

观点新解

程雪军谈算法价格歧视的反垄断规制原则—— 需要坚持从数据保护到算法规制原则



同济大学法学院程雪军在《法治研究》2023年第1期上发表题为《超级平台算法价格歧视的反垄断规制》的文章中指出：

在人工智能算法技术的驱动下，越来越多的超级平台将其运行、经营或管理的部分权限由传统的管理层下放至算法平台。作为一种人机交互(HCI)的决策机制，算法技术并非价值中立、完全理性的智能技术，其在一定意义上会将超级平台型企业的逐利本性发挥到极致，从而忽视企业应当具备的社会责任，并在实际上形成对消费者标签化的算法价格歧视。

超级平台深度利用算法技术，往往具备公共性和私主体性的双重特征，其通过大量获取用户数据后实现“数据剥削”，冲破传统企业角色定位，享有类似公权力机关的资源调配和规则制定权并且可以实现对其他商主体的不公平欺压。然而，产生于传统商业模式下的现有法律，从根本上难以有效遏制超级平台算法价格歧视的异化风险。因此，我国需要采取新思路对超级平台的算法价格歧视构建反垄断规制体系：在算法价格歧视的反垄断规制原则上，需要坚持从数据保护到算法规制原则，强化反垄断法与算法的二元共治原则；在算法价格歧视的反垄断规制路径上，需要加强超级平台企业的数据合规建设，对消费者数据赋权以对抗“算法权力”，加强反垄断法与算法的共治治理。我国已有反垄断法律实践可以为国内超级平台企业算法价格歧视问题提供诸多反垄断规制经验，即我国需要紧密结合市场经济发展的需要以及平台型经济发展的阶段，灵活科学地开展反垄断执法；同时需要加强反垄断的经济分析与算法规制，提升反垄断的执法效率。

超级平台企业基于数据与算法资源优势，不免通过人工智能算法技术采取所谓的个性化定价方式来攫取不正当利益，而这种行为一方面是由于企业趋利性的本能所导致，另一方面还存在新技术对旧有法律秩序的冲击影响，超级平台企业利用算法价格歧视带来相关的异化风险。当市场这只“看不见的手”自治失灵时，反垄断规制作为“看得见的手”就应该及时出现，在打压超级平台创新技术发展的前提下加强反垄断规制，实现反垄断法与算法的二元共治。唯有如此，才能避免超级平台的算法滥用与价格歧视，真正实现消费者合法权益保护，促进平台型经济公平有序地发展。

张宜培谈催收非法债务罪的保护法益—— 确立为公共秩序和公民的人身权利



华东政法大学张宜培在《甘肃政法大学学报》2022年第6期上发表题为《催收非法债务罪的保护法益及其运用》的文章中指出：

催收非法债务罪的保护法益应当是双重法益，法益内容包括公共秩序和公民的人身权利。所谓公共秩序，是指社会公共生活依据共同生活规则而有条不紊进行的状态。公共秩序包括公共场所的秩序和非公共场所内遵守公共生活规则所形成的秩序。所谓公民的人身权利，是指与公民人身直接相关的权利。

明确催收非法债务罪的保护法益是正确理解和适用本罪的关键。围绕该问题，单一法益论观点之下的个人法益说存在无视本罪立法体系安排等缺陷，集体法益说内部的各种观点存在失之抽象等不足。既有的双重法益论之下的各种观点则在将局部法益上升为整体法益、错误界定法益范围等不妥之处。将公共秩序和公民的人身权利这一双重法益确立为催收非法债务罪的保护法益不仅存在法理、规范以及立法原意上的合理性，还具有指导司法实践、防止本罪适用范围等重大意义。从法理角度分析，主张公共秩序和公民的人身权利这一双重法益更具理论上的合理性。从规范角度分析，公共秩序和公民的人身权利这一双重法益能够更加准确地反映本罪的体系位置和保护要件。从立法原意角度分析，只有同时结合对公民人身权利的侵害和对公共秩序的破坏两方面的因素，才能合理解释为何立法者会将较轻的催收非法债务行为纳入刑法规制的范畴。需要说明的是，公共秩序和公民的人身权利属于并列关系。公共秩序是一般法益、主要法益，公民的人身权利是具体法益、次要法益。行为人的行为只有同时侵犯了这两者才有可能构成催收非法债务罪。换言之，如果行为人采取本罪规定的行为方式侵犯公民的人身权利但未破坏公共秩序的，或者破坏了公共秩序但未对公民人身权利造成危害的，均不可能构成本罪。

催收非法债务罪保护法益确立之意义，还体现在以下几个方面：第一，明确催收非法债务罪的保护法益，有利于通过指导犯罪构成要件的解释影响催收非法债务罪与非罪的认定。犯罪构成要件是认定犯罪的唯一标准，而对犯罪构成要件的解释要以个罪保护法益为指导。第二，明确催收非法债务罪的保护法益，有助于准确性、正确区分此罪与彼罪、一罪与数罪。第三，主张催收非法债务罪保护的双重法益之存在并列关系，有益于防止本罪适用范围的不当扩张，从而协调刑法与前置法之间的法域关系。

(赵珊珊 整理)

监察法学的学术意识与实践功能 《监察法学教程》(2023修订版)绪论

书林臧否

□ 秦前红

监察法学的研究对象和范围

(一)研究对象

监察法学又可称为监察法学，它既是社会科学的一种，也是法学学科的一个门类。随着经验的不断积累，人类观察、分析世界的能力渐次提升，研究工具的不断改良，尤为重要的是教育本身的专业化。人类才有能力对不同领域、不同层次的知识进行分门别类，这样，科学也就随之被创造出来。在科学研究中，研究对象往往是区分不同学科的依据。作为法学一个部门的监察法学，不仅要研究现行的监察法和监察法文件，而且还要研究监察法在历史上的沿革以及发展趋势；不仅要研究本国的监察法，而且还要研究其他国家和地区的监察法；不仅要研究监察法本身，而且还要研究监察法和有关社会现象的关系；不仅要研究纸面上的监察法，而且还要研究现实中的监察法，即监察法的产生、实施、运用的实际情况。具言之，监察法学的研究对象主要有以下几个方面：第一，监察法的起源、属性、类型、特点、内容和形式、发展和演进过程。第二，监察法的具体规范、监察规范的特点及其在社会生活中的作用。第三，中外监察制度和监察法思想的比较及其发展史。第四，监察法同政治、经济、文化以及其他法的部门的关系。当代监察法学由于学科分化，在学科属性上有广义和狭义之分。狭义的监察法学是指以法教义学为内容的规范科学；广义的监察法学在此之外还包括以监察法的现实性、政治性为研究对象的监察法社会学、监察法政治学。这两者呈现交叉、重叠的情

形，任何轻率地将两者贸然分离并加以对立的做法，均易流于以偏概全。

(二)研究范围

不少教科书和论著往往对“研究对象”和“研究范围”不加区分，严格来说，这是不妥当的。“研究对象”是对应于研究主体的“他者”，而“研究范围”即为“研究边界”。该边界取决于研究主体的研究能力、研究方法、研究视角和研究客观条件，也取决于监察法学自身面临的研究对象、任务和所欲达成的目标。中国的监察法学固然要形塑自己的主体性品格，体现本土性、时代性、现实性特点，但并不排斥人类文明的共同成果。因为监察内含制约权力、防止腐败的使命，是公权力产生以来人类面临的共同课题，人类不懈的探索和总结已累积无数宝贵的经验，更何况进入全球化时代，诸多腐败问题跨越国界，反腐败需要国际社会通力合作才能取得良好成效。

监察官员时常超越公共政治的边界而直入官员的个人空间、社会交往、家事活动乃至内心思想，从而造成监察任务繁重、监察机构膨胀、监察成本超越国家财力支撑。当代监察法学在充分吸取中国古代监察传统历史滋养的同时，如何合理舍弃其糟粕、适度框定研究范围、尊重历史本身的客观规律，实为当代监察法学必须谨慎把握的重要议题。为了建立健全中国的监察制度，西方的议会监察专员制度也应是当代监察法学研究的重要对象。中国自1954年宪法确立了人大之下的“一府两院”制度后，尽管近40年也有多种机构改革甚至政治改革，但从未触动这个宪制结构。为了达成高效权威反腐败的目的，并改变过去去行政监察范围过窄、反腐败力量分散的状况，党和国家最高决策部门决定进行一场“伤筋动骨”的改革，即把行政监察机关和检察院反贪、反渎、职务犯罪预防三部门职能统一整合成国家监察职能，国家政权组织体

系也因此由过去人大之下的“一府两院”，演变为人大之下的“一府一委两院”。

监察法学的研究方法

(一)监察法教义学

法教义学的研究对象可以追溯到对古代罗马法的发掘研究。从总体上，可以说法教义学自始跟解释学相关，到后来跟西方历史法学与概念法学有密切的关系。后者为法教义学提供了重要的方法论基础。在对法的本质及其适用的过程的理解上，这种法教义学乃致力于客观地认识概念、封闭的法体系理念以及机械的逻辑演绎推理方法等。自19世纪以来，越来越多的法律学者认为法教义学的任务主要在于对法概念进行逻辑分析，建构法律体系，并将概念体系运用于司法裁判。由于国家监察立法没有采取惯行的立法路径，即过去的国家机关立法大多是先有组织法再有官方法，然后还有行为法、程序法等，这样的立法模式于监察体制改革而言被认为缓不济急，于是采取了“综合立法模式”，即在一部法典中包含了上述所有立法元素。又由于监察机关被定位为政治机关与国家机关的结合，既往大量调整党的纪检机关的规则继续对国家监察机关起指导作用，在此情况下，如何梳理监察法规范体系的意义脉络，保持其规范意义的融贯性，就成为监察法教义学必须处理的重要问题。

(二)监察社科学

监察社科学的研究进路注重整合法学与其他学科，研究与法律相关的经验事实。“从观察视角来看，社科学可以从宏观社会、微观社会和微观个体的视角展开研究。而且随着实地调查的变化，研究者也需要经常进行视角的转换。从认识论来看，社科学主张批判性二分法，法律/社会的二元对立观念，强调研究‘视域融合’：即有关法律

经验事实的知识要通过研究者、他者和共同面对的世界这样一种三角关系获得。从研究方法来看，社科学倾向于实现：定性方法与定量、经验事实与理论抽象、经验研究与规范研究的有机整合。”社科学也可以分为不同的知识类型，或称为研究面向。其中，国内已形成规模的是法律社会学、法律经济学、法律认知科学。监察社科学作为一种刚开始而远未成熟的研究进路，亟须开展对监察法现象的深入研究，以因应监察法实践的紧迫要求。

《监察法学教程》的定位和编写思路

《监察法学教程》坚持法治理念和原则，保持政治敏锐性；不回避争议问题，但尽量采纳通说，不过多纠缠于争议问题；直面监察制度运行的实践，紧密结合监察实践已有的案例，以案释法，以案析理。其目的在于培养和训练学生观察、分析监察法现象，解决宪法问题的能力。总之，本书强调监察法学的学术意识与实践功能，突出原理与经验的探讨，力求完整地体现“原理—规范—现实”的部门法研究思路和方法论体系。监察法学有独立、完整的调整对象和特有、自足的研究方法，这其实决定了监察法学不能被视作宪法学、行政法学、刑事诉讼法学的分支学科，而应成为法学之下的一门独立二级学科，但其与宪法学、刑事诉讼法学、行政法学的关系理应承担为本学科的研究重点。

在当下中国的法政结构下，监察法律法规如何对党的纪检法规在监察领域的应用进行合宪性、合法性检视，既坚守法治底线，拒斥一切存在即合理的谬见，又不过度拘泥而造成秩序冲突，这是监察法学研究面临的重大难题。总之，监察法学的研究既要仰望星空，又要脚踏实地；既不能过度浪漫主义，又不能抱持完全的鸵鸟主义。适度地平衡和妥协，才能行稳致远。

周朝婚姻家庭制度的两个问题辨析

法学洞见

□ 郝铁川(河南大学法学院教授)

周朝婚姻家庭制度在中国法制史上具有重要影响的内容，就是“婚娶以礼”的礼制规定。主要有二：一是婚姻实质要件“父母之命，媒妁之言”；同姓不婚。二是婚姻形式要件“六礼”。关于“父母之命，媒妁之言”，《孟子·滕文公下》记载：“不待父母之命，媒妁之言，钻穴隙相窥，逾墙相从，则父母、国人皆贱之。”明朝汤显祖《还魂记·婚走》：“秀才，可记得古书云：‘必待父母之命，媒妁之言。’”关于“同姓不婚”，《左传·僖公二十三年》称：“男女同姓，其生不蕃。”不蕃意即不健康，先天不足。《国语·晋语》又称：“同姓不婚，恶不殖也。”这也是说同姓不婚旨在避免婚后不育。关于“六礼”，《礼记·昏礼》上载：“昏礼者，将合二姓之好，上以事宗庙，而下以继后世也，故君子重之。是以昏礼纳采，问名，纳吉，纳征，请期，皆主人筵几于庙，而拜迎于门外。入，揖让而升，命合于庙，所以敬慎重昏礼也。”另《仪礼》上说：“昏有六礼，纳采、问名、纳吉、纳征、请期、亲迎。”这就是史书所言创于西周而后为历朝所沿袭的“婚娶六礼”传统习俗。六礼已毕，只意味着完成了成妻之礼，还须在次日完成“谒舅姑”，即成妇之礼；若公婆已故，则于三月后至家庙参拜公婆神位，称“庙见”。

对这套餐婚家庭制度，笔者认为学术界存在两大误解：

第一，上述周朝“婚娶以礼”的制度只适用于贵族阶层，而不适用于非贵族的庶人、奴隶等阶级阶层。

“刑不上大夫，礼不下庶人”，这是周朝礼制的根本原则，是当时阶级关系、社会等级制度的基本反映。上述婚姻礼制是适用于当时的贵族阶层，而与与他们统治的庶人、野人的家庭婚姻制度则相反。庶人是一夫一妻制的婚姻，所以庶人被称为匹夫匹妇。《白虎通·爵》称：“庶人称匹夫者，匹，偶也，与其妻为偶，阴阳相成之义也。”因为“礼不下庶人”，所以，庶人的聘娶方式、婚嫁年龄、嫁娶季节等，都被统治阶级纳入刑政范围内，而明令作出规定。在聘娶方式上，《周礼·媒氏》曰：“凡嫁子娶妻，入币纯帛无过五两。禁迁葬者与嫁殇者……其附于刑者，归之于士。”又说：“中春之月，令会男女，于是时也，奔者不禁。”在嫁娶年龄上，《周礼·媒氏》曰：“媒氏掌万民之判……令男三十而娶，女二十而嫁……若无故而不用令者，罚之。”在嫁娶季节上，《周礼》以为在仲春之月。《管子·幼官篇》以为嫁娶在秋冬。《荀子》以为始于霜降，终于季春。孙诒让《周礼》谓：“荀卿所说始于季秋，杀(减少)于中春者，盖谓齐民之家，及时趋聘，大略如是……(夏小正)及《周官》所说，亦因时已近夏，民间昏事渐杀，故令其及时成礼。其士以上无农事之限，则婚娶卜吉通于四时，既非限于中春，亦不必在秋冬。”

庶人在家庭形式、婚姻制度上与贵族的不同，正说明周朝贵族家庭和非贵族的阶级阶层家庭的不同社会目的。在不同的家庭形式支配下，婚姻制度、婚姻目的、婚姻仪式也体现了阶级差别，体现了剥削与被剥削、压迫与被压迫的阶级对立。不唯如此，不同阶级、不同职能的家庭，不同形式的婚姻制度之间，在婚姻对象和婚姻范围上，也存在着严格的对立。居住在都、国、乡、遂的“国人”与居住在边、鄙、邑、里的“野人”，勤礼的君子与尽力的小人，姬、姜、子、妣等有姓氏的贵族与无姓氏无宗法的庶人是不能通婚的。否则就破坏了尊卑贵贱的礼制原则。因而王室及齐、鲁、宋、卫的姬、姜贵族总是世代互婚，而都国、乡、遂的卿大夫、国人，亦必选择其经济、政治地位相当的家庭作为婚嫁对象。《大戴礼记·本命》曰：“女有五不取……世有刑人不取。”因“刑不上大夫”，“有刑人”即非贵族之家。所以鲁、卫的贵族“岂其娶妻，必齐之妻……岂其娶妻，必宋之子”，而齐、宋贵族也必然是鲁姬、卫姬、王姬。而边、鄙、邑、里之“野人”，只能是匹夫匹妇之结合。

因此，在“刑不上大夫，礼不下庶人”的阶级、等级对立下，前述周朝的婚姻礼制是贵族阶级的婚姻礼制，而非贵族的庶人、奴隶的婚姻礼制。

第二，《诗经》中的言情诗表达的不是庶人等非贵族阶层的劳动人民的爱情，而是贵族阶层的男女之情。

在《诗经》著录的三百零五篇作品中，关于男女言情的诗有七十八篇之多，占《诗经》总篇数的四分之一。除《小雅》中的六篇外，十五“国风”中就有七十二篇，又几占“国风”一百六十篇的二分之一。其中有写男女两性相好的；有写单思不遂的；有写别恋的；有写幽期聚会的；有写行役久别或邂逅相遇的；有写施身被弃或婚后笃情的。对这

些诗篇，流行的法制史论著大都说它们表达的是劳动人民的自由恋爱生活。先师郭人民教授早在20世纪70年代末就对《诗经》“国风”中的言情诗的阶层属性作了详细的考辨，作出了它们表现的是贵族男女之情，而非庶人等非贵族阶层自由爱情的生活。遗憾的是，先生的大作引发了文学界的重视和讨论，但未被法学界所关注。

周朝实行国都鄙野制度，即贵族阶层住在国都里面，被称为“国人”，庶人等非贵族阶层则住在国都外的郊野里，被称为“野人”。在《诗经》的六十八篇言情诗中，除已婚夫分离别相思的诗，弃妇诗、婚嫁诗二十八篇外，其不经媒妁通辞、不遵六礼、私相爱慕，所谓“淫奔私约”的诗，共四十篇。其中能反映出贵族身份的十七篇，发生在都城附近的十二篇，这二十九篇是出自都城贵族家庭的，余十一篇尚不能得出其阶级属性。

从风诗体裁上说，既名之为“国风”。“国”是指的国都而言，它不包括鄙野，说明这些诗的作者是“国人”而不是“野人”。从诗篇中所记附的地址说，多是发生在国都的城阙和国都周围的河、流、丘、池附近。国和都是贵族和平日居住的区域，说明这些诗不是写“野人”生活的。从诗篇中反映的阶级身份说，男的有“君子”“吉士”“庶士”“西方之人”“狄童”“狂且”；女的有“淑女”“静女”“孟姜”“宋子”“淑姬”，证明他们是贵族统治阶级的人物。

由此看来，国风言情诗篇的阶级属性是相当明显的，说明它是描写贵族“国人”的生活而不是描写非贵族“野人”生活的。

瀛台泣血录

史海钩沉

□ 余定宇

北京之美，在于地的庄严大气。故宫那片如大海波涛起伏的金色屋顶之上，时时望去，便总似在涌动着阵阵的历史烟云。不过，一百年前，在北京这片极美丽的地方却发生了一个极悲惨的故事。这个故事的主角，就是著名的光绪皇帝。甲午战败之后，当那位血气方刚的青年皇帝——光绪皇帝想推行“变法”，以一雪前耻时，那位拥有全中国最高权力的慈禧太后却是残酷镇压，并且将这位热血皇帝囚禁在皇宫西面一个四面环水的小岛之上。

在一百年前的中国，讲“变法”、讲“政改”，可是要坐牢、杀头的事！连皇帝也不例外。就这样，中国的传统政治，彻底地失去了一次极为难得的“自我革新”的宝贵机会，而中国社会便仍然在一个弥漫着封建毒汁的大染缸中一天一天地腐烂下去。

如果用一句话来形容这位“变法皇帝”，那么最为简洁的一句便是：他是一位充满了悲剧色彩的开明皇帝。光绪姓爱新觉罗，名载湉，生于1871年8月14日。他的生父，是道光皇帝的第七子，咸丰

皇帝的弟弟醇亲王奕譞，而他的生母，是慈禧太后的亲妹妹。这就是说，在他的身上，既有爱新觉罗氏的血统，同时又有叶赫那拉氏的血统。因此，1875年，当慈禧太后的亲生儿子——年仅19岁的同治皇帝突然死去之时，年方4岁的载湉，便被那位既是伯母又是姨媽的慈禧太后收为自己的继子，并被立为大清皇位的继承人，而慈禧自己，则名正言顺地继续当地的太后，理所当然地继续“垂帘”听政。

自光绪5岁那年开始，慈禧就任命了一位翰林院大学士翁同龢为他的老师。这位翁老师，在毓庆宫里给小皇帝上的第一堂课，便是教光绪学写“天下太平，正大光明”这八个大字。不仅给这位小皇帝讲授四书五经等儒家经典，与此同时，还结合当时中国的内忧外患，给光绪讲魏源的《海国图志》，讲徐继畲的《瀛寰志略》，讲郭嵩焘的《使西纪程》；郭嵩焘集，讲曾纪泽、马建忠等出使官员在欧美考察的游记见闻等，还经常从军机处挑选一些有关“洋务运动”例如造船、开矿、办铁路、办海军的大臣奏折向这位少年皇帝详加讲解，可以毫不夸张地说，这位小皇帝，在当时得到的，是一种全中国最先进、学科最现代、视野最广阔的“通才教育”。

说起来，光绪虽然名义上在位34年，但由于他

前年期尚幼，而后期被囚禁在瀛台10年，因此，他实际执政的时间只有11年，而亲身参与及主持过的，便只有一场战争和一场运动。那场战争，就是令全中国人时至今日都还刻骨铭心的“甲午海战”，而那场运动，就是时至今日仍众说纷纭的“戊戌变法”。

在康有为那种“大变通变”而不是“渐进式改革”的激进思想的鼓动之下，光绪皇帝在1898年6月11日至9月21日的103天里，从紫禁城中像雪片般地向中国发出了180多道“变法上谕”。变革的范围，遍及政治、经济、军事、文教(偏偏就没有法律、法学)等各个重要的社会领域。“废除科举”，一下子断绝了近千年来全中国读书人入仕的传统出路；“革除冗官”，更是一下子砸烂了许多文武官员的饭碗，这就使得整个中国社会都被卷入一场空前的天塌地陷般的大动荡之中。简单来说，这场变法，是“未见其利，先受其害”。当时的朝野上下，人心惶惶，京师内外，怨声载道。而当改革遇到了重重阻力，根本无法再推行下去时，康有为这个所谓的“变法奇才”，却只会将一场本来“正大光明”的“维新变法”，急剧地演变为一场“宫廷政变”。当他“围园劫后”的计划被袁世凯出卖之后，这场“维新变法”的最后结局，已是众所周知——荣禄率军在京

城大肆搜捕维新党人，康有为、梁启超二人仓皇逃亡海外，“戊戌六君子”喋血刑场，而那时才28岁的光绪皇帝，则成为慈禧太后的阶下囚。在经过一场白天既是原告，又是法官，没有律师，没有陪审团，只有是一大群守旧派官僚围殴吼骂式的审讯之后，这位改革失败的皇帝，便被囚禁在中南海瀛台小岛的一处冷宫中。

“光绪究竟是病死的，还是被毒死的”，史学界一直争论不休。据“清光绪帝死因”专题研究课题组发布研究报告称：“光绪皇帝是死于砒霜中毒。”因为，他头发中的砷含量，比普通人的头发砷含量高出了261倍。

慈禧为什么在自己临死的前一日还要抢先一步毒杀光绪？这个问题在中国的史学界引发了一场争论。对于那位日夜监督他一举一动的慈禧太后来说，怎么可能“放虎归山”，让这位思想叛逆的“变法皇帝”能有在她身后东山再起？于是，在慈禧临死的前一日，那位黑衣的死神，便悄然无声地，抢先降落到故宫西面那个四面环水的孤岛之上。光绪死了，慈禧也死了，三年之后，那个气息奄奄的大清帝国也终告覆亡。

(文章节选自余定宇《寻找法律的印迹(2)：从独角兽到“六法全书”》，北京大学出版社出版)