



观点新解

孟勤国谈算法歧视侵害消费者权益——  
 是大数据和算法技术运用引发的新型侵权



武汉大学法学院孟勤国在《法律适用》2023年第3期上发表题为《治理算法歧视侵害消费者权益的关键问题——以大数据杀熟为视角》的文章中指出：

算法作为人机互动的机制，即人类通过代码设置、数据运算于机器自动化判断与决策，其公正性取决于人的意志而非算法技术。算法技术运用可能对特定群体或个体出现系统、重复的不公正结果，构成算法歧视，如算法价格歧视、算法就业歧视、算法信用歧视等。算法歧视侵害消费者权益，其中，以大数据杀熟最为普遍。大数据杀熟是经营者利用互联网平台优势收集消费者日常消费数据如承受能力、选择偏好、家庭成员、信息浏览等，依照一定的算法逻辑，输入具有推送对象与排斥对象的身份信息，自动生成和输出个性化的销售或服务定价，使不同消费者对相同销售或服务支付不同对价。治理算法歧视侵害消费者权益应首先解决法律实践中的价值取向、构成要件、法律成本问题。

对于算法歧视侵害消费者权益，现代社会已有明确的价值取向，这就是消费者权益保护。消费者权益保护是消费者权益保护法唯一目的和价值。在消费者权益保护法范畴内，根本不存在需要考虑保护消费者权益是否影响行业发展、经营者损害消费者权益是否有情有可原、消费者自身有无疏忽大意的过失等问题。只要损害消费者权益，经营者无论有多少理由，即便是为了行业发展，均为消费者权益保护法必须制裁的不法行为。

算法歧视侵害消费者权益是大数据和算法技术运用引发的新型侵权，是否侵权应当坚持消费者权益保护的正当价值取向，围绕侵权法上的构成要件加以讨论和判断。算法歧视侵害消费者权益属于结果性侵权行为。消费者按照歧视性算法消费即受侵害，行为和结果的因果联系不证自明，需要清晰和统一的是行为、后果、过错三要件。行为应是显性或隐性的使用歧视算法的不法行为，后果应以行为不法性确定差别性待遇的损害性，过错认定应适用过错推定责任原则，综合解决消费者不易举证的问题。

法律成本是法经济学的一个基本概念，是指法律系统运行的全部费用支出，即社会和当事人追求法律公正与权益所耗费的人力、物力、财力、时间等。法律成本是法律供给包括立法、司法、执法、守法的决策或行为的重要因素，法律成本的高低和效益往往决定对法律及其机制的选择和当事人守法、规避法律或违法的选择。法律成本的限度和效率决定治理机制的有效性，应形成大数据杀熟必须重罚的社会共识和立法、行政、司法联动机制，抬高经营者违法成本。

伯雨鸿谈专利公开——  
 体现发明人与社会公众间利益平衡



西南政法大学伯雨鸿在《现代法学》2023年第2期上发表题为《专利公开的逻辑理路与功能重构》的文章中指出：

在专利法上，专利公开既是专利权取得的前置要件，也是专利权保护和运用的信息基础。从专利公开的历史维度来看，“专利”一词本意即公开，专利的公开面向完成了从早期对特权的公示证明到近代对专利的技术公开的转变。从专利公开的理论维度来看，专利公开制度发挥着创新信息系统的作用，它意欲传播的创新信息不仅包括技术信息，还包括与发明创造相关的非技术信息，非技术信息的扩散对于专利的充分公开具有重要价值。从专利公开的结构维度来看，专利公开制度最为重要且最能反映其本质特征的属性可以概括为两点：一是以法律手段实现技术实施的垄断，二是以书面方式实现技术信息的公开。具体而言：一方面，为鼓励发明人构思新的技术方案，专利法赋予了发明人对其发明创造的独占实施权；另一方面，为促进知识积累和技术进步，专利法亦向发明人施加了公开披露其技术方案的义务。换言之，专利公开体现了发明人与社会公众之间的利益平衡。专利公开的变迁不仅取决于客观的技术或科学环境，还取决于不同场域下与相关制度利益攸关的行动团体的影响力及其利益偏好。

专利公开以排他利益与技术公开构建起了技术创新与技术扩散的双向循环机制。排他利益是构建创新信息系统的前提，而技术公开才是构建创新信息系统的根本，二者的动态平衡使专利制度得以良性发展。专利公开的这种双重属性既源于技术方案的性质特征，又源于专利制度的政策导向。专利制度是国家专利主管部门通过传统私有财产权的话语体系来规范竞争的一种手段。这种对竞争的规范，涉及对竞争价值本质的判断，是一种如何对智力成果进行资源配置的标准。专利制度以激励创新为首旨，专利公开以创新扩散为路径。在技术创新的扩散理论下，专利公开的逻辑理路与制度安排均指向以促进技术知识的生产与传播为目标的制度设计。这种制度设计旨在实现专利公开的信息化、占有化和公示化，从而在整体上创建一种有序的创新环境。

在知识产权强国建设背景下，作为专利法的核心命题与基础范畴，专利公开贯穿于专利制度的始终。概言之，专利公开是促进创新要素自主有序流动及高效配置的应有之义。

(赵珊珊 整理)

《西厢记》对婚姻礼教的挑战

法学洞见

□ 郝铁川（河南大学法学院教授）

元代王实甫创作的《崔莺莺待月西厢记》杂剧（后被明代的李日华改编成南曲《西厢记》），在中国戏曲史上具有重要地位。《西厢记》的故事出自唐代元稹的小说《莺莺传》。金代的一位姓董的读书人，依据唐代元稹的传奇小说《莺莺传》改编成《西厢记诸宫调》，把原来故事中的主人公莺莺写成了博陵郡人。定州在隋代就称博陵郡，所以在博陵一带莺莺和张生（君瑞）的故事流传相当广泛。剧作者王实甫曾任陕西县令、陕西行台监察御史。后来由于他不满当时官场的腐败，愤而辞官，决心以写戏抒发心中之郁闷。于是他回到出生地中山府，开始了《崔莺莺待月西厢记》的杂剧创作。

原来的小说叙述书生张生游学蒲州，与寄居普救寺的崔相国之女莺莺相恋，后入京赴试，将她遗弃。王实甫改写了这个始乱终弃的悲剧，让张生在普救寺相遇相国小姐崔莺莺，一见钟情，而无计亲近求爱。恰逢叛将孙飞虎率兵围寺，要强索崔莺莺为压寨夫人。崔母惶恐之下向寺内僧俗宣布：能退贼兵者，愿以女妻之。张生于挺身而出，写信给朋友白马将军杜确，杜确领兵前来解围，救了崔氏一家。事后崔母悔婚，令君瑞与莺莺兄妹相称。莺莺待女红娘仗义相助，先教张生隔墙弹箭，打动莺

莺，又为他们传递情诗。莺莺约张生后花园相会，见面后又突然变卦，并有斥责之言。张生病倒书斋，莺莺这才决定以身相许，终于在书斋幽会成亲。崔母发现后，拷问红娘，红娘据理力争，并谴责崔母有过错。崔母无奈，允许二人婚配，但又以门第为由，要张生立即上京应试。十里长亭送别之后，张生到京考中状元；而郑恒借机编造谎言，说张生已在京另娶，老夫人又一次赖婚，要莺莺嫁于郑恒。后张生赶来，郑恒撞死，崔、张完婚。剧中对青年男女幽会、私奔行为的大胆描绘以及剧中“愿普天下有情人的都成了眷属”的祝福，都明确宣告了自主婚姻的合法性，尽管它仍属于才子佳人式的一见钟情。在封建正统观念看来，一见钟情的本身，也是十足的叛逆，颇具说服力的团圆结局，成为中国戏曲的常用模式。

贯穿《西厢记》全剧的一根主线是剧中时“愿普天下有情人的都成了眷属”的这句祝福，因为具有这一思想，所以，王实甫在剧中对古代“父母之命，媒妁之言”的婚姻礼教提出了挑战。

第一，《西厢记》歌颂了以爱情为基础的结合，否定封建社会传统的联姻方式。老夫人是《崔莺莺待月西厢记》中第一个出场的人物，她的一段“子母孤雏途路穷”的唱词，反映了她对门第冷落、世态炎凉的感受，这对老夫人性格的形成是非常重要的。正是由于她痛感门庭冷落、处境凄凉，所以她特别想为女儿寻一段既可以维持崔家贵族之家的社会地位，又能给女儿带来幸福的婚姻，因而，如张

生这般之人断然不是老夫人的理想人选。但事与愿违，作为相国小姐的莺莺和书剑飘零的张生相爱本身，在很大程度上就是对以门第、财产和权势为条件的择偶标准的背叛。莺莺和张生始终追求真挚的感情。他们最初是彼此对才貌的倾心，经过联吟、寺警、听琴、赖婚、逼试等一系列事件，他们的感情内容也随之更加丰富，这里占主导的正是真挚的心灵上相契合的感情。

第二，莺莺和张生实际上已把爱情置于功名利禄之上。张生为莺莺而“滞留蒲东”，不去赶考；为了爱情，他几次险些丢了性命，直至被迫进京应试，得中之后，他也还是“梦魂儿不离了蒲东路”。莺莺在长亭送别时叮嘱张生“此一行得官不得官，疾早便回来”，她并不看重功名，认为“但得一个并头莲，煞强如状元及第”。与张生相比，莺莺对爱情的追求更是强烈，在与张生互生情愫后，她全然不顾世人的眼光，主动接近张生。送张生进京赶考时，她对张生能否高中毫不介意，只盼他早日考完，早

日归来。这种毫不掺杂物质诱惑的纯洁爱情观，令人动容。

第三，不仅是张生和崔莺莺敢于挑战婚姻礼教，丫鬟红娘也与他们志同道合。她本受崔夫人之命，去监视小姐的一举一动，结果却成了帮助小姐追求自由爱情的好帮手。她聪明机灵，有智有谋，周旋在张生和崔夫人之间，每时每都会将强横的崔夫人逼得无言以对，说她是在张生和莺莺的爱情参谋，一点儿都不为过。二人最后能有情人终成眷属，实在要归功于红娘从中穿针引线。

张生和崔莺莺的恋爱故事，已经不再停留在“才子佳人”的模式上，也没有把“夫妻荣”作为婚姻的理想。他们否定了“父母之命，媒妁之言”的联姻方式，始终追求真挚的感情，把爱情置于功名利禄之上。《西厢记》结尾处，在中国文学史上第一次正面地表达了“愿普天下有情人的都成了眷属”的美好愿望，表达了反对封建礼教制度的进步主张，对后来的《红楼梦》的创作产生了较大的积极影响。



刑法的系统论叙事

《系统理论下刑法与社会关系研究》序言



书林臧否

□ 王莹

卢曼眼中的社会世界既不是自然科学中待观察的、给定的客观对象，也非经验社会学所认为的通过实证资料反映的现实，亦非古典哲学中具有强烈个人建构色彩的形而上的概念模型，而是一个“偶联的”、包含着无限复杂性的、待化约的复杂整体，是一个自创生的系统。社会系统是指相互干涉的诸社会行动的一个意义关联，这个关联将系统区分为系统与环境。系统欲维系存在必须进行复杂化即社会分化，人类社会的分化与整合依循着由片段式分化到层级式分化再到功能性分化的进路。现代社会的分化是一种功能分化，即社会系统分化成具有不同社会功能的经济、政治、法律、教育、宗教、科学、艺术、大众传媒等子系统。对于每个子系统而言，其他子系统就是系统的环境。法律是具有规范性行为期望一般化社会功能的子系统，依赖“合法/非法”这一二元符号实现系统的自我复制再生产，一方面在运作上保持封闭，另一方面又在认知上向环境保持开放，环境中的信息通过被译为合法/非法的符号码通进入法律系统。

作者以系统理论的自我指涉与结构耦合概念作为关键词与分析工具，对刑法系统及其环境进行了深刻的一阶与二阶观察，不仅在刑

法内部对刑法教义学与刑事政策、罪刑法定原则、法益理论、犯罪构成理论、违法性认识错误等问题给出了有别于传统刑法教义学研究范式的系统论诠释，也对个体意识与刑法体系、刑法体系与政治系统、经济系统以及其他社会系统之间的关系进行了深入剖析。刑法教义学与刑事政策、其他社会科学之间的关系一直是困扰刑法学者尤其是刑法教义学者的问题，在德国早有“李斯特鸿沟”之问，后又又有“罗克辛贯通”之解以及耶塞克“同一片屋檐下”之谓，我国学者也对此一问题孜孜以求，围绕该问题开展了社科法学与刑法教义学的论战，并以车浩教授提出的一个综合性折中方案即刑法教义学与刑事政策、其他科学学的内部合作与外部合作的方案暂告一段落。为何需要进行这种学科间的跨越与合作以及如何进行跨越与合作，作者在《系统理论下刑法与社会关系研究》一书中以系统论的修辞进行了一种叙事，给出了跨越“李斯特鸿沟”的系统论的方式：刑法教义学虽然具有强烈的自主性，但并非与刑事政策及其他学科完全绝缘，在受到后者中的“激扰”时将这种讯息“激扰”引入由犯罪构成、法益、规范保护目的、违法性认识错误等教义学构造组织起来的内部沟通，或者在必要

时通过作用于教义学的纲要来推动教义学自身系统的变迁。也是在这个意义上，作者从贝林纯粹客观的构成要件到罗克辛等人的规范的构成要件、客观归责理论对不法论与责任论的重构之中，看到新康德主义哲学对刑法教义学的强烈刺激和改造，并认为目的理性主义的刑法论正是传统刑法系统的自我指涉与外部其他社会系统结构耦合的新生产物，其结果是产生了更具外部回应力度的、以积极预防为目的的犯罪论阶层。

作者不仅将这种系统论的叙事结构适用于探究刑法教义学与其他社会学科之间的关系，也运用于对刑事立法与刑事诉讼法实践的观察之中。在其看来，刑法作为维护规范性实践一般化与稳定性的自我指涉系统，必须抵御来自政治系统、经济系统的讯息的“激扰”所形成的强大修法压力。如若刑法经常采取大面积修改的方式，那么刑法的认知期待将超越规范性期待，政治逻辑具有取代刑法体系结构的危险。因此，为了保证刑法自我指涉的稳定，应最大限度地发挥教义学的解释论功能，而不是动辄启动修法工程。这种系统论的思考也与刑法教义学对象征性刑法的批判形成对仗，也引发了我们对国内近年掀起的积极主义刑法观浪潮的反思。

账折与水牌中的商业信用



史海钩沉

□ 马建红

在任何时代，商业贸易都是一个社会最活跃的因素，原因很简单，逐利是人的本性，而商业正可激发人们将这种本性发挥到极致。商人逐利，要实现利润的最大化，需要有丰富稳定的货源，要有购买力强大且稳定的客源，“一锤子买卖”注定行之不远，而这些都离不开信用良好的市场环境。

在当今社会，商人们几乎能在任何地方发现商机，在商家炒作出来的购物节，许多网购平台早就开始了大促销活动，商品琳琅满目。而在结算方面，即便这个月手头比较“紧”，也并不妨碍人们的消费，因为消费信贷产品鼓励人们“寅吃卯粮”，让那些中低收入的人群也有能力加入网购大军，大幅提升了消费力。

在这种现代商业模式中，可以轻易地完成跨区、跨省甚至跨境的交易，作为消费者，在网购的时候基本上不用操心电商在什么地方，只要产品多样、质量、价格等合适，即可“下单”。电商也无须了解他所“打交道”的消费者人品怎么

样，一般会发行长期欠账的账折。结算账折的时间，大概在每年的清明节、端午节、中秋节及冬至日前的十来天。届时，商家会派专人到各客户住宅收账，而依一般的社会习惯，客户也会到结账店，立即算好市价入账折，即可完成交易。商家则定时送货到家，再将日期货价记入账折。这种账折模式，有利于市井商贾广纳客源，长期保持稳定的收益。不过，账折一般只流通于大城市，而不会逾越到其他城市，以避免讨债赖账之事。

在一般的贫穷小民居住的社区，一些小杂货店、小贩摆摊等则用水牌做账的工具。水牌只是杂货店所备的一块白漆木板，所有往来账欠账户，一概用黑色笔写在水牌上面，每户占一行或两行，名下记载何日购何物钱若干。待顾客还清欠账后，账目即用水布擦去，所以称之为水牌。每家商号的账欠网都不会超过一条街巷或一个小村落，账欠户与商户必是十分相熟的。水牌记账一般如此记录：陈麻子打酒半斤，二十文；二黑驴香油二斤，大盐半斤，醋一斤，二百八十文等。因为熟识，所以小商贩账目清楚，绝不会弄错人，而顾客也不会欠钱不还，

因为水牌天天悬挂壁上，来往人等俱可一目了然，还钱后当面将水牌擦拭干净。人们只要手头有钱，都会立刻还上，因为谁也不愿意将名字长期挂在水牌上，如若成了“老赖”，街头巷尾之众人很容易知晓。所以，对于商户来说，这种账折是没什么风险的。这大概就是费孝通先生笔下“熟人社会”之情状吧。现代的农村人，一般都会想起村中或村头“代销点”里的那块小木牌吧。

在明清庶民社会中，账折也好，水牌也罢，都是商人为了扩大客源而使用的一种工具。它使客户手头的暂时拮据不会影响其消费，而对于商户来说，暂时的通融，为的是日后更多的收益。只是以往的水牌与账折的使用，只及于同一城市或同一街巷村落，逾此则可能生出欠账不还的担忧，这也就局限了这种“信用”工具使用的范围，也必然影响商业的繁荣与发展。不过，在电商网购急速发展的今天，我们虽已有了诸多的平台或工具，使商贸往来跨越了区域省份的界限，甚至走向了国际，但无论买卖大小，信用依然是经商之重要根基。一锤子买卖式的交易或可占得一便宜，却使其难以在商界立足。明乎此，世间的商贸纠纷也就减少许多。

(文章节选自马建红《穿越古今的法律智慧》，北京大学出版社出版)