“设区的市”环境立法的理想类型及其实现——央地互动的视角》,《法学评论》2020年第1期。

标准,加强数据标准体系的统筹建设和管理”,依靠地方数据条例的合法性和规范性,填补了《中华人民共和国个人信息保护法》的立法空白。又如,针对国家立法中平台义务和责任设置不全面问题,《深圳经济特区数据条例》第66条以“信义义务”方式,明确要求数据交易平台构建一个安全、可信、可控、可追溯的数据交易环境,以保护个人信息、商业数据和国家关键数据,有效推动《网络数据安全条例》对平台责任的完善。此外,《上海市数据条例》第54条更是充分结合地方平台治理实践和法律规制效果,明确规定平台在个人信息保护方面除了要承担民事侵权责任外,还要承担公法上的责任,从规范层面确立了个人信息及数据要素的复合保护模式。今后,随着国家就数字经济发展不断向地方“放权”,此类地方立法探索将会越来越多。

(二)数字经济立法央地互动理念再调整

治理主义下的地方立法从社会治理而非组织结构出发,审视中央立法与地方立法之间的关系,目的在于突破立法技术主义下“集权一分权”逻辑困境。此时,“鼓励合理创新”和“允许正当差异”就成为数字经济立法的重要实践原则。基于该原则,数字经济立法央地互动的理念也发生调整。具体表现在如下方面:

1. 中央与地方之间:融合“执行中央决策”与“鼓励地方创新”

一直以来,地方差异性都是处理央地立法关系的重要考量因素。^①“为更好地适应地方治理的现实情况和具体需求,地方立法可以采取差异性方案,并与其他地方开展一定程度的制度竞争。这就是地方立法所具有的差异化优势。”^②根据《立法法》第81条的规定,地方人大在制定地方性法规时奉行“不抵触”而非“依据”原则,且长期以来发挥中央和地方“两个积极性”都被作为处理央地关系的基本原则。但实际上,地方往往以中央立法为主臬,一定程度上只是中央的“代理人”,且中央立法机关倾向于采取较为严格的备案审查标准,对此地方立法机关只能刻意回避创新,通过相互“模仿”以规避可能违背上位法之风险。^③在全面深化改革背景下,既然《立法法》第7条明文规定“立法应当从实际出发,适应经济社会发展和全面深化改革的要求”,以及第9条规定“引导、推动、规范、保障相关改革,发挥法治在国家治理体系和治理能力现代化中的重要作用”,因而应当从中央和地方在社会治理中的功能出发,协调好“执行”与“创新”之间的关系。

一方面,“鼓励地方创新”理念对数字经济地方立法来说尤为必要。在新兴数字科技领域,我们没有采取制定统一法案以及出台行政令的方式,而是进行“小快灵”立法,借助地方立法先行来完善国家数字经济法律体系。这其实已经表明,对于数字经济立法,中央鼓励地方试错,以降低未来中央立法的风险和成本。鉴于我国数字经济发展起点低、基础弱,之前中央基于国家法制统一原则采取的“取平均值”立法策略并不可取。我们需要科学认识不同省市、不同地域之间在数字经济立法上的“统一与差异”。^④只不过,受制于地方立法长期以来对中央立法的依赖,地方“不知该如何办”。此时,应当从一种开放的治理主义来理解中央立法与地方立法之间的关系,地方已经被“制度性”地允许可以针对本区域内数字经济发展问题进行内容创新,而不只是对中央数字经济政策的简单重复。例如,《深圳建设中国特色社会主义先行示范区综合改革试点实施方

^① 参见章剑生:《论地方差异性立法及其限定》,《法学评论》2023年第2期。

^② 李少文:《中央和地方关系视角下地方立法权扩容的治理效能》,《法学论坛》2024年第2期。

^③ 参见向立力:《地方立法发展的权限困境与出路试探》,《政治与法律》2015年第1期。

^④ 参见张守文:《数字经济地方立法的统一与差异》,《地方立法研究》2024年第6期。

案(2020—2025年)》明确鼓励深圳创新开展地方立法,完善数据产权制度设计;将要制定的“浦东新区数字经济条例”,更是把上海市如何实现数字经济蓬勃发展、产业数字化作为核心内容。也即,只要地方立法“不抵触”国家立法,我们就可以鼓励地方创新,不能把“不抵触”理解为“不允许”。在保证数字经济发展地方能动性的同时,为上位立法反哺经验。对此地方立法创新,当前学界已有相关研究。例如,就“地方性事务”之内涵,研究者开始进行实践性、多维度、分阶层的界定;^①又如,在审查下位法时,研究者认为立法审查部门今后要更多依靠“合目的性”标准,从条文依据和法理依据两方面理解“上位法依据”,以有效避免陷于审查僵化的境地。^②

另一方面,鼓励创新并非盲目自信,由于各区域经济原始禀赋不同,数字技术在不同地区也有着不同“映射”。各地域、各省市要根据自身数字经济发展现状,实事求是地制定相关政策措施,切勿主观冒进。例如,我们强调省域数字经济共同发展,并不是要求各省域数字经济发展的质量和水平都保持一致,而是要有效发挥不同区域的优势,着力缩小区域间数字经济发展差距,构建错位发展的数字经济格局。此时,数字经济地方立法不能为了创新而创新,而是必须兼顾本地现实。例如,浙江省、上海市等沿海省份,相比中西部地区较早赶上了数字经济发展快车道。它们需要在不抵触上位法的前提下,结合本辖区的地理和经济特色以及数字经济发展现状,就当前产生的数字经济问题进行先行立法,填补中央立法的“空白区”。此外,国家批准的数字经济发展试验区,更要充分利用其相对优势,借助中央授予的立法权,积极探索数据权益保护、开放共享、交易流通、监督管理等规则和标准,在产业数字化转型、数据要素市场建设方面为全国立法提供先行经验。

2.地方与地方之间:协调“相互竞争”与“加强合作”

除鼓励地方创新外,数字经济立法央地互动的另一理念革新是各地方之间要通过加强合作来优化竞争。该理念与数字经济发展规律及央地关系内容拓展密切相关。就前者而言,数字经济是速度型经济,它不再局限于某一特定区域,而是趋向于资源共享,开放合作是发展的关键词。^③并且,数字经济价值积累靠聚合,聚合的实现靠连接。尽管单一数据自身亦有价值,但更大价值来自数据汇集后的加工处理。只有多方面、全方位、全过程合作,才能实现整体利益最大化。就后者而言,在治理主义下,中央与地方关系不再仅拘泥于形式性的“一对一”关系,还有针对地方形成合力之后的“一对多”关系。近十几年来国家大力建设经济圈之事实,就印证了地方之间通过加强合作来优化竞争之必要。各地方需要在传统的竞争性发展思路的基础上,逐步凸显“加强合作”理念,并将主要精力集中于制度合作。回应资本驱动“利益模式”所引发的数字经济非均衡发展,我们需要借助制度性的“权利模式”,弥补利益调整之不足。^④在实践中,各省级权力机关和行政机关已开始从制度出发,打破割据和壁垒,协同完善数据基础制度和建设数字基础设施,共同培育和发展平台,推进数据要素市场化配置。例如,在中央层面,国家发展和改革委员会牵头成立了“部际联席会议制度”,统筹推进数字经济重大工程;在地方层面,陕西省、上海市

^① 参见俞祺:《论立法中的“地方性事务”》,《法商研究》2021年第4期。

^② 参见罗培新:《论地方立法与上位法“不抵触”原则》,《法学》2024年第6期。

^③ 参见陈梦根、侯园园:《中国经济增长动力结构变迁:2000—2019》,《经济研究》2024年第1期。

^④ 参见孟融:《效益到权利:数字经济构建的非均衡性及法治矫正》,《华中科技大学学报》(社会科学版)2024年第4期。

等地方政府也通过“任务分包”方式,增强各责任部门之间的配合与协同。

“加强合作”也是对地方的数字经济促进条例和大数据发展条例中立法“碎片化”及“应景化”问题的积极回应,可助推建设国家数字经济法律体系。一方面,数字经济立法的地方合作,有利于特定省市发展。地方与地方之间借助立法合作,打破数字经济发展的地方制度壁垒,不仅可以在数字基础设施建设上相互提供助力,而且可以在数据治理和数字产业化发展上形成合力。同时,在合作过程中,地方主体通过强强联合和互通有无,还能形成数字经济区域发展优势。例如,长三角地区就充分利用其区域协同立法先行优势,积极进行区域间在数据要素流通、数字产业化发展等方面的立法合作,成为国家数字经济立法的重点改革区和先进示范区。另一方面,地方在数字经济立法中加强合作,也有助于维护其发展特色,对其他地域产生传播性影响。是否符合本地发展特色,是衡量地方性法规质量高低的重要标准。地方立法主体围绕共同发展目的展开合作,可以引导其他地区“效仿”其经验,进一步发展和巩固自我先行优势。例如,《浙江省数字经济促进条例》就在内容和体例上,对之后的《河南省数字经济条例》《广东省数字经济促进条例》《江苏省数字经济促进条例》《山西省数字经济促进条例》等产生了直接借鉴价值。

五、数字经济立法央地互动的路径完善

基于治理主义下地方立法的实践性权威,我们提出了我国数字经济立法央地互动的新理念。为实现中央与地方之间的良性互动,我们必须将此抽象理念转化为可操作性机制,以协调中央立法的形式性与地方立法的实质性之间的张力。回应央地互动的双重困境,未来我国数字经济央地立法关系应着重从以下三个方面来完善:(1)结合中央与地方在数字经济治理中的实际能力,界分央地立法权属;(2)充分发挥数字经济领域“政策—立法”二元治理模式的作用,畅通央地互动渠道;(3)摆脱立法技术主义下“集权—分权”逻辑的桎梏,拓展央地互动方式。

(一)通过“事权区分化”厘清央地立法权属

当下我国数字经济立法央地互动的首要难题,仍是针对那些既新颖又缺乏规范的事项,如何划分中央与地方立法权属。该权属之厘清,看似是实现中央和地方“各管一块”,弱化了互动必要。但面对数字经济新形态,它并不违背互动的本质,反而正是央地立法互动所追求的目标。尽管《立法法》第11条已就中央专属立法权作出较为明确的解答,但限于立法语言的模糊性及数字经济的复杂性,数字经济中央立法权专属限制并非绝对。在治理法治观下,我们需要将技术主义下的立法权限讨论与治理主义下的立法能力讨论充分结合起来,选择具有权力和权能双重意涵的“立法事权”,作为划分央地立法权属的实践标准。与立法权限主要反映主体间的地位差别相比,立法能力直接反映了不同主体尤其是地方立法主体在不同事权处理上的具体权能。^①一方面,中央与地方的关系体现在权力分配上主要是事权和财权,并以事权为核心。事权作为公权力主体利用财政资金进行社会服务的职责义务,其配置是立法权配置的逻辑起点和前提条件。“立法权的划分应当根据很确定的界限,并且以事权划分为前提,有什么事权,就有什么立法权。”^②另一方面,事权的履行也必须以法治化方式实现,如果没有地方立法权,那么地方治理法治化就

^① 参见张琼:《类型化视野下的地方立法能力及其现代化路径》,《法商研究》2023年第1期。

^② 张春生、林彦:《〈立法法〉修改前瞻——访中国立法学研究会会长张春生》,《交大法学》2014年第3期。

无从谈起。

在数字经济领域,事权作为确定央地立法权属的事实依据,来源于政府的职责与能力,并通过与数字经济要素交互融合发挥作用。一直以来,我国中央与地方之间都缺乏明确的事权划分标准,更多还是依靠行政文件进行模糊性、重叠性规定。^①《立法法》第11、80、81、82、93条作为央地立法事项划分的主要规范,确立了“法律保留事项”“地方性事务”“不抵触”等抽象标准。之后学界又从实践维度出发,在“重要程度”标准基础上补充了“影响范围+事物本质”标准。^②在数字经济领域,基于数据要素的开放性和流动性,该“影响范围+事物本质”同样构成我们进行央地立法事权划分的重要标准。也就是说,尽管当下我国数字经济立法涉及数字基础设施、数据要素、数字产业化、产业数字化等近似内容,但是我们仍然可以依据其性质和影响程度,初步确定其立法权限应属于中央还是地方。大体而言,“全国范围+重要事项”属于中央立法范围,“地方范围+非重要事项”属于地方立法范围,而“地方范围+重要事项”与“全国范围+非重要事项”则属于中央和地方共同立法事项。这并不是对《立法法》和《地方组织法》所确立的央地立法权的僭越,而是基于实际的立法治理能力,于既有立法权体系框架内在“另一赛道”进行的细化和补充。

首先,中央立法应主要围绕核心概念和数据权属界定、数据交易流通规则建构以及数字产业化规划发展等事项展开。这些内容直接作用于社会私主体的行为,影响其权利、义务与法律关系,且该影响具有全国性意义。在治理主义下,数字经济中央立法与地方立法之间是一种相互合作而非绝对管控的关系。围绕为社会提供公共物品和服务之立法目的,具体做法是,对于明显带有地方性公共事务特征或者产生地方外部性的事项,由地方政府来推进改革;对于影响全国或具有全国公共性特征的事项,为避免重复的地方试验,由中央直接操办。^③秉持区分理念,国家层面有关数字经济发展的法律法规应重点指向“数据资源”章节,侧重数据归属、数据产业化发展和数据交易。例如,就数据权属而言,无论我们最终将数据理解为资源,按照《宪法》第9、10条关于自然资源权属的规定类推;还是将数据理解为生产要素,纳入《立法法》第11条“基本经济制度”的法律保留事项;抑或是将数据作为特别物权,根据《中华人民共和国民法典》第116条“物权的种类和内容,由法律规定”,该数据权属都隶属中央立法事权范畴,应进行统一的中央立法。

其次,地方立法内容应主要围绕产业数字化和数字治理等事项展开。从既有立法文本看,尽管相关条文规定混乱杂糅,“但其实质都是在部署政府的下一步工作,意义在于为政府深入推进处理数据相关事务提供行动纲领和规范依据”。^④在产业数字化方面,大数据发展立法应当以产业促进为导向,把重点放在促进产品研发、深化大数据应用、加快大数据产业主体培育和建立产业支撑体系上。当下多省市的大数据条例都是口号性地发展数字产业或大量重复既有政府规划和政策,对此,未来地方的数字经济促进条例必须专章规定“产业数字化”内容,并根据不同省份的特殊性进行区别化设计。例如,《广东省数字经济促进条例》紧密结合广东省高新技术发展的产业集群和专业技术优势,专门围绕其地方数字经济发展特色与专长,列举出重点培养的方面。

^① 参见宋方青、姜孝贤、程庆栋:《我国地方立法权配置的理论与实践研究》,法律出版社2018年版,第155页。

^② 参见封丽霞:《中央与地方立法事权划分的理念、标准与中国实践——兼析我国央地立法事权法治化的基本思路》,《政治与法律》2017年第6期;朱丘祥:《从行政分权到法律分权——转型时期调整垂直管理机关与地方政府关系的法治对策研究》,中国政法大学出版社2013年版,第50页。

^③ 参见张文魁:《央地关系改革的合理方向》,《探索与争鸣》2015年第2期。

^④ 葛江虬:《论数据立法权的央地分配》,《法学论坛》2024年第5期。

在数字治理方面,数字经济地方立法“应当回应政府数据治理和企业发展的实践需求,以数据资源高效利用为导向,明晰数据治理主体和责任”。^①在不抵触中央立法的前提下,由地方根据自己的特殊性,集中就涉及数字政府、数字政务服务平台、城市数字化治理的内容,充分发挥地方立法优势,制定符合本地数字经济发展的治理规范。

除此之外,考虑治理的有效性,以下两项事务归入地方立法也较为妥当:一是数字经济促进条例的政务服务、财政、税收等保障措施,以及大数据发展的管理机构、职权设置等内容,需要各省市根据自己的客观情况在条例中予以规定。地方无须为了看似全面而照抄其他省市规定,或者为了与中央保持一致而等待中央立法。二是数据分类分级及公共服务类数据开放。因数据开发利用之前一直属于“央地共同事务”,鉴于地方数字经济立法的实践性权威及具体操作之现实,我们将其理解为《立法法》第73条第1款中的“地方性事务”更为合理。

(二)借助“政策法律化”畅通央地互动渠道

当下我国数字经济治理的一个突出特点是政策先行。当缺乏统一立法时,制定中央政策能够为地方数字经济立法提供指引。从新中国成立之初中央与地方“商量着办事”,到改革开放之后中央与地方的“两个积极性”原则,再到当下面对应急性事件时中央政策在地方的无障碍适用,国家政策都是处理央地关系问题的重要依据。数字经济立法尽管有其特殊性,但本质仍属于经济立法,我国经济立法在立法动因上与政策息息相关。一直以来,党和国家的政策都为经济立法提供依据,凝聚共识,提高立法效率。^②此时,如何科学处理政策与立法之间的关系,是化解数字经济立法央地互动难题的重要内容。就其实现,我们需要“两步走”:

第一步,以中央政策与地方立法的实际互动为基础,确立我国数字经济领域的“政策—立法”二元治理模式。党的十八大以来,党中央、国务院出台了一系列政策性文件,对我国数字经济发展与治理进行了整体部署。党的二十届三中全会所指出的“加快构建促进数字经济发展体制机制,完善促进数字产业化和产业数字化政策体系”,更进一步表明,在数字经济发展初期,该“政策—立法”二元治理模式仍将长期存在并产生治理效能。就当下既有数字经济和大数据立法而言,大多都是对政策所确定立法规划的具体落实。我国既然在本轮数字经济发展中确立了“世界领先的追赶者”定位,就是要通过国家整体设计,避免在此轮世界数字经济发展浪潮中再现“布鲁塞尔效应”。^③面对数字经济发展的不确定性风险,在中央立法并未明确数据权属等核心问题之前,遵循政策仍是地方立法最稳妥的选择。

第二步,通过政策法律化优化“政策—立法”二元治理模式。有关数字经济发展的党和国家的政策无论多么完善,毕竟有别于经由专门立法程序而颁布的法律,从而不具有法律强制力和普遍约束力。面对国家直接立法阙如的现实,可行路径就是从法律变革出发,探索如何将既有的一系列有关数字经济发展的国家政策予以法律化,构建数字经济治理的法治格局。^④具体而言,该政策法律化是指,围绕我国中央和地方有关数字基础设施建设、数字产业化发展、数据要素流通

^① 陈晓勤:《需求识别与精准供给:大数据地方立法完善思考——基于政府部门与大数据相关企业调研的分析》,《法学杂志》2020年第11期。

^② 参见史际春:《经济法的立法路径审视及其改革》,《东方法学》2024年第4期。

^③ 参见张凌寒:《中国需要一部怎么样的〈人工智能法〉?——中国人工智能立法的基本逻辑与制度架构》,《法律科学》(西北政法大学学报)2024年第3期。

^④ 参见张守文:《构建数字经济治理的法治路径》,《东方法学》2024年第5期。

等内容的众多政策性文件,抽取其中具有法律指引意义或可能上升为法律规范的内容,用于指引我国当下数字经济立法,或者直接转化为既有地方立法的内容。从立法法理学视角审视,政策法律化并不是将国家和公共政策直接转化为立法,而是强调政策对之后相关立法的指引功能。在具体转化中,该政策要有一定的数量和辨别性,并且应侧重“法源性政策”。只要它们对明确法律原则、指引司法解释、辅助司法裁判具有实际价值,就都可作为政策法律化的成果,而不拘泥于制定成文规则。

数字经济政策法律化之实现,重在明确转化要求。对此,美国法学家德沃金提出的“规则—原则—政策”这一法的模式理论,^①可为该转化提供理论分析工具。根据该理论,既有数字经济政策可以分别转化为政策性条款、原则性条款和规则性条款,且各自具有不同的证明标准。(1)转化为政策性条款。该政策性条款的内容仍然是政策性的,但政策性条款“因属于法律系统,而具有了规范性文件所不具备的法的体系性、稳定性、权威性特征”。^②在数字经济立法中,政策性条款主要对地方性法规及地方政府规章的制定进行宏观指引,最终以立法目的形式呈现。以《浙江省数字经济促进条例》为例,该条例作为我国数字经济促进立法的最先探索,在内容及格式编排上,直接以国家的数字经济发展政策为依据,甚至可视为一定程度上重述了国家政策。(2)转化为原则性条款。就作用而言,法律原则和政策均具有抽象的价值指引性,但二者的最大区别在于,法律原则隶属法律规范,具有法律强制力。在数字经济领域,基本上所有的数字经济促进条例和大数据立法都确立了某些法律原则。例如,地方数字经济促进条例所规定的原则主要有引领创新、公平竞争、包容审慎、安全发展及保护个人信息,它们都直接来源于我国有关数字经济和大数据发展的国家政策性文件。(3)转化为规则性条款。这也是数字经济政策法律化的最终阶段。即通过类型化分析中央和地方有关数字经济发展的政策性文件,直接将其中可以作为法律渊源或具有裁判意义的“法源性”数字经济政策转化为裁判规范,提炼出“假定条件—行为模式—法律后果”逻辑结构。以数据确权为例,自“数据二十条”提出“三权分置”以来,有的省市重复该表述,将数据权益描述为“资源持有权、加工使用权和产品经营权体系”;有的省市则规定了数据处理器可以对“通过实质性加工和创造性劳动形成数据产品和服务”享有“依法使用,自主处分,获取收益”的权能;还有省市更直接明确地在权能层面规定,数据流通交易市场主体享有“使用数据资源、转让数据权益、经营数据产品获得收益的权利”。^③在理论研究中,也有学者通过分析该政策内容的合理性与可信性,主张将其上升为法律规定。^④

(三)经由“立法协同化”拓展央地互动形态

当“集权—分权”逻辑成为制约数字经济央地立法互动的因素时,拓展互动形态就成为优化我国数字经济立法的重要策略。结合治理主义下中央与地方之间的“鼓励创新”以及地方与地方之间的“加强合作”新理念,这种央地互动新形态可以从区域法治建设角度来探寻。区域法治发展作为中央与地方法治关系的“升级版”,强调国家特定空间范围内法治的具体实现。^⑤面对央

① 参见张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社2006年版,第312页。

② 肖恒:《立法法理学视野下政策法律化的证成》,《福建师范大学学报》(哲学社会科学版)2022年第5期。

③ 参见《厦门经济特殊数据条例》第37条、《辽宁省大数据发展条例》第33条和《吉林省大数据条例》第22条。

④ 参见陈越峰:《超越数据界权:数据处理的双重公法构造》,《华东政法大学学报》2022年第1期。

⑤ 参见公丕祥:《区域法治发展的概念意义——一种法哲学方法论上的初步分析》,《南京师大学报》(社会科学版)2014年第1期。

地关系困境,当一种更高层次稳定的央地关系形态无法形成时,只能进行谨慎微调和合理修改,此时区域协同治理的合宪性议题就进入中央与地方关系讨论范畴。^①具体到数字经济立法中,考虑到数字经济发展的地方差异,如何在中央“推进型”价值观指引下实现数字经济立法的区域协同,^②对解决央地立法难题具有重大建设性意义。该立法协同源自经济领域,党的十八大以后,随着改革与法治关系日渐深化,其逐渐成为区域法治建设的重要制度创新,并提炼形成“区域协同立法”。在数字经济发展中,区域协同立法以特定区域的数字经济良性发展为追求,目的在于消除地方保护主义下地方分散立法的负面影响,希望借助多主体互动来清除改革障碍,为实现数据要素在更大范围内流通以及产业数字化聚合提供法律依据。

数字经济区域协同立法的目的并不仅是制定一系列具体的规范性文件,还包括通过协调中央与地方以及地方与地方间的立法关系,尽可能消除对区域发展造成阻碍的冲突规范,营造区域数字经济发展的良好法治环境,构建地方数字经济发展竞争新格局。根据作用机理不同,该协同立法包括不同省市之间的“外部协同”以及省域内的“内部协同”两方面。(1)“外部协同”作为数字经济区域立法的主要类型,是指就数字基础设施建设、数据治理等事项积极实现各省市之间的通力合作。数字经济的虚拟性和跨界性,使得在数字经济地方立法中,无论是一般性的数字基础设施建设和数字产业化,还是平台建设和信息权益保障,都需要尽可能保持一致,以便于实现数据自由流通和交易。并且,数据的安全保护、数据目录的制作、数据的分类分级等环节的技术性规范,也理应采用同一标准。例如,《河北省数字经济促进条例》中的“京津冀数字经济协同发展”章节,既指出了应对京津冀区域新型基础设施建设标准、布局、应用进行立法协同,又结合河北省在京津冀区域发展中的功能定位以及雄安新区在智慧城市建设和数字要素流通、体制机制创新等方面的探索,提出要在该区域内统一数据技术规范、协调产业数字化进程。基于该立法协同,技术发达地区可以在全国经济一盘棋中,科学引领地方数字经济立法,提高后发展区域的数字经济立法质量。(2)数字经济领域的区域协同立法还存在“内部协同”。即针对某一数字经济发展事项,区域内已经具有相应的法规或规章,但为了提升该地方立法的社会治理效能,我们对既有多项地方性法规或地方政府规章在内容上进行协调处理。在数字经济领域,该“内部协同”主要指各省市作为直接立法的数字经济促进条例和作为间接立法的大数据条例或数据发展条例之间的关系协调,致力于化解数字经济央地立法中的体系性难题。在数字经济“全国大立法”时代背景下,浙江省、广东省、四川省等多省市既有大数据发展条例,又制定了地方性的数字经济促进条例,该行为也为越来越多的地方所效仿。然而,由于立法时间紧张,且无论是大数据发展条例还是数字经济促进条例,都出于同一地方人大部门,出现内容重复在所难免。但大数据发展条例和数字经济促进条例又不能实质等同,而应各有所侧重。大数据条例作为综合性立法,除了关注与数字经济直接相关的内容外,还涉及社会治理、国家安全等综合性内容;数字经济促进条例则必须以数字产业化和产业数字化为核心,侧重数据要素流通与数据价值增值。但从当下多数立法文本看,它们之间的关系一直被忽略,我们亟须对此进行内在的体系性协同。

^① 参见于文豪:《区域协同治理的宪法路径》,《法商研究》2022年第2期。

^② 参见武西锋:《数字经济价值观:推动型经济正义的理论构建》,《扬州大学学报》(人文社会科学版)2023年第2期。

六、结 语

《“十四五”数字经济发展规划》要求,到 2025 年我国“协调统一的数字经济治理框架和规则体系基本建立……与数字经济发展相适应的法律法规制度体系更加完善”。从当下我国数字经济立法现状看,国家立法暂缺乏整体制度构造,地方立法则在很大程度上陷入“碎片化”和“盲目攀比”怪圈。在此背景下,如何探寻优化我国数字经济立法的有效突破口,既是为数字经济发展保驾护航的需要,又属于我国地方法治建设的重要实践。基于此,本文从中央立法与地方立法的互动关系出发,一方面指出我国数字经济立法内嵌的央地互动逻辑以及具体实践中的互动困境;另一方面从治理主义出发,提出我国数字经济央地互动新理念,并构建完善央地互动的可行路径。本文试图找到优化我国数字经济立法的突破口和着力点——中央与地方之间的立法互动,不再仅局限于传统的“集权—分权”立法逻辑,而是真正从我国数字经济立法实践出发,将该央地互动理论应用于立法现实。但我们也应认识到,本文所提出的央地互动完善对策当下仍具有一定实施难度。为使其真正发挥优化数字经济立法的作用,我们必须匹配以相应的可操作性机制,清除个体利益等外在因素带来的客观障碍,这也是今后数字经济立法研究应着重关注的内容。

Abstract: High level legislation is the institutional guarantee to advance high-quality development of the digital economy. As the inherent logic of digital economy legislation, central-local interaction has sufficient theoretical basis and normative basis, and is the breakthrough and focus of optimizing China's digital economy legislation. At present, China's central and local interactive legislation of digital economy is facing not only the "new form" of traditional central and local legislation problems, but also the "new problems" unique to legislation in the field of digital economy. Sticking to the "centralization-decentralization" logic of central-local relationship analysis based on legislative technicalism, ignoring the practical authority of local legislation on governanceism, is an important reason for affecting the central-local effective interaction in the digital economy legislation. To comprehensively optimize the legislation of China's digital economy, we should focus on the following improvements regarding the central-local interaction relationship based on innovating the concept of central-local interaction: Firstly, delimit the central-local legislative power with the help of "regional division of power"; Secondly, smooth the central-local interactive channels through "legalization of policies"; Thirdly, enrich the form of central-local interaction through the "legislative synergy".

Key Words: digital economy legislation, central-local interaction, local legislation, promoting legislation

责任编辑 王虹霞