

自動化行政中實體性正當程序的重構

唐安然*

摘要 實體性正當程序在傳統行政中常基於防止司法權僭越立法權而被忽視，在自動化行政中更是陷入名存實亡的適用困境。然而，無論是曆史淵源還是理念內涵，實體性正當程序的價值都在於對權力行使與權利保護的範圍調整與利益權衡，並主要通過審查具有普遍適用效力的規則合法性來實現。它契合採用機器學習系統的自動化行政糅合個案判斷與普遍適用、混合行政決定與行政立法的新型模式下正當性保障需求，有必要予以重構，借助民主機制、權利機制與權衡機制實現立法過程的正當性保障、權利保護的數字化升級與多元利益的全過程權衡。由此，實體性正當程序需通過對自動化系統應用的法律授權、對自動化系統設計的倫理審查，以及對自動化系統效益的基準測試，保障自動化行政決策的正當性。

關鍵詞 自動化行政 實體性正當程序 法律授權 倫理審查 基準測試

一、問題的提出

自動化行政的興起衝擊正當程序，緩解的路徑有兩條：一是改造程序性正當程序，二是重提實體性正當程序。二者都不可缺，但後者往往被忽視。實體性正當程序在司法適用中，常被視為法院對相關立法的合憲性審查。有觀點甚至認為其不屬於正當程序條款的適用，而是其他實體法律規範在發揮作用。^[1]受此影響，在自動化行政中也更重視對程序性正當程序的改造，以至於自動化行政的實體正當性保障需求與程序正當性變革面向之間產生罅隙。

既有研究認為，算法技術造成信息不對稱，並縮短了行政過程，^[2]使得“排除偏見”遭遇算法

* 唐安然，上海交通大學凱原法學院助理研究員、法學博士。

本文係國家資助博士後研究人員計劃“共享正義下公共數據授權運營的法律性質與立體構造研究”（項目編號：GZC20231562）、國家社會科學基金重大項目“數字政府的法治建構研究”（項目編號：24&ZD128）階段性成果。

[1] See Ilan Wurman, *The Origins of Substantive Due Process*, 87 The University of Chicago Law Review 815, 815-881 (2020).

[2] 參見張凌寒：《算法自動化決策與行政正當程序制度的衝突與調和》，載《東方法學》2020年第6期，第4頁。

系統設計偏見的挑戰，^[3]“陳述申辯”遭遇自動化直接決定而無通知的挑戰，^[4]“聽取意見”遭遇自動化決策變更成本高昂的挑戰。^[5]對此，應構建“技術性正當程序”模態。如在算法設計上要遵循“技術正當性”，保證算法設計本身不具有歧視的可能；在算法公開上進行“算法解釋乃至代碼公開”，保證行政公開和說明理由等正當程序要求迎合自動化行政新需求。^[6]“排除偏見、聽取意見、陳述申辯”等傳統正當程序要素，也就轉向了“全程參與、原理公開、充分告知、有效交流、留存記錄、人工審查”^[7]等技術性正當程序要素。但問題在於，一方面，這些程序要素還是傳統程序性正當程序的輻射範圍嗎？其實已經糅合了程序性正當程序與實體性正當程序，人工審查、全程參與等程序已經具有了准立法程序的特點。另一方面，對算法權力的控制需要依靠規範社會算法決策系統的實質性方法。^[8]忽視程序性事項與背後實質利益保障的連接，會面臨各種不徹底、不充分的權力控制與權利保障難題。如經濟主體雖可借助程序性正當程序，利用通知異議程序對抗行政緊急權力，但期限一到，實體權利還是會受損而無法得到根本保障。^[9]故在數字時代重提實體性正當程序是必要且關鍵的。

鑒於自動化行政相較於傳統行政模式的轉變，對算法的規制與審查超出了程序性正當程序的輻射範圍，需要重新進入實體性正當程序的視野，並對實體性正當程序予以重構。本文首先梳理實體性正當程序的源流發展與認識誤區，根據司法現狀分析其在自動化行政中適用的普遍困境。其次，基於自動化行政糅合個案判斷與普遍適用、混合行政決定與行政立法的模式特點，論證實體性正當程序與之契合，可為之確立實體正當保障機制，有必要重構實體性正當程序。最後，主張通過對自動化系統應用的法律授權、對自動化系統設計的倫理審查與對自動化系統效益的基準測試，展開實體性正當程序的重構路徑。

二、自動化行政中實體性正當程序的適用困境

實體性正當程序在曆史發展過程中，具有理論內涵與適用模式兩個層面的表現。但二者常被混為一談，一提及實體性正當程序，就容易遭到司法權僭越立法權的批判。這也導致司法實踐對正當程序條款的適用縮減為程序性正當程序，忽視實體性正當程序。此種適用誤區在自動化行政中更為顯著。正因為實體性正當程序的傳統適用情境被限定在立法權行使的領域，當自動化行政中的算法規則構成准立法時，卻基於不具有行政立法權的外觀而被視為行政裁量，導致法院駁回實體性正當程序主張。實體性正當程序對具有普遍適用性的規則進行利益權衡的功能價值被忽視，無法適應自動化行政中具有准立法特質的算法規則審查，從而名存實亡。

[3] 2008年，美國聯邦貿易委員會基於不公平權力對一家信貸提供商提起訴訟，因為該機構以一種未公開的行為評分模型對使用信用卡進行某些交易（如個人諮詢）的消費者進行了懲罰。Stipulated Order for Permanent Injunction and Other Equitable Relief Against Defendant CompuCredit Corp., *FTC v. CompuCredit Corp.*, No. 1:08-CV-1976-BBM-RGV (N.D. Ga. Dec. 19, 2008), <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2008/12/081219compucreditstiporder.pdf>. See Danielle Keats Citron & Frank Pasquale, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, 89 *Washington Law Review* 1, 23 (2014).

[4] 自動化公共福利決策系統在沒有事先通知的情況下終止福利給付。Christina DeLeon et al. v. Jim Hine, Civ. No. A03CA816LY, (W.D. Tex. Jan. 5, 2004); Juan Ledezma et al. v. Sandra Shewry, Civ. 07-507057 (Cal. Super. Ct. filed Feb. 26, 2007), See Danielle Keats Citron, *Technological Due Process*, 85 *Washington University Law Review* 1249, 1281-1282 (2008).

[5] See Danielle Keats Citron, *Technological Due Process*, 85 *Washington University Law Review* 1249, 1284 (2008).

[6] 參見劉東亮：《技術性正當程序：人工智能時代程序法和算法的雙重變奏》，載《比較法研究》2020年第5期。

[7] 參見蘇宇：《數字時代的技術性正當程序：理論檢視與制度構建》，載《法學研究》2023年第1期，第91頁。

[8] See Ari Ezra Waldman, *Power, Process, and Automated Decision-Making*, 88 *Fordham Law Review* 613, 613-632 (2019).

[9] See Jonathan W. Ellison, *Trust the Process? Rethinking Procedural Due Process and the President's Emergency Powers over the Digital Economy*, 71 *Duke Law Journal* 499, 499-540 (2021).

（一）實體性正當程序的源流發展與認識誤區

“實體性正當程序”是美國法上的理論學說，本質上是對公權力行使中應當遵守的權力邊界與權利保護必要性的探究。對實體性正當程序的源流發展，存在兩種認識：其一，認為在美國憲法第五修正案正當程序條款規定並適用的過程中，就已經包含了實體性正當程序的思想，^[10] 指向憲法上未列舉的基本權利保護範圍。^[11] 換言之，正當程序條款規定的“未經正當法律程序，不得侵害公民生命、自由和財產等權利”中所列舉的生命、自由和財產之外的其他權利，在遭受國家權力侵害時，要求獲得正當法律程序保護，構成實體性正當程序的適用情境。^[12] 由此，實體性正當程序成為美國法院發揮拓展與認可公民基本權利的建構功能。^[13]

其二，認為直到美國憲法第十四修正案規定州行使權力需要遵循正當程序的前後時間，實體性正當程序作為學說與司法適用依據才明晰可見。其指向州是否享有立法權限，以公共福利或公共利益為理由來限制公司等商業主體的自治與自由。如洛克納案，涉及州規定麵包師工作時間的立法是否有效。法院利用第十四修正案中的正當程序條款，宣布麵包師每周工作時間不得超過 60 小時的法令無效，因為該立法造成了對人身自由和合同自由的不當幹預。^[14] 由此，實體性正當程序進入了對州立法予以合憲性審查的適用情境。在司法審查中，適用的重點並不單純地是公共福利與個體自由之間的利益權衡，更重要的是司法權在何種程度上能夠以憲法為依據，來審查行政立法的有效性。此時，實體性正當程序成為法院對憲法等規範加以解釋與論證的工具。

總結來看，實體性正當程序可分為法學理論內涵與司法適用模式兩個層面。從法學理論內涵來說，要求國家權力對公共福利或公共利益的追求必須與對個體自由等權利的限制相平衡。實體性正當程序首先指向權力基於合理的事由去限制權利，其次限制方式是正當的。不論司法權對立法權尊讓與否，實體性正當程序在約束公權力肆意侵害公民基本權利的底層邏輯上是一致的，可以當然地適用於任何行政權行使的活動，包括行政立法。從司法適用模式來說，實體性正當程序只能在司法權可以介入行政權的範圍內得以適用，尤其需要判斷司法權可否根據憲法等上位法對行政立法行為進行評價，覆蓋乃至否定行政立法權行使。

而對實體性正當程序的批判，大多是將實體性正當程序的理論內涵與適用模式混為一談，似乎只要提及實體性正當程序就面臨司法權對立法權的僭越。洛克納案正是被認為構成司法越權，而成為實體性正當程序適用的反面案件。^[15] 在此種認識下，為保障司法權對立法權的尊讓，實體性正當程序在司法實踐中有意被排除。^[16] 但一方面，這並不合理，實體性正當程序的理論內涵有其利益權衡的價值，司法開展利益權衡並非一律越權。^[17] 另一方面，實體性正當程序被忽視的問題，在自動化行政中變得更突出。因為自動化行政的模式不同於傳統行政模式，直接或間接地表現為行政立法權行使的模式。不對自動化行政進行實體性正當程序的審查，就無法約束自動化行政權力的行使，會使正當程序條款整體陷入適用困境。

[10] See Randy E. Barnett & Evan D. Bernick, *No Arbitrary Power: An Originalist Theory of the Due Process of Law*, 60 William & Mary Law Review 1599, 1638 (2019).

[11] See Ryan C. Williams, *The One and Only Substantive Due Process Clause*, Yale Law Journal, 2010, Vol.120(3), p.454-470.

[12] See Michael J. Perry, *Abortion, The Public Morals, and the Police Power: The Ethical Function of Substantive Due Process*, 23 UCLA Law Review 689, 689-736 (1976).

[13] See Catherine R. Ligioso, *Interpreting Substantive Due Process: What Does "History and Tradition" Really Mean?*, 57 California Western Law Review 153, 153-178 (2020).

[14] *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

[15] See Bernard H. Siegan, *Economic Liberties And The Constitution*, University of Chicago Press, 1980, p.23.

[16] 參見蔣熨：《正當程序條款的不同命運——美國憲法和印度制憲會議舊事》，載《華東政法大學學報》2016年第3期，第144頁。

[17] 參見楊洪斌：《洛克納案、實體性正當程序與“明顯違憲”標準的衰落》，載《交大法學》2023年第1期，第79頁。

（二）實體性正當程序在自動化行政中的適用現狀

基於認識誤區，實體性正當程序在曆史發展中所形成的司法對行政立法的有限審查模式，適用到機器學習系統下的自動化行政中，變成回避模式，更加削弱了通過正當程序條款調整權力行使與權利保護之間關係的正當性保障功能。

1. 聚焦機器學習系統的應用

目前應用於公共行政的自動化系統主要有兩類：專家系統與機器學習系統。^[18] 專家系統以既有行政規則為基礎，只是將行政規則的內容予以代碼化。故對該系統的運行並不脫離行政自主意志，所產生的爭議大多是對行政活動本身的爭議。如田志鵬訴陝西省西安市公安局站前分局行政處罰糾紛案，^[19] 爭議焦點在於行政處罰是否適用簡易程序。該案雖設有罰款自助繳納系統，但正如法官在解析時所認為的，自動化行政設備在法律意義上，仍應定位為工具和客體，具有完成行政程序的工具作用。何某訴上海市公安局黃浦分局交通警察支隊交通行政處罰案也是如此。^[20] 當自動化系統屬於專家系統時，只是作為行政活動的工具使用，不會侵蝕行政機關在制定與運行規則上的主體意志，故在司法裁判中也並沒有真正表現為對正當程序的衝擊。

但機器學習系統不同。它利用數據驅動的決策機制，在一定程度上取代了行政主體意志，在諸多領域引發了侵蝕正當程序的質疑。如美國愛達荷州採用算法工具來分配家庭護理時間，就涉及機器學習系統的應用，並引發正當程序訴訟。該州衛生和福利機構建立了預算軟件，為殘疾醫療補助接受者分配家庭護理的小時數。由於該算法在沒有任何解釋的情況下大幅削減了個人的家庭護理時間，美國公民自由聯盟要求該機構解釋殘疾醫療補助接受者在福利方面的變化，但沒有回音。而後，美國公民自由聯盟起訴衛生機構，認為該機構新的決策工具產生了武斷的結果，侵犯了相關公民的正當程序權利。^[21] 類似地，美國密歇根州採用密歇根綜合數據自動化系統（MiDAS）進行失業欺詐認定，那些未獲得提出異議機會就被認定為欺詐的公民提起集體訴訟，認為 MiDAS 的“機器人裁決”侵犯了他們的正當程序權利。^[22] 美國休斯頓獨立學區採用教師增值評估系統（EVAAS）決定是否解雇教師，同樣導致教師聯合會對休斯頓獨立學區提起訴訟，理由是學區未事先通知解雇決定，違反正當程序。^[23] 這些涉嫌侵犯正當程序權利的案件所涉及的自動化系統，幾乎都是基於數據驅動與分析預測的機器學習系統，不只是作為行政輔助工具，還對行政決策產生實際影響。正因為是機器學習系統，它的應用引發了對機器裁決的質疑，也集中展示了正當程序在自動化行政中的適用困境。

2. 對實體性正當程序的駁回

上述列舉的機器學習系統應用，雖涉及家庭照護、失業保障、教師聘用等不同情形，所應用的具體算法各不相同，但有三個方面的共性：其一，這些由私人公司提供的算法模型都參與了自動化行政決策，即便表面上只是為行政機關提供數值依據，但實質上該數值決定了行政最終決策。其二，這些自動化系統都實質地衝擊了公民正當程序權利，包括未能及時告知、提供異議機會，以及引發了自動化系統是否在代替行政機關作出影響公民權益的決定，導致機器裁決的質疑，前者可概括為程序性正當程序保護，後者就涉及實體性正當程序保護。其三，法院對於自動化系統衝擊正當程序的裁判大體相同，為保護公民應享有的提出異議、獲得告知等程序性權利，一般要求行政機關

[18] See Rebecca Williams, *Rethinking Administrative Law for Algorithmic Decision Making*, 42 Oxford Journal of Legal Studies 468, 481-484 (2022).

[19] “田志鵬訴陝西省西安市公安局站前分局行政處罰糾紛案”，參見西安鐵路運輸法院（2017）陝7102行初1115號行政判決書。

[20] “何凱與上海市公安局黃浦分局交通警察支隊行政道路處罰糾紛上訴案”，參見上海市高級人民法院（2019）滬行終204號行政判決書。

[21] See *K.W. v. Armstrong*, 180 F. Sup. 3d 703, 708 (D. Idaho 2016).

[22] *Zynda v. Zimmer*, 2015 WL 1869615 (E.D.Mich. Apr. 21, 2015).

[23] See *Houston Fed'n of Teachers, Local 2415 v. Houston Indep. Sch. Dist.*, 251 F. Sup. 3d 1168 (U.S. Dist. 2017).

退出自動化系統，對公民重新予以人工決策。但法院不直接推翻自動化系統應用的合理性，並將自動化系統的應用與參與決策視為行政裁量權的行使，予以尊讓。

下面以休斯頓獨立學區案為例，予以具體說明。美國休斯頓獨立學區自 2011 年開始推行教師教學成效評估政策，利用私人軟件公司提供的教育增值評估系統（EVAAS），將教師的教學成效與學生在標準化考試中成績的增長情況相掛鉤。在 2011-2014 學年期間，有 12 名教師基於 EVAAS 評價較低而被終止了繼續雇傭合同，但只有 4 名教師收到了相關通知，其他教師並未經過解雇程序。休斯頓獨立學區運用 EVAAS 作出自動化解雇決定，不僅對被解雇的教師基於合同續約所享有的財產利益造成損害，而且對休斯頓當地的教師群體利益造成潛在威脅。於是，休斯頓當地教師聯合會、教師代表訴請法院頒布一項宣告性判決和永久禁令，禁止被告休斯頓獨立學區使用 EVAAS 來終止或不再續簽教師合同。

根據美國憲法第十四修正案，原告認為 EVAAS 的使用同時違反了程序性正當程序與實體性正當程序，理由是：（1）教師缺乏足夠的信息對基於低 EVAAS 分數的解雇決定提出有意義的質疑，違反程序性正當程序；（2）EVAAS 評價與學區雇傭有影響力教師的目標之間缺乏合理的關聯，違反實體性正當程序；（3）EVAAS 規則太模糊，以至於不能事先通知教師們如何獲得更高的評分和避免不利的雇傭結果，違反實體性正當程序。法院支持了第一項程序性正當程序主張，駁回了後兩項實體性正當程序主張。由此可見，法院意識到了自動化決策的特殊性，但整體上仍傾向於忽視正當程序條款中的實體性正當程序面向，在具體情境下也不支持實體性正當程序的訴請。

具體而言，休斯頓案首先反映了程序性正當程序的個案保護困境。法院意識到自動化決策中個案準確性驗證的重要性，認可原告所援引的 *Banks v. Federal Aviation Admin.* 案，^[24] 認為描述實驗室的一般測試方法和結果不夠好，“正當程序要求控制人員有機會代表自己進行測試，以評估政府資助的測試的準確性。”^[25] 由此類推，自動化系統的一般性適用與個案獨立驗證之間不等同。要證明個案輸出結果的可信度，必須對個案進行獨立驗證。在休斯頓案中，只能退出自動化系統，回歸人工獨立決策。這凸顯了程序性正當程序在自動化系統中的個案驗證難題。在無法驗證個案結果的準確性時，程序性正當程序的個體異議、陳述申辯、聽證等程序的效果都會大打折扣。結果是，自動化系統的繼續適用，無法實現對原告的程序性正當程序保護，只能退出自動化系統。

其次，針對原告提出的兩項實體性正當程序，法院逐一駁回。其一，學區利用 EVAAS 這一手段與雇傭能夠幫助學生成長的教師這一目標之間是否缺乏合理關聯。法院認為這屬於行政合理性判斷問題，只要有一定的相關性即可，而不要求完美性，遂予以駁回。其二，學區利用 EVAAS 作出教師評分的規則是否不夠清晰，以至於教師無法據此評估自己的得分。法院也予以駁回，其認為判斷某一規則是否足夠清晰明確，不是看該規則是否存在列舉事項，而是看該規則是否確立了標準，只要教師知道學區將根據 EVAAS 評分高低，決定教師的去留，即構成了確定的標準，而無需保證教師能夠理解該系統內部的運行情況。

最後，訴訟反映了自動化行政中實體性正當程序問題是切實存在的。法院對實體性正當程序的駁回，代表了權威性的觀點，但同時意味著自動化行政規制與公民權利保護趨於被動，產生正當性保障困境。在自動化行政中，算法的規則制定效力不容忽視，司法對行政裁量固然應當尊讓，但借由實體性正當程序來規制算法權力與行政權共同構成的立法權，尤其重要。之所以實體性正當程序在司法適用中被駁回，表面原因是司法權對行政權的尊讓，實際原因是對自動化系統正當性獨立保障的缺失。

[24] *Banks*案涉及兩名空中交通管制員因吸毒而被解雇。但他們的尿樣已被銷毀，無法進行獨立檢測。實驗室檢測顯示有可卡因的痕跡，是記錄中唯一的吸毒證據。第五巡回法院認為根據已經被銷毀的檢測數據而解雇管制員，違反了正當程序；管制員無法獲得代表自己的獨立檢驗結果，使得行政聽證會從根本上不公平。See *Banks v. Federal Aviation Admin.*, 687 F.2d 92 (5th Cir. 1982).

[25] *Houston Fed'n of Teachers, Local 2415 v. Houston Indep. Sch. Dist.*, 251 F. Sup. 3d 1168 (U.S. Dist. 2017).

（三）實體性正當程序在自動化行政中的名存實亡

實體性正當程序約束自動化行政中的何種權力，並不明晰。但只要算法權力隱藏在行政權之後，不單獨地予以正當性評價，就容易陷入自動化行政正當性的審查困境，難以區分到底是質疑算法本身的內容合理性與明確性，還是質疑行政機關利用算法作出決定內容的合理性與明確性。從前述諸多案件的裁判理由與結果看，算法權力被折疊進行政權之中，正當性問題亦被視為行政裁量問題。然而，自動化行政中的算法具有規則制定權，在公權力機關與公民之間形成了權力支配關係時，^[26]產生對不特定多數人權益影響的外部效果，構成“算法立法權”。^[27]此時，仍將算法權力視為行政權的組成部分，會造成實體性正當程序的名存實亡。

1. 自動化系統正當性基於技術優勢被證成

就行政機關使用自動化系統來作出影響公民權益的決策而言，存在兩個層面的判斷：其一，是否利用自動化系統來進行決策；其二，如何匹配自動化系統的輸出結果與影響公民權益的最終決定。第一層面是第二層面的前提。但第一個層面往往基於自動化系統是一種技術創新，能夠帶來行政效益而被證成。有學者即認為，數字算法能夠避免人類所具有的物理性和生理性困境，產生比人類決策更好的效益，應當積極擁抱數字算法。^[28]確實，自動化行政的興起正是基於自動化系統解放了人類勞動，提升了行政效率。在這個意義上，司法更不願意隨意挑戰自動化系統的可適用性。在休斯頓獨立學區案中，自動化系統的使用被默認為沒有問題，原因雖未明確說明，但從被告的主張以及法院對其他自動化決策是否違反實體性正當程序先例的援引來看，似乎算法系統技術的普遍適用本身成為了合理性證成的一個因素。就像被告所主張的，42個州和哥倫比亞特區在教師評估中使用了一些衡量學生表現的方法，增值模型已經得到了大部分學術機構、群體和組織的充分審查和認可。^[29]然而，算法技術的廣泛使用及其暗含的技術優勢，並不意味著它在一般意義上就是合理的，更不用說在具體案件中的特定使用也是合理的。基於算法技術利用背後的多元利益交織，自動化系統仍然會產生不同的公共利益之間、公共利益與個體利益之間的沖突，若默認自動化系統基於技術優勢，而具有適用的正當性，會導致實體性正當程序的訴求得不到支持。因為既然算法技術的應用不會被質疑，那麼行政機關利用算法系統作出決策，就可以變成行政權自身的行使，技術只是行政機關的一種工具。行政權行使的邊界和合理性就變成第二個層面的問題，亦即行政合理性或手段與目標之間的關聯性。

2. 自動化系統的適用被形式化為行政裁量

自動化系統的行政利用是法律保留事項，還是行政機關對治理工具選擇的裁量空間，影響著自動化行政的司法審查程度。在休斯頓獨立學區案中，自動化系統的適用被轉化為行政機關選擇人工還是算法的工具裁量。法院在這個問題上支持學區的主張。學區援引了 *Cook v. Bennett* 案作為先例，證明自動化系統的使用不應被強求是最完美的工具，具有一定的合理性即可。^[30]*Cook* 案涉及佛羅裏達州綜合評估測試學生分數的增值模型（FCAT VAM），第十一巡回法院駁回原告的實體性正當程序要求，認為“雖然 FCAT VAM 可能不是實現政府改善指導目標的最佳方法，甚至可能是一個糟糕的方法，但認為受到質疑的評估程序將促進政府聲明的目的仍然是合理的。”法院進一步援引 *Wagner v. Haslam* 案，^[31]說明司法在行政合理性判斷方面的有限性，即只要不存在明顯不合理的理由，就推定行政判斷是合理的。

由此，司法對自動化系統應用下行政合理性審查保持謙抑。一方面，使用自動化系統本身也是

[26] 參見肖冬梅：《“後真相”背後的算法權力及其公法規制路徑》，載《行政法學研究》2020年第4期，第7頁。

[27] 參見王正鑫：《“立法性”算法權力的興起與法律規制》，載《法制與社會發展》2023年第2期，第199頁。

[28] See Cary Coglianese & Alicia Lai, *Algorithm vs. Algorithm*, 71 Duke Law Journal 1281, 1281-1340 (2022).

[29] Houston Fed'n of Teachers, Local 2415 v. Houston Indep. Sch. Dist., 251 F. Sup. 3d 1168 (U.S. Dist. 2017).

[30] See *Cook v. Bennett*, 792 F.3d 1294 (11 Cir. 2015).

[31] See *Wagner v. Haslam*, 112 F. Sup. 3d 673 (M.D. Tenn. 2015).

行政治理工具的一種選擇，屬於行政裁量的範圍。另一方面，自動化系統應用被視為行政權行使的不可分割部分，至多成為過程性行政行為。算法權力本身的行使不被司法所關注，更不會被司法審查。但自動化系統的利用能否被推定不存在問題，是否只涉及行政執法上的裁量權，而絲毫不影響行政規則制定與行政立法權呢？我們需要謹慎對待。根據前述程序性正當程序面臨自動化系統無法驗證個案決定結果的困境，可知自動化系統不是沒有問題，只是忽視了實體性正當程序要求。自動化系統的參數設置與運算規則，都可能基於種族、性別等特徵對公民設置帶有偏見的內容。^[32] 自動化系統的利用對政策背後的規則制定產生實質影響時，就不應只被形式化為行政裁量。

3. 自動化系統的規則制定被行政決定掩蓋

正如有學者所言，“在借助計算機作出行政行為之前，行政機關設計的能考慮各種事實或規範因素的計算機程序無異於行政規定”^[33]，算法亦可構成“法”。在休斯頓獨立學區案中，自動化系統自身的設置就是一個評估規則，適用於休斯頓學區的全部教師，並產生對教師不同評分的结果。當行政機關確定了評分較低的教師被解雇或不再雇傭的政策時，自動化系統就實際影響著對教師們能否繼續被雇傭的財產利益，因而屬於具有普遍拘束力的法規、命令。^[34] 反過來看，對個體的重新打分，也需要通過更改 EVAAS 參數才能實現。但自動化系統不被視為規則制定，只是作為對教師個體打分的行政決定，忽視了對具有普遍適用性的自動化系統的正當性評價，從而影響將教師教學成效與學生成績升降之間掛鉤的行政規則正當性。

綜上所言，一旦算法介入行政權，不止行政機關一個權力主體時，實體性正當程序就要兼顧算法規則制定與行政規則制定的正當性。否則，就像休斯頓獨立學區等案一般駁回實體性正當程序主張，法院將算法權力掩蓋在了行政權之下，導致自動化行政的實體正當性問題像皮球一樣被踢來踢去。

三、為何在自動化行政中重構實體性正當程序

自動化行政整合了算法規則與行政決策，呈現出“規則制定 + 個案裁決”的自動化行政決策模式。考慮到技術發展帶來倫理、道德、反歧視等方面的實質價值權衡，不僅不應在自動化行政中擱置實體性正當程序，而且需要考慮新興數字權利、倫理價值等對自動化行政正當性的新要求。鑒於算法介入行政活動，行政行為轉向行政決策，行政法律適用與執法裁量轉向行政規則制定，亟需重構實體性正當程序，發揮對自動化行政實體正當性的保障功能。

（一）自動化行政模式的新特點

自動化行政糅合行政個案判斷與自動化規則的普遍適用，混合行政決定與行政立法，形成了不同於傳統行政模式的特點，讓程序性正當程序陷入困境，從而更需要凸顯實體性正當程序的功能價值。

1. 個案判斷與普遍適用的糅合

正當程序適用的一大特點是行政活動能夠進行結構性拆解，行政相對人乃至公民在某些環節可以介入。在這些可以介入的環節中，他們站在自己的立場上，進行合理性判斷。這種判斷存在裁量的空間，以至於需要有不同的意見進行交匯與商討，最終達成現階段的平衡，即可認定為行政活動具有合理性。然而，在自動化行政中，行政行為難以被拆解出來，而是被糅合到行政活動之中。行政活動呈現個案執行的外觀，卻具有自動化系統普遍適用的內裏。^[35] 相應地，傳統行政活動個案判

[32] 盧米斯案中原告的質疑之一就是，COMPAS評估包括適用於男性和女性的一般量表，以及僅適用於女性的單獨量表，這涉及以性別為不恰當的考量因素。See *State v. Loomis*, 2016 WI 68.

[33] 參見陳敏：《行政法總論》，新學林出版有限公司2019年版，第710頁。

[34] 參見查雲飛：《算法的行政法屬性及其規範》，載《法制與社會發展》2023年第6期，第168頁。

[35] See David Freeman Engstrom & Daniel E. Ho, *Algorithmic Accountability in the Administrative State*, 37 *Yale Journal on Regulation* 800, 826 (2020).

斷的行政裁量空間被一並折疊進自動化系統的設置過程。行政機關對個案裁量的不作為或不當作為無法在自動化行政中被反映出來。原來經由程序予以形式化的實體性問題被吸收進自動化系統，直接削減了行政機關個案裁量的空間，消解了個案中程序對抗的實質可能性。正像休斯頓獨立學區案一樣，對教師個體評分行為被折疊進私人公司提供的 EVAAS 之中，該地區全部教師的評分都是通過在該系統中輸入數據，而後輸出分數結果的方式予以呈現。對於教師個體而言，該系統的具體適用就是行政評分行為。而且輸入教師個體數據，與輸入一群教師的集體數據，沒有實質性差別。無論是教師個體，還是教師群體都無法將 EVAAS 與行政評分行為予以拆解。問題最後變成了自動化系統的適用。

然而，面對 EVAAS 這類作為機器學習的自動化系統，公民個體的防禦性程序功能難以發揮實質作用。由於行政機關常常無法判斷自動化系統是否存在問題，更無法驗證自動化系統的個案適用是否會產生錯誤或不當結果，導致行政機關在自動化系統中的個案裁量空間被技術壓縮至零。這不符合裁量收縮的嚴格主義立場，即裁量收縮只能基於防衛基本權或憲法上保護義務實現的最低限度需要。^[36] 行政裁量權被折疊，實則是行政機關放棄了自己部分的裁量權，連帶著放棄了部分作為義務，給正當程序帶來負面影響。在傳統公共決策中，走過場式聽證等程序失靈現象就屢見不鮮，^[37] 行政訴訟也基於難以實質性化解爭議而陷入程序空轉。^[38] 在裁量不作為合理性不易驗證的自動化決策中，任何通知、聽證程序基於信息不透明、不理解更難發揮實質性作用。正當程序的形式化困境在於個案裁量與判斷不可避免地轉變為自動化系統的適用。而只有存在判斷空間的行政權行使，才有糾錯與對抗的程序作用發揮空間。可惜行政裁量的積極作用在自動化系統中難以實現，通過個體化要件來證成實質正當性的傳統程序功能失效。

2. 行政決定與行政立法的混合

在行政決定與立法相混合的自動化決策中，正當程序被行政裁量所制約，被立法至上所規訓，可能沒有出場的機會。自動化行政決策通常有兩個階段：一是自動化系統規則的制定；二是自動化系統規則匹配至具體行政領域的政策規定，而後作出行政決定。休斯頓獨立學區案中，法院只審查第二個階段的行政決定合理性，並呈現尊重行政裁量的謙抑態度，正是因為自動化行政具有混合行政決定與行政立法的特點。

在第一個階段，審查應用自動化規則的正當性時，包括休斯頓案在內的諸多法院認為算法應用只是行政裁量事項，不屬於立法事項，無需採用公眾參與等傳統立法程序。私人公司在設計自動化系統時是否征詢公民等利益相關者的意見，不得而知。正是由於算法系統規則的制定被認為是行政機關選擇治理工具的裁量事項，從而基於尊重行政裁量而認可算法系統規則。但問題在於，行政機關並不知道該算法系統規則是什麼，也難以理解。若認定為行政裁量權的行使，行政機關既無動力，也無能力去應對技術公司出於自身利益操作算法的風險。^[39]

在第二個階段，審查適用於公民個體的行政決定合理性時，將行政決定合理性等同於行政決策的合理性，並將行政決定的政策依據認定為立法事項，視為實體性正當程序的適用範圍，保持司法克制。^[40] 問題在於，行政決定雖面向公民個體作出，但實則依賴於自動化系統規則統一計算的結果，並

[36] 參見[德]卡爾·埃博哈特·海因、福爾克·施萊特、托馬斯·施米茨：《裁量與裁量收縮——一個憲法、行政法結合部問題》，曾韜譯，載《財經法學》2017年第4期，第92頁。

[37] 參見馮健鵬：《主觀程序正義研究及其啟示》，載《環球法律評論》2018年第6期，第125-126頁。

[38] 參見江必新：《標本兼治 推動行政審判健康發展——在全國法院行政審判工作座談會上的講話》，載最高人民法院行政審判庭編：《行政執法與行政審判》（總第49集），中國法制出版社2012年版，第8頁。

[39] 參見梁昕、劉天穎：《自動化行政裁量中算法風險感知的特徵與演化研究——基於網絡輿情的大數據分析》，載《公共行政評論》2024年第1期，第46頁。

[40] 美國法院對正當程序的態度有兩種傾向：法蘭克福特大法官偏向正當程序的形式化解讀，批判實質正當程序，而布萊克大法官偏向正當程序的實質化解讀，與個人權利連接在一起。參見蔣襲：《正當程序條款的不同命運——美國憲法和印度制憲會議舊事》，載《華東政法大學學報》2016年第3期，第140-141頁。但在休斯頓獨

基於該結果與普遍適用性的行政政策之間的匹配而作出。由於自動化系統的不透明，個體決定的準確性無法得到驗證。結果是，個性化決定與普適性決策密不可分，行政決策與自動化系統規則也密不可分。若既不對第一階段中的自動化規則加以實體性審查，又不對行政決策加以實體性審查，就相當於擱置對公民個體權益產生影響決定的實體性審查。在自動化行政中區分行政決定與行政立法是困難的。正是基於此，將自動化行政決策過程形式化為某些程序要件，不足以保障行政實質合理性。

（二）實體性正當程序對新行政模式的正當保障

實體性正當程序在適用模式上，側重於約束具有普遍適用效果的規則制定等立法事項。在正當性內涵上，側重於兩個方面的實體性內容：其一，程序所致力於保障的實體性權利。生命、自由與財產是法律明文規定應適用正當程序的實體性權利。如若有其他實體性權利能夠變相解讀為生命、自由與財產的話，也可適用正當程序條款。^[41]其二，經由程序對基本權利施加限制背後的實體性利益權衡標準，尤其是對不同主體之間利益保護的優先級判斷。^[42]由此，實體性正當程序在民主保障、權利保護與利益權衡等機制上，契合自動化行政的新模式，可通過“立法過程的正當性保障”“權利保護的數字化升級”與“多元利益的全過程權衡”予以重構，實現自動化行政個案判斷與普遍適用、行政決定與行政立法彼此交織模式下的實體正當性。

1. 民主機制：立法過程的正當性保障

自動化行政即便沒有行政立法的外觀，也基於算法規則的形成與普遍適用而具有准立法的性質。尤其在行政機關的意志實質上不能完全覆蓋算法規則的意志時，實體性正當程序可以通過對立法過程的約束，借助民主機制保障算法規則制定過程的正當性。

自動化行政中的效率價值與個體保護價值何者優先，並非任何時候都有行政裁量的空間。只要事實上屬於一種對公民權益造成實質影響的立法權行使，就需遵循法律保留原則，依托民主機制補足自動化行政立法過程的正當性，促進實體正當性。^[43]之所以德國《聯邦行政程序法》第35a條規定裁量禁止採用全自動化行政行為，正是因為裁量涉及價值判斷，機器無法進行價值判斷，必須要經過法律授權的權力主體才可以。而像EVAAS一般的自動化系統已經形成了實質影響公民權益的新型權力，即便通過行政決策方式作出，但權力必須來源於法律。源於美國憲法第一條的非授權原則，即致力於“在對行政活動施加下限和上限的法定構建中，以及在一套‘非授權準則’中，防止行政機關在沒有國會明確授權的情況下行動”^[44]，正是為了限制國會將立法權分配給其他政府部門的能力。^[45]

故自動化行政中的價值判斷只要構成立法權行使，就需要法律授權。更重要的是，行政機關通過人工決策影響公民實體權益，獲得法律授權，不意味著作為新型權力的自動化系統決策權也當然地獲得了法律授權。對公民實體權益產生影響的自動化系統需要單獨的法律授權。通過建立算法立法權的民主保障機制，用立法權而非行政權來控制算法權力的行使，有助於保障自動化行政的立法過程正當性。

2. 權利機制：權利保護的數字化升級

自動化行政中算法權力行使的邊界需要受到公民在數字時代權利保護範圍的約束，尤其是不同於生命、自由、財產等傳統權利的數字化權利。實體性正當程序可以借助權利機制，在程序所保護

立學區等案中，法院並未對自動化系統遵循正當程序進行實質化解讀。

[41] See Mark Tushnet, *The Newer Property: Suggestion for the Revival of Substantive Due Process*, 1975 Supreme Court Review 261, 261-288 (1975).

[42] 需通過權衡政府利益、個人利益的重要性以及所適用的程序可能產生的利益，來判斷行政機關提供的程序保障是否符合正當程序要求。See *Mathews v. Eldridge*, 424 U. S. 319 (1976).

[43] 參見趙宏：《公共決策適用算法技術的規範分析與實體邊界》，載《比較法研究》2023年第2期，第1頁。

[44] See Cass R. Sunstein, *Is the Clean Air Act Unconstitutional?*, 98 Michigan Law Review 303, 307 (1999).

[45] See Christine N. Cimini, *Principles of Non-Arbitrariness: Lawlessness in the Administration of Welfare*, 57 Rutgers Law Review 451, 487 (2005).

的實體性權利判斷上，實現自動化行政中權利保護的數字化升級。

自動化行政模式帶來了新的基本權利保護訴求，產生數字人權存立之爭。有學者認為形成了全新的數字人權，^[46]亦有學者認為是傳統權利的數字化升級。^[47]在行政法領域，更加關注權利具體保護與執行的邏輯，相較於為公民在數字時代中的權利確立法理學甚至是法哲學的定位，後一種觀點更具有實踐性。在傳統行政模式下，公民享有防禦行政機關對自身權利不當侵害的程序性權利，是正當程序條款主要保障的內容。此時，實體性正當程序的作用空間，就是對公民權利在何種情境之下可以受到限制的判斷。但進入數字時代，自動化行政讓公民對免遭行政權不當侵害的防禦模式，變成了對行政機關不當採用自動化系統的防禦。

由此，實體性正當程序的權利保護機制，體現為行政機關利用自動化系統的程序，要實現公民權利保護的數字化升級，包括兩個方面：其一，只在滿足自動化系統準確性與可驗證性的前提之下，才可以限制公民權利；其二，為自動化系統的適用提供退出程序，賦予公民免受自動化系統決策約束權，避免其傳統權利在數字時代遭遇技術侵害。

3. 權衡機制：多元利益的全過程權衡

自動化行政中算法權力對不特定多數主體普遍適用時產生的行政效益提升、數字福利增量等公共利益保障，與對特定個體權益侵害防禦的個體利益保護之間並不是非此即彼。實體性正當程序在程序背後的實體利益權衡，可在自動化行政的多個環節展開多元利益的全過程權衡，尤其是通過事前和事後兩個階段的配合來實現。

對行政機關、私人公司與公民而言，自動化行政決策中的實體利益主要為行政機關的行政效率、私人公司的商業秘密、公民的人身和財產權益。三者難以兼顧。通常來說，行政效率意味著對自動化行政決策的適用，對私人公司商業秘密的保護，容易忽視公民人身和財產權益。^[48]對此有兩種利益調節機制：一是事前禁止，禁止對公民人身和財產權益有損害風險的自動化行政決策；二是事後救濟，在應用自動化決策時，遵循行政效率優先，制定統一的自動化行政決策規範，對具體適用中的個體受損予以事後救濟。除非自動化行政決策違反法律保留原則，否則自動化技術帶來的政府業務重塑優勢，^[49]讓自動化決策的普遍適用不易被拒絕。溢脫自動化行政普遍適用的個案正義就需通過事後救濟來實現。由此，需要建立救濟機制，規範救濟條件、內容等實體性事項。^[50]如借助行政複議機制來實現對算法的實質性審查，^[51]借由救濟程序來實現公私利益之間的平衡，實現經由程序機制的實體正義。當然，實體利益權衡的方式不是直接的允許或禁止，而是在允許基礎上的錯誤糾正與損害彌補，以契合效率與風險並存的自動化行政。

四、如何在自動化行政中重構實體性正當程序

自動化行政正當性不能基於自動化系統的普遍適用、行政效率的提升而被當然證成，其涉及自動化行政決策是否構成自動化行政規則制定，以及自動化行政規則是否不當侵蝕公民權益的判斷。這要求自動化行政既要遵循程序規定，也要考慮對公民權益影響的正當性。只有自動化行政被證明

[46] 參見高一飛：《數字人權規範構造的體系化展開》，載《法學研究》2023年第2期，第37頁。

[47] 參見劉志強：《“數字人權”再反思——與馬長山教授等商榷》，載《政法論壇》2022年第6期，第66頁。

[48] 印地安納州政府與私人企業簽訂合同，試點將該州福利資格的認定流程自動化，致使數以千計的人失去補助，引發了IBM與印地安納州政府之間的訴訟。[美]弗吉尼亞·尤班克斯：《自動不平等：高科技如何鎖定、管制和懲罰窮人》，李明倩譯，商務印書館2021年版，第33頁以下。

[49] See David Freeman Engstrom & Daniel E. Ho, *Algorithmic Accountability in the Administrative State*, 37 Yale Journal on Regulation 800, 802 (2020).

[50] 參見胡敏潔：《論自動化行政中的瑕疵指令及其救濟》，載《北京行政學院學報》2021年第4期，第86-87頁。

[51] 韓春暉：《自動化行政中算法目的失範的公法治理》，載《比較法研究》2024年第2期，第30-31頁。

是有助於社會福利或公共利益時，才能限制公民自由、財產等權益。^[52] 由此，實體性正當程序需通過對自動化系統應用的法律授權、對自動化系統設計的倫理審查，以及對自動化系統效益的基準測試，來保障自動化行政決策符合更高標準的正當性。

（一）對自動化系統應用的法律授權

自動化系統應用的合法性需要單獨評估。行政機關應用自動化系統，不只是行政裁量，需經法律授權，確定能否與如何應用。域外主要通過區分決策類型與風險等級，為關鍵決策與高風險系統設立專門的法律依據、機構監管與協商程序等，使自動化行政正當性從行政裁量合理性轉向自動化系統應用的法律授權。我國致力於對自動化系統的分級分類，通過監管手段控制自動化系統的適用邊界，在某種程度上與域外理念具有共通性，但未來還需要立法明確對自動化系統應用的專門授權。

1. 域外舉措

首先，組織法意義上的法律授權較為籠統，需要監管部門為自動化行政決策確立專門規則。美國的《2022 年算法問責法案》^[53] 對自動化系統的應用領域作出區分，規定“關鍵決策”需適用特殊的決策程序與規則。根據第 2（8）條，關鍵決策是指“對消費者的生活產生任何法律、實質性或類似重大影響的決定或判斷”。此類決策應當遵循《2022 年算法問責法案》的要求，評估自動化決策系統和增強關鍵決策過程的影響。此評估並非僅是技術有效性的評估，更重要的是對是否遵循相關規定的評估。《2022 年算法問責法案》第 3 節（a）（b）中規定違反聯邦貿易委員會根據《美國法典》第 5 編第 553 節所頒布法規的行為屬於禁止行為。自動化系統運用於“關鍵決策”時，若不符合相關法律規定，則被禁止。因此，將自動化系統應用於影響公民實質權益的行政決策，不僅需要遵循《2022 年算法問責法案》（在其通過之後），還需要遵循聯邦貿易委員會根據該法案與美國法典所制定的具體規定。可見，涉及關鍵決策的自動化系統應用需要專門的合法性依據，並非由法律籠統授權，放任行政機關決定是否採用自動化系統。

其次，自動化系統應用的法律授權趨向於制定專門的算法或人工智能法案，並授予監管部門相應的規則制定與動態調整權。美國《2022 年算法問責法案》第 3 節（b）條授權聯邦貿易委員會根據美國法典制定自動化系統應用於關鍵決策時的具體規定，並在第 2 節（8）（I）條中專門就“關鍵決策”事項規定兜底條款，允許聯邦貿易委員會將“通過規則制定確定對消費者生活具有同等法律、實質性或類似重大影響的任何其他服務、計劃或機會決定”歸為“關鍵決策”。《歐盟人工智能法案》與之類似，第 97 條授權歐盟委員會對高風險人工智能系統應用的分類規則、具體用例、技術文件、合格評定程序、通用人工智能提供者義務等方面予以規範與調整。美國聯邦貿易委員會和歐盟委員會可分別基於社會發展和技術創新，對自動化系統應用的風險、條件和用例進行調整。此調整限縮行政機關對自動化系統應用的裁量權，使其受制於動態立法權，既避免了行政立法的滯後，又避免了行政裁量的恣意。

最後，自動化系統應用規則的立法離不開民主協商程序。美國《2022 年算法問責法案》第 3 節（b）（1）規定聯邦貿易委員會制定自動化系統及其決策規定時，應與國家標準與技術研究所所長、國家人工智能倡議局局長、科學技術政策辦公室主任，以及其他包括標準機構、私營行業、學術界、技術專家、民權倡導者、消費者和受影響社區的利益相關者協商。《歐盟人工智能法案》第 67（1）（2）條也規定，應建立一個諮詢論壇，以提供技術專門知識，向理事會和委員會提供建議，並為其在本條例下的任務作出貢獻。諮詢論壇的成員應代表均衡選擇的利益相關者，包括工業、初創企業、中小企業、民間社會和學術界。由此，自動化系統規則制定由授權主體予以落實

[52] See Dave Rodkey, *Making Sense of Obergefell: A Suggested Uniform Substantive Due Process Standard*, 79 University of Pittsburgh Law Review 753, 753-802 (2018).

[53] 美國俄勒岡州民主黨參議員羅恩·懷登（Ron Wyden）、新澤西州民主黨參議員科裏·布克（Cory Booker）和紐約州民主黨眾議員伊薇特·克拉克（Yvette Clarke）提出《2022 年算法問責法案》（Algorithmic Accountability Act of 2022），要求自動化決策系統具有新的透明度和問責制。

時，還需要依托民主協商機制，進一步保障規則制定內容的正當性。

2. 中國路徑

我國目前對於算法或人工智能的立法雖在推進中，但並未成形。學界對立法模式存有爭議。^[54]但爭議背後是對立法的效力與統一性作用的認可，只是對步驟與方式有不同見解。鑒於《互聯網信息服務算法推薦管理規定》與《生成式人工智能服務管理暫行辦法》規定對算法或生成式人工智能實行分類分級監管，我國對人工智能的應用形成了分級分類的監管理念。但在賦予行政機關監管義務的同時，忽視了行政機關是否享有法律授權去利用自動化系統作出影響公民實質權益的決策的問題。對此，域外區分自動化系統自身風險與應用決策類型，並對自動化系統應用進行專門法律授權，具有可行性。我國自動化系統應用也需要法律授權，尤其是影響公民權益的重大決策，有必要遵循法律保留原則，並通過更高位階的立法，明確行政機關利用自動化系統作出重要決策的權力邊界，^[55]規定自動化行政立法過程中的授權主體、立法權限與立法程序等，以踐行實體性正當程序。

（二）對自動化系統設計的倫理審查

實體性正當程序由於可以與程序所保護的實體性權利聯系在一起，並具有隨著時代發展不斷調整權利保障範圍的倫理功能，故可以借助對自動化系統設計的倫理審查，從自動化行政的源頭，構建程序與實體之間的內在聯系。域外實踐主要通過對自動化系統的技術標準立法，以及技術標準的基本權利影響評估等機制來展開倫理審查。我國側重於通過構建科技倫理審查委員會來調和科技發展所帶來的技術價值、社會價值等多元價值的沖突。域內外的理念是共通的，只不過我國尚處於政策引導的階段，未來可進一步完善相關立法，讓自動化行政的正當性具有倫理保障。

1. 域外舉措

自動化行政決策通常採用私人公司提供的自動化系統，該自動化系統需要符合一定的技術標準，而非經由普遍適用獲得正當性。在歐盟，符合《技術協調與標準化新方法》^[56]《新立法框架》^[57]等規範的要求，被貼上 CE 標志的產品才是合格產品。自動化系統比傳統產品面臨的安全隱私等風險更高，立法規定了更高的技術標準。《歐盟人工智能法案》第 24 條要求，提供者通過 CE 合格性標識表明人工智能系統符合本法案中其他義務規定，以及統一規定產品貼標銷售條件的其他歐盟立法。^[58]第 27 條又規定了“高風險人工智能系統的基本權利影響評估”^[59]，構建專門針對自動化系統正當性的標準。

在自動化系統技術標準的設計上，程序性正當程序幾乎發揮不了作用，即便相對人提出異議，也無法改變自動化系統的普遍性問題。正如有學者對有色人種窮人監禁問題的質疑一般，^[60]僅將保障窮人不被歧視對待的重點放在程序性權利之上，將會掩蓋貧困辯護的真正危機，即監獄是為窮人而非富人設計的。在監獄設計對窮人造成系統性不利時，程序性權利保護，如確保監禁決定的作出

[54] 參見蘇宇：《人工智能法律治理的框架選擇：從“分類分級”到“模塊組合”》，載《中國法律評論》2025年第1期，第63頁。

[55] 參見趙宏：《公共決策適用算法技術的規範分析與實體邊界》，載《比較法研究》2023年第2期，第1頁。

[56] Council Resolution of 7 May 1985 on a new approach to technical harmonization and standards, OJEC, C136, 4.6.1985, p.1-9.

[57] New Legislative Framework, Regulation (EC) No 765/2008, Decision No 768/2008/EC, OJEU, L 218, 13.8.2008, p.30-47, 82-128.

[58] 《歐盟人工智能法案》第24條“經銷商的義務”第（1）項規定“在將高風險人工智能系統投放市場之前，分銷商應核實該系統是否帶有所需的CE標志，是否附有第47條所述的歐盟符合性聲明和使用說明的副本，以及該系統的提供者和進口商（如適用）是否遵守了第16條(b)和(c)點和第23(3)條規定的各自義務。See Artificial Intelligence Act, Regulation (EU) 2024/1689, 12.7.2024.

[59] 《歐盟人工智能法案》第27條“高風險人工智能系統的基本權利影響評估”。See Artificial Intelligence Act, Regulation (EU) 2024/1689, 12.7.2024.

[60] 如Gideon v. Wainwright, See 372 U.S. 335 (1963); Paul D. Butler, *Poor People Lose: Gideon and the Critique of Rights*, 122 Yale Law Journal 2176, 2176-2205 (2013).

具有足夠代表性，反而可能造成通過程序來保障普通人權益的公正假象，使得任何人都不願再深入探究監禁設計本身的結構性不公。^[61]故自動化系統設計的技術標準面臨內容合法的實體目標。該實體目標可以是行政效率、公共利益的維護，但不可違反倫理要求，如不可忽視弱勢群體利益或為了行政效率而放任系統錯誤的發生。

域外學者提出構建基本權利的技術標準，通過調和“工程師制定的法律”與“律師制定的法律”之間的沖突，在技術標準中注入基本權利保障的訴求。自動化系統設計的技術標準應當是對基本權利的拆解與回應，如將公平審判權利拆解為獨立性、動機、訴諸司法、無偏私、公開、力量對等、無罪推定，而後針對每一個組成部分分別評估現有指標、績效標準或流程標準在減輕這些風險方面的有效性，並按照 0-5 等級予以量化。^[62]與此同時，在自動化行政中保護何種基本權利，尤其是憲法未明文列舉的權利，關乎實體性正當程序倫理功能的發揮。^[63]這需要通過對公民實體權益保障的解讀，反推應當構建自動化技術產品倫理審查，進一步設立倫理審查主體、條件和流程，並就倫理審查的內涵予以基本權利保障層面的解讀與構建。未經倫理審查的自動化系統設計就不合格，不能在私人市場中流通，更不能用於自動化行政。

2. 中國路徑

我國科技倫理審查由政策文件推動。中共中央辦公廳、國務院辦公廳發布了《關於加強科技倫理治理的意見》，遵循“增進人類福祉、尊重生命權利、堅持公平公正、合理控制風險、保持公開透明”的倫理審查原則，確立了政府主導、社會參與的科技倫理治理體系。一方面由國家科技倫理委員會負責指導和統籌協調推進全國科技倫理治理體系建設工作，另一方面要求從事人工智能等科技活動的單位，研究內容涉及科技倫理敏感領域的，應設立科技倫理（審查）委員會。我國形成了法律價值與社會價值等多元價值互動的監管框架，但尚未直接通過立法介入科技倫理審查，也沒有對自動化系統予以專門的倫理審查規定。對此，需要法律為科技治理提供制度環境，推動科技治理的倫理化，尤其是在科技研發與設計環節，通過原則性與程序性要求，將倫理因素結構化地鑲嵌入科技研發過程，從而調和科技的效率價值與社會的倫理價值。^[64]進言之，我國對自動化系統設計的倫理審查，需要逐步通過立法區分不同的技術情境與風險，匹配相應的倫理審查標準，並明確倫理審查委員會的構成、運行等程序及效力，通過程序安排與價值保障上的互動，踐行實體性正當程序。

（三）對自動化系統效益的基準測試

籠統地看，我們可以認為自動化系統的採用基於技術發展給人類決策帶來了巨大的經濟效益，但這不意味著它能夠實現比人工決策更好的社會效果。尤其在自動化行政中，基於公權力天然具有的公益定位與目標追求，它所要實現的價值不僅是經濟性的，更重要的是社會福祉與公平正義。實體性正當程序所要求的恰恰是自動化行政中公權力所追求的公共利益應當與受到自動化行政影響的個體利益之間相平衡，所以需要驗證自動化系統的效益。只有在其被證明比人工決策取得更好的經濟效益與社會效益的前提下，它的適用才是正當的。對此，域外的有效理論是自動化系統的基準測試。我國亦可採取之，通過立法要求在具體適用情境下比較自動化決策與人工決策效益，評估與審查自動化行政是否實現了公共利益與個體利益、經濟效益與社會效益之間的合理權衡。

1. 域外舉措

域外存在諸多算法規制路徑，包括算法影響評估、算法審計，但這些更偏向於在認可自動化系統整體效益的前提下，為防止個體權益受損而予以規制。另有學者主張自動化系統基準測試，這比

[61] See Ari Ezra Waldman, *Power, Process, and Automated Decision-Making*, 88 Fordham Law Review 613, 613-632 (2019).

[62] See Gregory LEWKOWICZ & Ritha SARF, *Taking Technical Standardization of Fundamental Rights Seriously for Trustworthy Artificial Intelligence*, 25 LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO 42, 43-46 (FÉVRIER 2024).

[63] See Michael J. Perry, *Abortion, The Public Morals, and the Police Power: The Ethical Function of Substantive Due Process*, 23 UCLA Law Review 689, 689-736 (1976).

[64] 參見趙鵬：《科技治理“倫理化”的法律意涵》，載《中外法學》2022年第5期，第1201頁。

算法影響評估和算法審計更契合自動化系統效益評估與驗證。“基準測試（Benchmarking）”，是指當機構採用人工智能決策工具時，它們應該將其置於一組隨機的、經過傳統人工審查的案件的基準之下。通過對採用自動化系統決策的結果與採用人工決策的結果進行對比，就可以知道採用自動化系統的精度增益，自動化系統的採用是否會影響偏見、節省多少時間，自動化系統是否存在其他與人工審查相關的系統性錯誤等情況。^[65]同時，並非禁止自動化系統產生任何錯誤，但需要為發現自動化系統錯誤，以及糾正錯誤提供合理渠道。

前述休斯頓獨立學區案中實體性正當程序遭遇的最大困境之一，正是自動化系統效益沒有得到測試，無法判斷其是否存在錯誤，從而也就無法提供糾正錯誤的渠道。而基準測試能夠為自動化系統的更新與優化提供信息資源，因為它是針對數據驅動下的決策精準度、有效性進行的評估。不像算法影響評估與算法審計，它們並不是直接針對數據的合理使用或者自動化系統相較於人工決策的優勢，而是針對算法是否公平、是否存在歧視以及是否違反倫理等方面的問題。這些規制固然重要，但不解決在實際操作層面上提升自動化系統效益的問題。

至於對自動化系統效益基準測試的部署，雖可以通過行政機關主動採用，但由於基準測試會使部分決策回歸人工渠道，折損了這部分決策應用自動化系統時所能帶來的行政效率，行政機關自身的測試動力可能不足。故更有力的舉措是通過立法對行政機關開展基準測試的條件、程序與效果予以規定，並由司法機關進行審查監督。

2. 中國路徑

我國在自動化系統應用的場域中，正在探索建立算法審計、個人信息保護合規審計等制度。^[66]《互聯網信息服務算法推薦管理規定》第7條要求算法推薦服務提供者建立健全算法機制機理審核制度，第8條要求算法推薦服務提供者應當定期審核、評估、驗證算法機制機理、模型、數據和應用結果等。但從整體上看，該規定旨在保護算法安全以及維護社會倫理價值，並不致力於評價算法決策與人工決策相比的效益。《個人信息保護合規審計管理辦法》也更多地從個人信息處理活動的風險控制，以及個人信息、商業秘密等個體權益損害防禦的角度展開合規審計。可見，既有的算法或自動化系統的規制大多針對私人部門應用自動化系統的情形，尚未直接涉及自動化系統效益的測試與評估。這在行政機關利用自動化系統進行決策時也有所缺失。未來需要通過立法為自動化系統設置基準測試制度，尤其是公共部門應用自動化系統的情形。

由此，行政機關在自動化行政決策中將負擔更重的義務。一方面，在自動化決策具體適用情境中，行政機關負擔保留部分人工決策，與自動化決策形成對照組的義務。只在自動化決策相較於人工決策，能夠更好地平衡公共利益與私人利益的情況下，才能適用自動化決策。另一方面，若自動化決策效益不優於人工決策，行政機關負擔對自動化系統進行糾正與優化的義務，直到實現優於人工決策的結果。相應地，在司法審查中，法院可以對行政機關是否履行前述兩項義務進行審查，發揮對自動化行政的監督與糾正功能，並可區分不同情況分別得出自動化系統可以適用、禁止適用以及經過優化後方可適用的審查結果。如此，自動化系統效益的基準測試得以在程序與實體的之間構建聯結，通過多元利益的權衡，踐行實體性正當程序。

五、結語

為保障自動化行政的正當性，正當程序固然十分重要。但就程序性正當程序與實體性正當程

[65] See David Freeman Engstrom & Daniel E. Ho, Algorithmic Accountability in the Administrative State, 37 Yale Journal on Regulation 800, 849-850 (2020).

[66] 參見張濤：《通過算法審計規制自動化決策：以社會技術系統理論為視角》，載《中外法學》2024年第1期，第275頁。

序的比較而言，後者將更為重要。原因是適用機器學習系統的自動化行政糅合了個案判斷與普遍適用，混合了行政決定與行政立法，導致以個體防禦為功能的程序性正當程序功能無法發揮。休斯頓獨立學區案等諸多自動化行政的司法案例表明，多數情形只能通過退出自動化系統，回歸人工決策的渠道，才能保障公民獲得告知、提出異議等程序性權利。實體性正當程序在司法適用中大多被駁回，原因既有對實體性正當程序理論的認識誤區，也有自動化行政新模式產生了算法規則制定權的規制需求，而實體性正當程序理論在傳統語境下無法為之提供正當性支撐。但實體性正當程序理論本身具有權衡權力行使與權利保護的功能，契合自動化行政新模式。在自動化行政中對其予以重構，能在一定程度上彌補程序性正當程序的困境，通過聯結程序與實體事項，發揮保障自動化行政正當性的功能。

故有必要在自動化行政中重提並重構實體性正當程序，並通過對自動化系統本身所形成的規則予以立法調控，來實現之。具體包括三個方面：其一，對自動化系統應用的法律授權，著眼於保障自動化系統自身的合法性，避免混淆自動化規則的合法性與行政規則的合法性。其二，對自動化系統設計的倫理審查，旨在拆解自動化技術背後的基本權利保護需求，經由倫理審查程序在自動化系統最初設計的環節，就將實體性權利保護價值嵌入自動化系統之中，避免自動化系統違反倫理價值。其三，對自動化系統效益的基準測試，強調對自動化系統應用所產生的集體性、經濟性效益價值與人工決策所固有的個性性、社會性效益價值之間的比較。以同等條件下的人工決策為基準，自動化系統只有在滿足或超出基準狀態的效益價值時，才具有正當性，從而為自動化系統提供評估、糾正與優化的渠道。由此，實體性正當程序通過對數字時代正當程序的變革與對自動化行政正當性的促進，跨越時間與空間，助力數字行政法治的發展。

Abstract: Substantive due process is often neglected in traditional administration to prevent the judicial power from overstepping the legislative power, and in automated administration, it is even trapped in a nominal application predicament. However, no matter the historical origin or the concept connotation, the value of substantive due process lies in the adjustment of the scope of power exercise and rights protection as well as the balance of interests, and it is mainly realized by examining the legality of rules with universal application effect. It meets the legitimacy guarantee requirements under the new model of automated administration that adopts machine learning systems, which combines case judgment with general application, and blends administrative decisions with administrative legislation, and it is necessary to reconstruct it, and realize the legitimacy protection of legislation process, the digital upgrading of rights protection and the whole process of balancing multiple interests by means of democratic mechanism, right mechanism and weighing mechanism. Therefore, substantive due process needs to ensure the legitimacy of automated administrative decision-making through legal authorization for the application of automated systems, ethical review of the design of automated systems, and benchmarking of the benefits of automated systems.

Key words: Automated Administration; Substantive Due Process; Legal Authorization; Ethical Review; Benchmarking

（責任編輯：馬志遠）