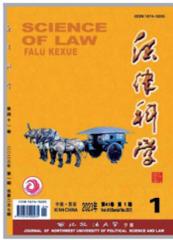


观点新解

刘晓春谈数字平台自我优待的法律规制——可采用超越反垄断法框架的思路



中国社会科学院大学法学院刘晓春在《法律科学》2023年第1期上发表题为《数字平台自我优待的法律规制》的文章中指出:

数字平台作为数字经济和社会治理中的重要主体,承载着信息发布、交易撮合、资源调配、规则制定等多重功能。数字平台的自我优待行为,就是在数字平台林林总总的新型行为中被识别和归纳出来的一类较为典型的行为。

平台自我优待,是指平台对待自身或关联公司及其商品和服务,提供相比其他经营者更为有利的条件。自我优待行为本身在市场竞争中并不少见,也通常被认为是经营者展开竞争的正当行为。但是,在数字经济领域,平台自我优待行为与平台的特殊角色和定位紧密相关,呈现出不同于普通经营者自我优待的鲜明特点。在数字经济领域,平台通常拥有多重角色。平台在多个市场上提供商品或服务,容易演化为一个内部高度整合的多边市场数字生态系统,平台也很容易利用自身在一个或者多个市场上的优势地位来优待自身。平台自我优待能够得以施行,需要具备两个条件:一是平台同时在两个或两个以上的市场开展经营活动;二是这两个或两个以上的市场相互关联,形成上下游关系。平台可以利用其在一个市场上的影响力,在另一个市场上为自己或者关联方提供更有利的条件。

平台自我优待的表现形式十分多元,会因为平台的业务类型、商业模式、内部生态等呈现不同行为方式。在搜索引擎结果排序,电子商务平台数据利用,应用市场上架规则,社交平台内容封禁等领域,都存在平台自我优待的现象。对于这些行为和现象的类型化分析,可以有不同角度。平台自我优待根据效果可以分为积极型和消极型自我优待,根据对象要素可以分为针对流量、数据和知识产权自我优待,根据实施方式可以分为通过平台规则实施的和未通过平台规则实施的自我优待。不同类型的自我优待行为呈现出不同的规制需求,需要采用不同的规制路径。规制平台自我优待的理论基础包括从运作机理维度的数字生态系统、从社会功能维度的数字基础设施、从权力属性维度的公共管理职能。对平台自我优待的规制有赖反垄断法及相关法律的完善。一方面应当在反垄断法内部进行理论创新;另一方面,可采用超越反垄断法框架的思路,结合平台自我优待的类型和理论,基于数字基础设施的构成要件界定规制对象,采取整合行为和效果的双重规制思路,强化平台规则的透明度,建构体系化的规制结构。

段一鸣谈强人工智能刑事主体资格是否存在——取决于其是否满足两个基本条件



中国人民大学法学院段一鸣在《法律适用》2022年第12期上发表题为《强人工智能犯罪否定论——从算法原理到刑法原理的二阶分析》的文章中指出:

人工智能作为一门新兴技术科学,其涉及领域包括统计学、脑科学、数学、计算机科学、信息论等。近年来,人工智能犯罪课题是学界热点之一,占多数的肯定论者在承认强人工智能刑事主体资格的前提下对其犯罪性质、犯罪治理展开研究。但纵观已有的学术观点,无论持何种立场,大多是从想象出发进行分析而避开了技术原理的论证。如果仅从技术方面去分析可能会导致考察视角的片面,同样会被技术原理所蒙蔽,所以只有同时在刑法理论角度进行分析,结论才更具有说服力。强人工智能刑事主体资格是否存在,取决于其是否满足两个基本条件:一是人工智能自身具备完全意义上的独立思维;二是在现代法治体系下存在刑事处罚可能性。

在可见的未来,人工智能的发展都只是计算能力的提高,人工智能的独立思维只是一种假象。算力提高无法使机器具有独立思考能力,其决策仍然离不开设计者、使用者的意愿。结合计算机技术原理,从犯罪学的角度来看,人工智能是不具备犯罪的发生条件和发生机理的,归根结底是因为人工智能只是计算机技术的应用分支,是从事社会活动的“工具”,当然无法独立实施所谓的犯罪行为。从刑法教义学角度分析人工智能犯罪,主要是讨论危害行为的归属问题。在刑法教义学三阶层体系下,要将人工智能作为行为主体来进行考察是完全不现实的,不符合当下的刑法规范,只能将自然人、法人等主体作为考察对象来解决人工智能带来的问题。从刑罪目的论角度来看否定人工智能犯罪,实际上是论证对人工智能的惩罚不能实现刑罚目的。通常来说,刑罚目的包括特殊预防目的和一般预防目的。

从刑法学的角度来看,人工智能本身是无法实施犯罪行为也无法对其行为承担责任的事物,其对外界产生的所有影响都可以追溯到其背后的开发者或使用者的身上。基于此,也就不必对其进行刑事主体资格的确认,只需要结合其作为新型技术的特性,比照通常的计算机技术,将其作为犯罪工具来处理即可。

(赵珊珊 整理)

书林臧否

□ 张翔 (北京大学法学院教授)

宪法与部门法的关系并非新鲜的话题。任何法学的初学者都会被灌输“宪法是母法,部门法是子法”“宪法是根本法,是一切法律制定的基础”“宪法是法律体系中的最高法”等抽象观念,同时又因“宪法是公法,民法是私法”“宪法消逝,行政法长存”“刑事诉讼法是小宪法”等提法而感到困惑。但由于过往我国合宪性审查机制长期不畅,“最高法”有被束之高阁之“高”,宏大观念上的清晰与否并不会给法学思考和实务操作带来太多困扰。

改变来自法治的具体实践。宪法学的研究从理论走向实践,从宏观走向微观,宪法与部门法的关系,特别是具体争议中的宪法与部门法关系,逐渐成为研究热点。法治实践的要求,促使各个部门法学科都开始将目光投向宪法,寻求解决具体问题的宪法学理支援,出现了“部门法提问,宪法作答”的现象。由此,以处理宪法与部门法关系为目标的“基本权利在私法关系中的效力”“宪法对部门法的辐射作用”“部门法中的基本权利冲突”“法律的合宪性解释”等理论装置被迅速引入,并形成相当丰厚的学术积累,这一进程已持续二十余年。近年来,我国合宪性审查、备案审查以及以此为重点的“宪法全面实施”迅速推

进,更多原来被作为部门法问题处理的实践争议,被制度化地转化为宪法问题。宪法与部门法关系问题的实践场域和制度环境发生了根本性的改变。

在这种背景下,宪法学者不断与部门法学者合作互动,推进宪法与部门法关系研究的理论体系化和议题精细化,特别是推动在具体法治层面宪法学理与部门法学理进行有效的沟通,相关学术活动和学术积累非常丰富。

“适用一个法条,就是适用整个法律体系。”在宪法之下的规范体系整合,是任何现代法治国家所必须完成的任务。在许多有着悠久法治传统的国家,即使是早已存在的部门法,也出现了向着后出现的宪法进行整合的趋势,相应地产生了部门法的宪法化趋势。相应的建构任务,既是制度与规范层面的,也是学理层面的。在这一点上,中国的宪法学者和部门法学者有共识,并且,此种整合不应该是单向的,而是体现为宪法学与部门法学的互动。法学者必须摒弃画地为牢的学科自足观念,理解和尊重其他部门法学科的知识 and 学理,向着法规范体系的统一性和融贯性,向着法秩序的安定性与正当性,协作完成宪法教义学上的操作。笔者亦尝试初步概括宪法与部门法的三重关系:“法律对宪法的具体化”“法律的合宪性解释”“法律的合宪性审查”,并从“宪法与部门法关系”问题的界定入手,作一点儿思考框架上的厘清。

宪法与部门法的第一层次关系,是宪法

约束立法机关,立法机关通过制定法律来具体化宪法以形成部门法秩序。宪法是最高法,是一切立法的依据,立法是在宪法约束下在法秩序的各个领域的规范展开。“立法一直担负着实施宪法的任务,负有具体化宪法规范内涵,并将之体现在生活关系中的义务。”但于此还应注意,尽管立法要受到宪法约束,立法活动应当是具体化宪法的活动,但立法者仍然享有宪法作为“框架秩序”之下的“形成空间”或者“形成自由”。此外,立法作为民主政治的过程,就是要要把宪法所保障的、相互之间恒久冲突的各种利益置于公开的讨论和博弈之中,以程序来落实民主原则,并实现政治的功能。

法律在制定出来之后,就进入执法和司法的层次。这就进入宪法与部门法的第二层次关系:法律的合宪性解释。在法治国家,国家权力受到法律的约束,这是民主原理的直接体现。但是,受法律约束(法律优先)的国家公权力仍然要受宪法的约束。尽管在具体化宪法上,立法机关具有优先性,但其他国家权力仍然负有在其职权的行使中落实宪法精神的义务。现代法要求是宪法优先的法秩序,法秩序的位阶原理要求所有法律的解释和适用都要符合于更高位阶的宪法规范。这就催生了“法律的合宪性解释原则”。我国对法律的合宪性解释的研究开启于2008年,而2008年年底“齐玉苓案”批复的废止,标志着合宪性审查意义上的“宪法司法化”暂时不再有实现的可能。宪法学者开始从法律

的合宪性解释的角度探索宪法影响司法的其他可能性。这一研究进路必然地深入了各部门法司法的具体争议,并得到了部门法学者的积极回应。

如果说合宪性解释是在部门法规范的解释和适用中,施加合宪性的控制,确保其不偏离宪法的框架秩序,那么,如果部门法的规范或其解释确实存在偏离宪法轨道的可能,对其进行合宪性审查就是必要的。法律的合宪性审查就是宪法与部门法关系的第三层次。尽管我国的合宪性审查机制正在建构过程中,对法律的合宪性审查暂时也更多是在法律草案的阶段,但其与备案审查制度的结合,还是展现出了新的制度可能性。从已经公布的案例看,也多与各部门法有密切关系。合宪性审查机制的建立和完善,在可以预见的未来,一定会增强宪法与部门法关系议题的重要性。

在理解宪法与部门法的交互影响关系的基础上,尊重和理解对方的学科知识和体系,通过运用具体化宪法和合宪性解释的法律技艺,向着宪法教义学与部门法教义学的体系整合,相互融通,相向而行。(具体法治中的宪法与部门法)的内容,就是在这一认识之下,从部门的法律现实中的真实问题出发,认真学习和梳理民法、刑法、行政法、经济法、环境法、社会法的学理知识,尝试对话,尝试教义学方案的整体探索,为中国的整体法律教义学体系的建构和精细化做一点儿工作。

中国古代选官标准和方式的演变

法学洞见

□ 郝铁川 (河南大学法学院教授)

中国古代的选官标准与方式,大体经历了夏商周三代依据血缘姻缘的世卿世禄制度、战国秦朝依据军功的官爵制度、汉代依据品行的察举征辟、魏晋南北朝依据门第高低的九品中正制、隋唐以降依据官府考试的科举制度五个阶段,演进的原因既有时代政治经济社会变化的原因,也有选官制度演进本身的内在逻辑。

夏商周三代的选官标准是血缘关系的远近,夏商两朝史料有阙,周朝则相对较详备。武王克商后,受原始社会“非我族类,其心必异”的观念影响,因此,大搞宗法分封。史载周初分封,“兼制天下,立七十一国,姬姓独居五十三人”(*荀子·儒效*)。七十一个中受封的姬姓贵族,大都与姬姓联姻,周朝达官贵人不是叔伯兄弟,就是甥舅表亲,周礼把这一标准概括为“亲亲、尊尊”(要亲近亲属,尊重在尊位的人)。诉讼首先考虑是否违反父子之亲、君臣之义。在认为符合宗法制度之后,再来考虑罪行大小,损害轻重,决定刑罚裁量。《礼记·王制》说:“凡听五刑之讼,必原父子之亲,立君臣之义以权之。”

当然,关于周朝是否实行贵族世卿世官制度,学界存有争议。郭沫若主编的《中国史稿》在论述西周政治制度时说:“各种各样的官吏,大都是世袭的,世代享有特殊的、神圣

不可侵犯的地位。”杨宽著的《战国史》在论及西周的官吏情况时也说:“在周王国和各诸侯国里,世袭的卿大夫便按照声望和资历来担任官职,并享受一定的采邑收入,这就是世卿世禄制度。”另有一些学者不同意世卿世禄制推行于西周时代的说法。他们认为,《尚书·立政篇》载有周公阐述的西周时代的选官方针。在这篇文献中,周公一再强调“自今后王立政”,要“俊(进)有德”,选拔“德德之彦”,择用“吉士”“常人”,也就是选用有德有才的贤人,而不搞世卿世禄制。还有一部分学者认为世卿世禄制开始出现于春秋中后期。而在笔者看来,周朝去古未远,没有经历过古希腊奴隶社会的三次社会大分工,氏族部落的外壳没有扫除,经济发展水平有限,多种因素决定了周朝统治者必定选用自己的血缘姻亲之人管理国家。虽然周公也说过要选拔“德德之彦”,但这只是在血缘姻亲的小圈子里选拔相对有德有才的人,而非不论血缘关系远近,不论是否沾亲带故,否则,战国各国变法,废除世卿世禄制度,任用客卿、立功人员,就无从谈起。

但春秋战国的事实告诉人们,周朝的世卿世禄制度存在无法避免的弊端,一是在争权夺利方面,血缘姻亲贵族是不择手段,随时撕下温情脉脉的亲情关系的面纱,自相残杀;二是生而富贵,不思进取,能力低下。正如李斯所言,“周文武所封子弟同姓甚众,然后属疏远,相攻击如仇雠,诸侯更相伐伐,周天子弗能禁止”(《史记·秦始皇本纪》)。

血缘姻缘靠不住,战国便转变为以军功、

事功为标准选拔官吏。春秋时期晋国灭公族、按功行赏,开风气之先。到了战国,魏国李悝提出“食有劳而禄有功”,韩国申不害创立了一套“循功劳,视次第”的任官制度,规定“见功而与赏,因能而授官”;齐国戚王也选贤任能,因功授官,封赏功效卓著的即墨大夫,烹杀逢迎阿谀的阿大夫;楚吴起变法,“使封君之子孙三世而收爵禄,绝减百吏之禄秩”,秦国“有军功者,各以受上爵”,“宗室非有军功论,不得为属籍”,新的军功爵制造就了一批爵禄及身而止,不再传给子孙的新官僚和一批军功地主,所以它不仅是新的封建军事制度的一个重要内容,而且又是新的封建官僚制度的一个组成部分。

但按照军功授官于爵制适用于战争年代,不适合于和平建设年代,到了汉代,军功爵制逐渐变质,由最初的反对世袭,逐渐变成了世袭。

因为世袭制度不会带来社会的发展活力,所以到了汉代,便实行主要依据品行标准的察举征辟。察举即选拔,是一种由下而上推选人才为官的制度;征辟制,初期以“乡举里选”为依据,注重乡里舆论对某位士人德才评判的权威性。征辟是一种自上而下选拔官吏的制度,主要有皇帝征聘与公府、州郡辟除两种方式。皇帝征聘是采用特征与聘召的方式,选拔某些有名望的品学兼优的人士,或备顾问,或委任政事。察举、征辟虽然方式不同,但标准都是所谓的品行。大量事实表明,道德品行须出自自觉自愿,没有功利引诱,道德品行一旦功利化,即会变质。汉代把道德品行与做官相联系,最

后就出现察举者以私意取人,“郡国举孝廉,率取年少能报恩者,奢宿大贤多见废弃”,以及士人虚投投机,“举秀才,不知书。举孝廉,父别居。寒素清白如泥,高第良将恰如鸡”,培养了一批伪君子。

依据道德品行的察举征辟制不行了,魏晋南北朝时期就采取了依据门第高低的九品中正制。即由各州郡分别推选大中正一人,所推举大中正必为在中央任职官员且德名俱高者,大中正再产生小中正,中正,就是掌管对某一地区人物进行品评的负责人,九品中正制创立之初,评议人物的标准是家世、道德,才能三者并重,但晋以后完全以家世来定品级。出身寒门者行状评语再高也只能定在下品;出身豪门者行状不佳亦能位列上品。于是形成了“上品无寒门,下品无士族”的局面。

主要依据门第高低选拔官员的九品中正制,到了后来成了压抑、埋没人才的等级制度,因此,它必然被依据考试成绩为主要标准的科举制度所代替。科举制度从隋代开始实行,到清光绪三十一年(1905年)举行最后一科进士考试为止。科举考试标准相对最为客观,所以它能行世1298年,且对欧洲文官制度的产生产生了较大影响。但它到了明清时期的“八股取士”,各种规定僵硬死板,命题内容狭窄,限制了人们的思想,丢弃了经世致用的传统。

从依据血缘姻缘任官,到军功爵制授官,又到品行察举征辟,再到门第高低授官,最后到科举考试任官,追求任官标准的客观化、可量化,防止任人唯亲,高下由心,则是贯穿古代几千年来选拔官员历史的一根主线。

十三行聆听:东西方法律文化的早期冲突

史海钩沉

□ 余定宇

16、17世纪,紧随着“哥伦布发现美洲”“麦哲仑环球航行”那个时代的结束,一艘西方商船扬帆出海,随后千船万船奔向中国的全新时代,开始向广州这座中国的“南大门”涌来。

中国古代的法律文化,是一种以“大陆文化”为主体,以中原地区的农耕社会宗法观念为核心价值的法律文化体系。五千年来,这个古老的“中华法系”,从黄河到长江,从长江到珠江,不停地向周边扩散。不过,1840年,随着鸦片战争一声炮响,这种古老的法律文化传统,在广州城下遭到了来自西方“海洋文化”的“英美法系”传统的巨大挑战。

遥想当年,在广州城埠之外的河滩地上,茶叶、丝绸、瓷器等商品堆积如山,而宽阔的珠江河面上,日日桅杆林立,樯桅如云,万国旗帜在江风中猎猎飘扬。但是,随着1840年鸦片战争一声炮响,清朝的“天朝旧梦”和十三行的“黄金时代”,都已经随着虎门炮台上阵阵猛烈的炮声,急剧地随风飘去了。

实事求是地说:在清朝“重开海禁”之初,在鸦片问题还远未成为一个严重问题之前,一系

列东西方“法律文化”思想的激烈冲突,早已长期、悄悄地暗藏在这片被称为“十三行”的河滩地上。

那些冲突都是些什么样的冲突?还得从明朝说起——

明朝中期(1514年),葡萄牙水手科利·沙利在跨越了大半个地球之后第一次来到广州。从此之后,被这幅如梦如幻般的广州图画所吸引,三百年来,无数的西方商船,涌到了中国的南海岸上。但对于那些满怀着发财的热望越洋而来的番邦商人来说,当他们历尽千辛万苦,万里跋涉抵达广州城下时,才发现:这时的中国已改换了朝代——从明朝变成了清朝。而等待他们的“广州故事”,显然并不如那位葡萄牙水手所描绘的那么愉快。

船到虎门,须在那里经过丈量并缴费。所缴的“船钞”,按照公开规定,每船1950两白银,但西洋商主们的实缴数目,则往往按船只的大小,小,缴纳2000两到8000两不等的银子。在经过许多“合法与不合法的,外表上看不出来的勒索”之后,洋船才被准许从虎门开入黄埔。而到了黄埔古港的停泊地,上述的敲诈勒索情形,又在各种清朝的黄龙旗下堂堂皇皇地重演一次。

层层设卡,层层盘剥。当那些番邦商人被一艘小船从黄埔古港载到广州城外的十三行商馆

安顿下来之后,他们才发现,巍峨壮丽的十三行商馆,其实只是一个“镀金的鸟笼”。因为当时的清朝,像对待囚徒或怪物那样,用许多严苛的法令来对付这些红头绿眼的“番鬼”们。

1759年,即乾隆皇帝恩准“开放广州一口通商”之后的第三年,英国东印度公司的通事洪任辉(Flint)只身前往天津,向乾隆皇帝呈上了一封言辞激烈的诉状,诉状的内容,大多反映了一些他们在广州做生意时所蒙受的冤屈。上诉的结果,是一切令人愤恨的苛捐杂税都暂时被免除了。但是,当其返回十三行时,突然被一大群如狼似虎的兵丁逮捕,狠狠拷打,并押送到澳门前山的一个监狱里关了三年。

在中英之间“最后一个法律冲突”的案例,便是1839年7月7日在香港地区发生的“林维喜案”。当年6月3日,中国钦差大臣林则徐在虎门销毁了20291箱鸦片,并勒令英商交出“永不夹带鸦片”的保证书。但英国驻广州的商务监督(即驻广州领事的前身)义律大佐,却负隅顽抗。他拒绝让英商出具“甘结”(即违反承诺就甘愿伏法),还率领军英两国66艘鸦片船逃到香港海面,并与香港民众发生冲突,导致林维喜一人死亡。

事件发生后,广州当局曾多次责令义律交出凶手,由中国法庭来审判,义律却置若罔闻。他竟然在塞给林维喜家属大量“掩口费”之后,

自立法庭、自充法官、由自己来审判,审判的结果是:首被告的英水兵头目被无罪释放,次被告的五名英水兵被判3至6个月的监禁。如此腐败不公的司法,激起了香港民众的愤怒,于是,香港人民奋起“禁售食物蔬菜予英人”,义律则穷凶恶极,9月4日在九龙海面下令:向清朝追索凶手的水师船只开火,从而打响了“鸦片战争”的第一炮。

当今,“贩卖鸦片”,已经是全球各国“人神共讨之”的一种罪恶!即将将问题放回当时的环境中去考察,我们还是要问:是谁人,曾赋予你们西方人可以在中国的土地上、由外国人、按外国的法律来审判的“领事裁判权”?西方的法史学家们无须再狡辩:鸦片战争爆发的原因,就是“鸦片”二字和西方人践踏“司法主权”这四个字。

我绝不赞同西方政治家在解决国际争端时所惯用的那种冷血的、野蛮的“炮舰政策”。但实事求是地说:我们强调自己道德上的正当性的同时,有没有思考过,在鸦片战争爆发前夕的19世纪二三十年代,古老的法律及“官商腐败”和“执法不公”,又是否已确实不适应那个正在变化着的时代?

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