



前沿话题

□ 周珂 高晨笑

党的二十大报告指出：“我们要实现好、维护好、发展好最广大人民根本利益，紧紧抓住人民最关心最直最现实的利益问题，坚持尽力而为、量力而行，深入群众、深入基层，采取更多惠民生、暖民心举措，着力解决好人民群众急难愁盼问题，健全基本公共服务体系，提高公共服务水平，增强均衡性和可及性，扎实推进共同富裕。”

共同富裕针对的问题主要是贫富差距，传统观念对于贫富差距问题的视角侧重于分配端功能。公平分配问题即可以使共同富裕得到充分保障。目前，我国理论界在共同富裕问题的研究上也大多关注这个范畴。这种认识和方法存在以下问题：首先，这三次分配无论是从生产关系还是从法律关系上都是后端治理，并未充分关注财产权根本性利益，是一种低效率的治理，而不是整体性思维的全过程治理，这与现代社会发展和治理的理论与实践不相适应。其次，分配上的不合理是显而易见且较为敏感的社会矛盾，政策和法律要致力于缓解这类矛盾，并通过综合治理化解矛盾寻找出口、分散风险，而不是头痛医头脚痛医脚。再次，从我国现行管理体制来看，共同富裕并无主管部门，有关部门在涉及分配的事权上职能有限，这使得强调分配会流于形式，造成共同富裕雷声大雨点小、不接地气。最后，分配问题掩盖着更深层次的矛盾和成因，这就是人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾，这是当前我国的社会主要矛盾，即经济社会发展带来的矛盾，而这

探索共同富裕的绿色路径

个矛盾是不能指望仅依靠完善分配制度就能从根本上得到解决。我国共同富裕在理论和实践上要跳出局限于分配端思维这一传统窠臼。

目前，我国学术界已开始注意到共同富裕不能只局限于分配问题，指出要注重前端改革。有学者认为，只有进行社会主义改造，完成土地的公有化，完成城市的工商业社会主义化，才能够从根本上消除贫富悬殊，这是通过所有制变革实现共同富裕的路径。面对贫富差距的现状，这条路径虽然可以有效调动全社会的关注参与，但存在以下问题：首先，我国改革目标与手段的配置必须科学合理，避免改革方向的偏离。从国外的经验教训来看，贫富差距问题的解决是较为敏感的社会问题，稍有不慎便会引发社会动荡，政策和立法应既积极又稳妥，路径与方式要尽可能避免激进。其次，社会主义公有制的本质是生产资料公有制，当前党中央有关经济体制改革的主要任务是解决市场和政府对资源产权的配置问题，而不是所有制改革问题，至于财富和收入分配同样也不是所有制改革的问题。共同富裕应当与资源产权配置配合，而不应与所有制问题配合。最后，社会主义改造也好，土地公有化也好，城市工商业社会主义化也好，这些概念内容和手段具有特定的历史内涵，不宜贸然重启和复制。

关于路径选择，党的二十大报告提出“健全基本公共服务体系，提高公共服务水平，增强均衡性和可及性”，其所强调的公共性至关重要。在涉及经济基础和财产权的问题上，具有公共物品属性的自然资源资产产权制度建设应当也可以成为扎实推进共同富裕的重要保障。应坚持党中央“五位一体”总体布局，用整体性和全面融入的思维，将共同富裕作为全过程、共同治理和综合治理的系统工程。要追求社会震荡最小化，参与主体多元化、实施机制协同化、风险防范分散化、综合效益最大化的效果。为此，要特别重视与生态文明建设的同步化。共同富裕针对的贫富不均问题，本身具

有较大的社会震荡风险，所以党中央强调要稳步推进，有鉴于此，应当重视手段和路径的选择，尽量避免激进的做法，争取通过诸如生态文明、绿色发展这类相对温和的理念、路径和方法化解矛盾、分散风险。在现有分配领域制度完善的同时，借助生态文明建设和绿色发展有关制度的抓手，拓展和充实共同富裕前端领域的制度建设，具有充分的必要性和可行性。

第一，共同富裕与自然资源资产产权制度改革深度融合。我国自然资源产地多处于经济欠发达的相对贫困地区，虽然全国已解决了区域性整体贫困，消除了绝对贫困，但经济发展相对落后地区要从根本上消除贫困任重道远。传统体制机制造成的自然资源资产产权虚置、权属模糊、产权流转困难等问题因历史原因在这些地区表现更为明显。如何让贫困地区的自然资源资本“动”起来，让沉睡的资产“活”起来，让贫困地区产业“旺”起来，一直是自然资源部门探索乡村振兴、共同富裕所面临的问题。因此，自然资源权利配置成为自然资源制度改革和共同富裕共同关注的核心问题。

第二，适当提高自然资源定价。在自然资源资产产权改革过程中，应提高自然资源定价，以此支持增加对贫困地区财政的转移支付。价值构成方面应结合绿色发展的要求，提高资源税和环境税的税率，增加自然资源生态服务价值，列入自然资源资产价值构成，用于推进共同富裕事业。

第三，在公共领域应当坚持绿色优先原则。在自然资源开发利用利益分配方面，可借鉴一些地方房地产开发土地产权入股的做法。例如，在矿产资源开发、水利开发、新能源等企业资本结构中设置原住民股份，收益用于原住民持续补偿。以国家公园为主体的自然保护地制度建设要充分关注当地共同富裕问题，一切涉及生态文明和绿色发展的制度建设都应将共同富裕列为立法要素，一切生态环境重大决策和建设项目评估都应包括共同

富裕事项。此外，要通过环境友好和资源节约型社会构建最大限度地提高资源利用效率，由此带来的经济效益增长优先满足贫困地区发展的需要。

第四，将巩固拓展脱贫攻坚成果工作与生态补偿制度深度融合。生态补偿是国家规定或社会主体之间约定对损害资源环境的行为向资源环境开发利用主体进行收费或向保护资源环境的主体提供利益补偿性措施，并将所征收的费用或补偿性措施的惠益通过约定的某种形式，转移到因资源环境开发利用或保护资源环境而自身利益受到损害的主体的过程。通过生态相关主体的利益再分配模式可有效实现生态补偿，从而支持国家生态保护，实现地区之间的公平。国家用于绿色发展的投资和建设项目应优先选择经济欠发达地区，与巩固拓展脱贫攻坚成果相结合，实现绿色发展与共同富裕同步。事实上二十年前生态补偿制度设计的初衷原本就是与财政金融改革挂钩，将扶贫财政转移支付赋予生态环境保护功能，但后来逐步异化为平等主体自愿交易为主，很大程度上背离了初衷，应当恢复初始功能，并以初始功能为主。

第五，“双碳”目标中碳交易要向共同富裕事业倾斜。实现共同富裕要转变不顾生态承载力的末端治理型经济增长方式，以“双碳”目标和高质量发展促进共同富裕建设。高质量发展是共同富裕建设的内生动力，是实现共同富裕的前提和基础。要借鉴CDM机制，划分管放集团，通过高排放者对欠发达地区低排放者的对价，实现环境与气候正义。“双碳”目标是高质量发展的内在要求，高质量发展是连接共同富裕与“双碳”战略的桥梁和纽带。

第六，以绿色发展理念完善公益捐助机制。对于一般社会主体而言，共同富裕在基于财富分配道德认知上的共识性差异较大，公益捐助机制难以对其过分倚重，而借助绿色发展这一更具普遍认可的道德规范对共同富裕公益事业积极驱动的路径更为可行。

(作者单位：前者为中国人民大学法学院教授)

观点新解

徐冬根谈代码之治的正当性基础——是代码在网络空间的治理能力和规制效力



上海交通大学凯原法学院徐冬根在《东方法学》2023年第1期上发表题为《二元共治视角下代码之治的正当性与合法性分析》的文章中指出：

新技术正在考验和冲击法律制度和网络信息社会。互联网技术，尤其是区块链技术的进步正在对现行法律理念和法律治理模式提出新的挑战。劳伦斯·莱斯格教授提出的“代码即法律”命题，是互联网技术与区块链技术对现行法律理念和法律治理模式形成冲击的一个典型例子。互联网技术与区块链技术强化了依靠智能合约代码(而不是法律)来规范网络空间行为和交易活动的趋势。互联网技术与区块链代码对网络空间行为和交易活动的规制提供了重要的技术基础。可以说，在互联网技术与区块链技术加持下的代码所体现的不仅是一种代码即法律的景象，更是一种代码即法律的新范式。

“代码即法律”不应被解释为代码就是法律，而应被诠释为一种“用代码进行治理”的新的治理范式——“代码之治”的诞生。数字法学应从法理层面面对代码之治的正当性和合法性作出全新的诠释。就代码之治的正当性而言，代码在网络空间的治理能力和规制效力是代码之治的正当性基础。通过代码进行治理，这种新的治理范式不仅被互联网科技平台公司和金融科技公司等私主体所广泛采用，而且也被政府和公共部门等公权力所充分认可。就代码之治的合法性而言，我们需要采用二分法，对莱斯格教授的“代码即法律”的命题进行解构分析，区分“符合法律理想秩序状态的代码”与“不符合法律理想秩序状态的代码”两种情况，并分别进行研究。第一种情况是符合法律理想秩序状态的代码，传统法律无法直接对网络空间的个人行为 and 交易活动进行规制，需要通过代码作为法律的补充与延伸工具来调整网络空间的行为和交易活动。第二种情况是不符合法律理想秩序状态的代码，代码在网络空间里直接对网络空间的个人行为 and 交易活动进行规制。

尽管代码在网络信息社会规制中发挥着越来越大的作用，并已经形成了代码之治的治理新范式，但从本质上来说，代码治理并不能完全代替法律治理。因此，采用代码之治与法律之治的二元共治模式，将是数字化时代网络信息社会治理的优选治理模式，才能更好地发挥代码规制效力与法律调整效力各自优势，并通过代码之治与法律之治的融合，提升网络信息社会治理的有效性，推进国家治理体系和治理能力现代化。

汤维建谈我国个人破产立法——应当在现行的企业破产法之外单独进行



中国人民大学法学院汤维建在《上海政法学院学报(法治论坛)》2023年第1期上发表题为《我国个人破产立法的制度框架构想》的文章中指出：

随着个人破产立法被提上议事日程，一个立法体例上的问题遂自然产生，即个人破产的立法内容是融入现行的企业破产法之中而形成一个既适用于企业法人又适用于个人的统一破产法典，还是在企业破产法之外单独制定“个人破产法”，从而形成我国破产立法的双轨制尚待深入探讨。笔者认为，我国个人破产立法应当在现行的企业破产法之外单独进行，而不宜采取混同立法模式。

在破产法的立法例上，就其适用范围而言，有所谓一般破产主义和商人破产主义之别，前者是指涵盖普通消费者在内的所有组织和个人，均具有破产能力和资格，后者则仅将破产能力和资格赋予从事商事经营活动的个人和组织。

与诉讼案件一样，作为非诉讼案件的个人破产案件，也有司法型与非司法型处置方式之别。司法型个人破产指的是通过司法程序处理个人破产案件，非司法型个人破产则是指通过司法外的程序调整个人破产债务，以达到免于破产的目的。司法型个人破产是正式的经由法院严格调整的破产程序，通常所说的个人破产指的就是司法型个人破产。司法型个人破产是个人破产制度所调整的重点，非司法型个人破产则既可以置于个人破产法之中加以调整，也可以另行通过其他立法加以调整。世界上多数国家的立法例表明，司法型个人破产和非司法型个人破产应当在破产法律制度上有机融合起来进行一并调整，所区别的仅仅是立法的载体而已。我国将来应当采取将司法型个人破产和非司法型个人破产相融合的统一立法模式。

我国的个人破产立法要把握好一条原则，避免两个教训。一条原则是：自愿性破产和非自愿性破产应当处在平衡状态，我国的个人破产立法既要重视对债务人的司法救济，也要关注对债权人的司法保障，同时还要兼顾社会公共利益的司法调控。两个教训是：一是极端债权人本位主义的教训。我国的个人破产立法应当放弃对债务人惩戒过严的制度系统，同时采取对债务人有利的各种制度举措；二是极端债务人本位主义的教训。我国个人破产立法应当综合权衡自愿性破产和非自愿性破产的比例关系，使立法控制下的个人破产数据能够保持大体上的均衡。同时，根据数额性、诚信性、营业性和争议性等因素将个人破产程序分为普通程序和简易程序两大类加以调整。

(赵珊珊 整理)



司法实务

□ 刘宪权 董文凯

原始股是公司在上市之前发行的股票，一般只有公司管理层、创始团队、公司重要员工、股权投资基金等特定主体才具有获得公司原始股的资格。较早前，原始股上市之后可能产生较为可观的经济增益，因此在社会生活中针对原始股的违法犯罪行为层出不穷。在司法实践中，存在国家工作人员利用职权便利有偿购买拟上市公司股权上市抛售获利的行为，有观点认为该行为可能构成受贿罪，而且以构成“委托理财型”受贿或“干股型”受贿为主。也有观点认为该行为不能构成受贿罪，依笔者之见，对上述行为的定性应当准确把握受贿罪的特征和实质。国家工作人员通过足额支付原始股对价的方式取得原始股且不存在权钱交易关系的，不宜认定为“受贿”。

该类行为不构成“委托理财型”受贿

两高《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称《意见》)明确规定了“委托理财型”受贿，即国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，以委托请托人投资证券、期货或者其他委托理财的名义，未实际出资而获取“收益”，或者虽然实际出资，但获取“收益”明显高于出

购买原始股上市后抛售获利行为的定性

资应得收益的，以受贿论处。笔者认为，行为构成“委托理财型”受贿犯罪的责任基础在于其利用职务便利为他人谋取利益，以此交换根本不存在的理财收益或者不应获取的超额理财收益。国家工作人员利用职权便利足额出资买入原始股上市抛售获利的行为，不符合“委托理财型”受贿的本质特征。

其一，支付对价购买原始股的行为并不是无偿收受股份。购买相关股权的商业投资机会不属于贿赂犯罪中的财物。其二，失实或者不应得的理财“收益”与具有倾向性的职务行为之间形成权钱交易关系，是“委托理财型”受贿行为构成犯罪的本质基础。首先，抛售原始股获取的收益具有合法性。抛售行为获取收益的多少取决于原始股上市后在二级市场的价格，即上市公司并不是收益的给付方。国家工作人员抛售原始股的收益符合购买原始股并于二级市场证券抛售获利的基本特征，具有市场性、合法性，并无他方承诺的“高额利润”或“保底收益”，即不存在变相受贿的情形。其次，抛售原始股获取的收益具有应得性。在上市公司没有代为支付对价、代为缴纳税款的情形下，当然不存在权钱交易的受贿行受贿关系。

综上，国家工作人员足额出资购买原始股的行为符合市场经济活动的对价原则，不存在超额获取“投资收益”的情形。国家工作人员合法的财产权与获取资金正当增值的权利应当得以保障，不应以受贿罪论处。

该类行为不构成“干股型”受贿

干股是指未出资而获得的股份，核心在于“干”，即未出资。对于行为人实际出资获得的股份，不是干股。从干股的性质来看，只有拟上市公司才能在行为人未出资的情况下让其获得干股。笔者认为，如果将以合理对价取得原始股的行为以受贿罪论处，明显有违受贿罪的本质和法律，并将引发一系列棘手的司法难题。

其一，受贿罪的本质是权钱交易，故而受贿罪是以受贿行为实施时(即权钱交易当时)确定的受贿金额予以认定的。以交易型受贿为例，是以交易当时交易对象确定的市场价格与实际支付价格的差额来计算其受贿金额的，而不可能以事后该交易对象不确定的升值或者抛售后的差额来认定。否则，一个行为是否构成犯罪以及犯罪数额多少都会存在极大的不确定性。

其二，对该类行为以犯罪论处会出现数额认定标准不一的问题。如果可以这样认定受贿罪和计算受贿数额，可能会出现不同主体在同一时间段买入价格完全相同的原始股因上市后抛售股票的时间不同，而认定受贿数额不同的问题。

其三，对该类行为以犯罪论处会出现行贿人的“受贿”状态。由于这种情况下行为人购买原始股并抛售上市后的股票之间的差价并不是原始股出售方造成的，而是股票二级市场带来的，这就必然引发不是由“他人”行贿的财物作为受贿金额加以认定

的情况，从而导致这一受贿情况中没有行贿人的问题，因为市场以及二级市场投资者不可能是行贿人。

判断罪与非罪的依据，只能且必须以当行行之有效的法律、司法解释、规范性文件为依据，而绝不能以没有法律效力的学理观点为依据。

2003年《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》(以下简称《纪要》)规定：行为人支付股本金而购买较有可能升值的股票，由于不是无偿收受请托人财物，不以受贿罪论处。2007年两高发布《意见》进一步支持和强化了《纪要》的这一规定，即出资而获得股份不能以受贿罪认定。在此之后，最高司法机关又陆续颁发了诸多司法解释和意见，均与《纪要》的规定保持一致，并无相反的规定。

笔者认为，股票、股份、股权是同一事物的三个不同角度。股票是形式，股份、股权是其内容。我国公司法第一百二十五条规定：股份有限公司的资本划分为股份，每一股的金額相等。公司的股份采取股票的形式。股票是公司签发的证明股东所持股份的凭证。股份是股票所产生的份额，股权是股票的权益，没有股票也就没有股份，没有股票也就没有股权的问题。因此，原始股实际上就是《纪要》中的股票，无论将其描述为股权或股份，均不影响《纪要》相关规定的适用。通过检索中国裁判文书网等权威案例文书网站，发现司法实务中鲜有利用职权购买原始股构成犯罪的案例。

(作者单位：前者为华东政法大学副教授、经天讲席教授)



前沿观点

□ 李云清

人脸识别技术在给我们带来便捷、高效生活的同时，也带来了一系列的风险和隐患。由于人脸信息的自然性、唯一性、半公开性和难以更改等特点，加之人脸识别技术自身存在的缺陷以及信息处理者的疏于管理，一旦人脸信息被违法犯罪分子非法利用，不仅可能影响个人的人身权、财产权，还可能会冲击公共秩序、危害国家安全。亟须采取相应措施，对人脸识别信息应用中可能存在的风险予以有效管控，使得技术始终扮演着改变生活、造福人类的角色。

人脸识别信息应用的社会风险

人脸识别信息应用作为一项世界通用的新技术，它的发展在为社会带来巨大收益的同时也伴随着难以预测的风险，因人脸识别具有区别于其他个人信息特殊性，其固有的技术风险主要表现在两个方面：第一，技术准确率的风险；第二，技术的安全性风险。除促进技术的进一步优化采取技术措施降低技术风险外，更有必要完善相关法律规制。基于人脸信息的特殊性和人脸识别信息应用技术的自身技术风险，人脸识别信息应用在实践中或非法滥用中可能会产生系统性的社会风险，具体如下：

人脸识别信息应用的准入审核制度初探

1. 侵犯个人信息权 针对社会个体而言，人脸信息应用技术的侵权行为是指人脸信息应用在正常应用或非法滥用中出现的或可能出现的侵犯信息主体人身权利和财产权利的风险，主要表现为：第一，人脸信息应用技术的滥用可能会侵犯公民个人的人身权；第二，人脸信息应用技术可能会侵犯公民个人的隐私权；第三，人脸信息应用技术可能会侵犯公民的平等权；第四，人脸信息应用技术可能会侵犯公民的财产权。

2. 冲击社会治理结构和公共秩序

深度伪造技术通过把人脸信息和声音输入机器学习算法进行“面部操作”即把一个人的脸部特征和表情覆盖至其他任何一个人的脸上，同时利用对声音的逼真处理，制造出实为合成却看似为真的音像、视频等。这种以人脸信息应用为主的深度伪造技术对社会治理和公共秩序的影响和危害是不言而喻的：第一，冲击现有社会治理结构；第二，存在社会失序的风险。在现代社会之中，人无法脱离社会以“孤岛”的状态生存，人脸信息技术的滥用尤其是深度伪造技术的快速演进消解了社会共同体的信任，将使维系人类社会正常秩序的资料均陷入真假难辨的困境，社会信用体系可能会崩塌。

3. 可能危及国家安全

人脸信息技术的非法使用为政治抹黑、军事欺骗、经济犯罪甚至恐怖主义等提供了新工具，给政治安全、经济安全、社会安全带来新的风险挑战：第一，伪造技术为抹黑政治人物提供了新工具；第二，

伪造特定人群影响舆论；第三，深度伪造技术或成为制造网络空间战的新型武器。此外，人脸信息虽然属于自然人所有，具有私人属性，但经过大数据收集和分析的不特定多数人的庞大信息，尤其是一国国民或特定民族基因等特殊信息，一旦经历跨境流动，借助基因编辑等技术测定并被利用于生化武器开发等，会对国家安全造成巨大威胁。

人脸识别信息准入审核制度的构建初探

人脸信息技术的非法应用通常通过网络系统进行，网络传播速度快、范围广及隐蔽性强等特点使事后救济存在严重局限。为有效管控人脸信息技术应用带来的风险，亟须构建人脸信息应用技术的事前准入制度。任何法律制度设计都应有充分的理论基础作为支撑，探讨研究人脸信息应用法律规制的理论基础能够更加明确规制的可行性、基本原则、基本路径等问题，为具体路径设计提供充分的理论支撑。

1. 借鉴风险预防原则

是否借鉴风险预防原则，应当对人脸信息应用技术的风险基础要素进行深入分析。第一，进行风险预防的前提是确有损害风险存在。人脸信息应用技术除其本身技术风险，在实践中已经出现侵犯公民人格权、隐私权、平等权、财产权等风险，存在冲击公共秩序和危害国家安全的可能，应构建人脸信息应用技术的法律规制满足借鉴风险预防原则的前提。第二，风险具有科学认识上的“不确定

性”。从人脸信息应用的发展，尤其是深度伪造技术的演进来看，该技术应用对发生冲击公共秩序和危害国家安全的可能性较大，确有必要借鉴风险预防原则，即有必要以限制技术发展与应用或限制公民当下的部分权益来保障未来更大的法益。

2. 设立个人信息保护专门机构

我国法律规定滞后于人脸信息应用技术的发展，不能满足现实需要，但单独制定生物识别信息保护法律还需要较长的立法周期。为遏制人脸信息应用技术的社会性风险，避免出现不可逆的损害结果，构建人脸识别的法律规制必须强化风险防范意识，重在事前审查而不是依赖事后救济，因此需要政府监管部门的事前审核。目前，在我国现行法律确立的监管模式下，容易出现权责重叠、推诿扯皮的现象，多个政府部门的监管标准，程序不统一，影响了政府部门的监管效率，不利于其履行个人信息保护职责。因此，笔者建议借鉴欧盟、德国的经验，在我国设立个人信息保护的专门机构，提高人脸信息保护的专业化水平。

3. 建立事前许可机制

人脸信息应用技术虽带来较大的效益，但由于其可能会带来社会性的系统风险，甚至有冲击公共安全、国家安全等重大法益的风险。因此，笔者认为，应当借鉴事前预防原则在人脸信息应用的法律规制引入事前许可制度，即信息处理者主张使用人脸信息技术必须获得政府专门机构的许可，以强化对信息处理者的规制，真正从源头控制人脸信息应用中的风险。