

提高突发事件的法治应对能力 发挥普法效能

□ 陈思明

进一步创新法治传播方式

近三十余年，我国的普法取得一定法治效果和社会效果，但存在的形式化、运动化问题也不容忽视。新时代全面深化改革为变革普法方式提出了现实要求，应急条件下的普法要着眼于法治政府和法治社会建设的实质需要。

以应急信息公开为突破口，促进法治传播融入法治政府建设。依法行政、建设法治政府的宣传工作属于我国法治政府建设的重要内容。但囿于法治政府建设的整体协同程度还不高，普法工作中的政府治理价值还未得到充分发挥。突发事件处置对法治政府整体联动建设水平提出了更高要求。应急条件下联防联控中政府信息公开方式，成为协调多方面的重要应急举措。法治传播融入政府信息公开，在新闻报道、信息发布会等多种信息公开方式中，利于发挥法治传播的针对性、及时化沟通作用。

以应急法治协同为突破口，促进法治传播融入法治社会建设。相比于法治国家、法治政府建设，我国法治社会建设存在问题更为突出。法治一体化建设中提高突发事件有效应对能力，实现多种权力全面高效协同的运作，需要同步提高法治社会的法治互动水平。以应急治理视角增进法治政府和法治社会协同互动，在普法发挥法律关系释理说法作用基础上，应加速法治传播融入应急处置重要社会关系调整。微博微信等现代社会交往方式，利于普法融入应急处置相关社会关系调整。在突发事件的紧急处置中，法治沟通具有明显的社会共识凝聚作用，有利于切实增强普法实效。

进一步整合普法工作机构

目前普法研究多关注普法内容和方式问题，对于普法工作机构建设缺乏有效关注。致力于实现全民普法的法治传播效果，应当理清现有法治宣传工作思路，在普法内容和普法方式基础上，深化对新时代法治宣传的工作机构问题认识。鉴于目前法治宣传工作机构建设存在的典型问题，应当从整体化法治传播角度，探寻法治宣传路径整合发展契机。

普法路径横向拓展，增进普法议事协调机构内部整合。我国普法包括社会普法和系统内普法两个方面。随着“谁执法谁普法”普法责任制的推广适用，普法与执法实践的紧密程度有效增强。在此基础上，增强普法与治理实践的融合，成为突发事件法治应对的关键。提高应急响应普法成效，需要将法治原则普及与行业治理实践实现有效整合。普法议事协调机构内部整合的法治化水平，直接影响着普法与行业治理的融合程度。在行政程序法治不足的情况下，提高法治大数据的跨行业利用率成为推进普法议事协调机构内部整合的重要途径，其中法治大数据的多角度法治解读是增强普法工作整体操作性的主要内容。

普法路径纵向拓展，促进普法议事协调机构之间整合。由于议事协调机构不属于行政法治意义上的行政主体，缺乏必要的行政法治方式调整议事协调机构之间的关系，各层级普法议事协调机构之间的关系不够明确，这不仅不利于普法资源整体合理调配，也不利于发挥普法的整体治理效能。以法治方式发挥普法的整体治理效能，急需明确各层级普法议事协调机构的法定关系。鉴于目前应急条件下我国各地依法治理水平存在的差异，应当以整体视角推进普法路径纵向拓展，将工作流程整合作为普法议事协调机构之间整合的重要契合点，其中法治原理与多重地方治理有效融合是增强普法工作整体协调性的主要内容。

实施外商投资法需关注的几个重点问题

□ 许传玺

“改革开放40多年来的成功经验告诉我们，越是遇到困难，就越是要扩大改革开放。”针对疫情给外资带来的困难，目前各地纷纷建立相应工作机制，积极推动外资大项目建设和落地。进一步着力扩大改革开放，不断优化营商环境，持续激发市场活力，需要强调相关法律实施的有效性和精准性。

自2020年1月1日起，《中华人民共和国外商投资法》（以下简称《外商投资法》）及《中华人民共和国外商投资法实施条例》（以下简称《实施条例》）正式施行。这两部法律法规正式取代先后于1979、1986和1988年颁布的《中外合资经营企业法》《外资企业法》和《中外合作经营企业法》，成为我国调整外商投资活动的基本法律制度，将为我国进一步改革开放发挥积极、重要的作用。今年2月，商务部还专门颁布了《关于积极应对新冠肺炎疫情加强外资企业服务 and 招商引资工作的通知》。当前，在实施《外商投资法》及其《实施条例》时，应当特别关注以下几个重点问题：

加强地方立法，保障法律法规的持续衔接。为构建市场化、法治化、国际化的营商环境，地方人大和政府应结合自身实际情况，围绕国家层面外商投资法律体系，在地方立法方面有所作为。根据《外商投资法》第3条和第18条的规定，为鼓励外国投资者在我国境内投资，县级以上地方人民政府可以根据法律、行政法规、地方性法规的规定，在法定权限内制定外商投资促进和便利化政策措施，建立和完善外商投资促进机制，营造稳定、透明、可预期和公平竞争的市场环境。同时按照相关法律法规以及我

国缔结或者参加的国际条约、协定等，切实保护外国投资者在中国境内的投资、收益和其他合法权益。在制定与外商投资有关的地方性法规、行政规章等规范性文件时，县级以上地方人民政府应当依法平等对待包括外商投资企业在内的各类企业，不得制定或者实施歧视性的政策措施；没有法律、行政法规依据的，不得减损外商投资企业的合法权益或者增加其义务，不得设置市场准入和退出条件，不得干预外商投资企业的正常生产经营活动；应当采用适当方式征求外商投资企业和外国商会等方面的意见建议。对与外商投资有关的规范性文件、裁判文书等，应当依法及时予以公布。

加紧细化配套制度，避免法律更替生成制度真空。国务院商务和投资主管部门以及其他有关部门应当依照职责分工，密切配合、相互协作，共同做好外商投资促进、保护和管理工作。县级以上地方人民政府应当加强对外商投资促进、保护和管理工作的组织领导，支持、督促有关部门依照法律法规和职责分工开展外商投资促进、保护和管理工作，及时解决外商投资促进、保护和管理工作中的重大问题，应当按照便利、高效、透明的原则，简化办事程序，提高办事效率，优化政务服务，进一步提高外商投资服务水平，包括建立健全外商投资服务体系，为外国投资者和外商投资企业提供法律法规、政策措施、投资项目信息等方面的咨询服务等。

发挥好重点地区的引领作用。在国家设立的特殊经济区域，或者实行外商投资试验性政策措施的部分地区，依照相关法律与政策，积极促进

外商投资，扩大对外开放；根据国家国民经济和社会发展需要，依法鼓励和引导外国投资者在特定行业、领域、地区投资，并依照法律、行政法规或者国务院的规定给予财政、税收、金融、用地等方面的优惠待遇。

依法实行外资准入前国民待遇加负面清单制度。在2019年版外商投资负面清单和鼓励外商投资产业目录基础上，抓紧完善外商投资准入负面清单和扩大鼓励外商投资产业目录，使更多领域的外商投资能够享受税收等有关优惠政策，保持和增强我国对外商投资的吸引力。在负面清单以外的领域，按照内外资一致的原则实施管理；按照与内资一致的条件和程序，审核外国投资者的许可申请，法律、行政法规等另有规定者除外。外资准入前国民待遇加负面清单制度是目前国际上通行的外资管理制度，在上海自由贸易试验区等已有很好的试点经验，为各级政府及有关部门审核认定外商到我国投资什么能进、什么能选择性的进、什么不能进等提供了明确指引。

将公平竞争审查纳入法治轨道，保障内外资企业依法平等公平竞争。一是对外商投资企业依法平等适用支持企业发展的各项政策，包括政府资金安排、土地供应、税费减免、资质许可、项目申报、职称评定、人力资源等；二是保障外商投资企业依法平等参与国家、行业、地方和团体标准的制定，与国内企业平等适用强制性标准；三是保障外商投资企业依法通过公平竞争参与政府采购活动，政府采购依法对外商投资企业在中国境内生产的产品平等对待等。

关注外商投资中的知识产权问题。依法保护外国投资者和外商投资

企业的知识产权，保护相关权利人的合法权益；对知识产权侵权行为，严格依法追究法律责任。切实保障外商投资过程中技术合作条件由投资各方遵循公平原则平等协商确定，任何行政机关及其工作人员不得强制转让技术。行政机关及其工作人员对在履行职责过程中知悉的商业秘密，应当依法予以保密。

政府自身要恪守诚信。地方政府及有关部门应当履行向外国投资者、外商投资企业依法作出的政策承诺及依法订立的各类合同。因国家利益、社会公共利益需要做出改变的，应当依照法定权限和程序进行，并依法对外国投资者、外商投资企业因此受到的损失予以补偿。

完善监督体系，发挥好监督功能。在我国境内进行投资活动的外国投资者、外商投资企业，应当遵守我国法律法规，不得危害我国国家安全、损害社会公共利益，应当遵守我国法律法规有关劳动保护、社会保险的规定，办理税收、会计、外汇等事宜，并接受相关主管部门依法实施的监督检查。对外商违反投资准入负面清单规定的行为，应当依法进行处理，课以相应法律责任。对外商违反法律法规的行为，由有关部门依法查处，并按照国家有关规定纳入信用信息系统。

（胡建森专家工作室供稿）

新时代领导干部



正当防卫认定的“正当化”

□ 武晓雯

正当行为量刑畸重，也是正当防卫案件中常见的现象。比如，按照刑法规定，防卫过当致一人死亡认定为故意伤害罪的，倘若不具有其他加重量刑的因素，则应当在3年以上10年以下有期徒刑的幅度内量刑。但实践中由于种种原因，量刑接近10年有期徒刑的情况并不少见。这与积极鼓励公民正当防卫的立法初衷不符。

为何司法现状与法律规定之间会出现如此偏差？究其原因，主要来自两个方面：一是司法观念和价值判断方面的平衡存在不足。很长一段时间，我国司法人员在解决案件时，仅仅着眼于化解纠纷，而对判决结果是否严格依据规则且达到了实质正义则重视不够。二是有的司法者对规则的理解不透彻且欠缺规范的法治训练。有学者指出，正当防卫的认定，是一项高难度的“司法作业”，它可以全方位检验司法工作人员的职业水准、社会责任感和担当精神、对伦理关系的认知和平衡，尤其是对法官的解释能力提出了很高要求。司法实践中，因为对正当防卫规则理解不透彻，或者缺乏规范的法治训练，导致了很多原本可以基于正当防卫认定为无罪的案件，被认定为犯罪的情形。比如，有的司法机关认为，只要出现了重伤、死亡结果，一律成立防卫过当，甚至直接否定防卫的性质，认定为相应犯罪；又比如，要求正当防卫的成立要件是“不得已而防卫”；再比如，要求防卫人必须先退让、再防卫；等等。

近年来，“河北涞源反杀案”“赵宇见义勇为案”“云南丽江唐雪反杀案”等一系列备受公众关注的案件，最终均被认定为正当防卫，不负刑事责任。正当防卫条款终于开始走向“正当化”。这种艰难转变的背后离不开多方面的努力。

一是舆论的良性参与。一般而言，法律、裁判的功能在于指引人们的行为，民众通过裁判的说理来理解

法律，进而规范自己的行为。但在正当防卫“正当化”的过程中，民众成为司法纠偏的积极参与者。“于欢故意伤害案”由无期徒刑改判为5年有期徒刑、“于海明故意伤害案”在公安机关立案后被迅速释放并作撤案处理，这样巨大的“反转”背后，起到推动作用的，无疑是来自民众广泛的舆情压力，正当防卫司法适用上的偏差在舆论的良性压力下开始向鼓励民众行使正当防卫权的立法精神靠拢。

舆论影响司法似乎与检察机关依法独立行使检察权、审判机关依法独立行使审判权的宪法规定不完全契合。其实不然。一方面，正如学者所言：“正当防卫案件引发舆情的前提，往往是案件走向或司法判断与普通人的伦理观念发生了尖锐冲突与对立。”在正当防卫的案件中，民众基于朴素的正义感、伦理感所发表的公共言论，与正当防卫的立法价值高度一致，此时，舆论对司法的影响便仅为纠偏的积极作用。另一方面，独立行使检察权与独立行使审判权并非“关门办案”“密室司法”，在确保司法公正的限度内，进一步推行“阳光司法”，倾听民众的意见，释放民众参与力量，才能真正实现“让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”。

二是最高司法机关的积极推动。良善的法律需要与之精神契合的司法实践，正当防卫想要发挥其保护民众的价值，必须依赖司法观念的扭转。最高司法机关有意识地进行司法纠偏，无疑对正当防卫的认定具有重要的推动意义。刑法对正当防卫的规定具有一定抽象性，正当防卫案件对司法人员来说历来都是比较生疏的业务类型，因此，最高司法机关加强案例指导制度，会为司法活动提供更具操作性的规则、标准。

最高人民法院在2018年6月发布的第18批指导性案例中就包括备受社

会关注的“于欢故意伤害案”。随后，最高人民检察院在2018年12月发布了第十二批指导性案例，所涉四件案例均为正当防卫案件，就正当防卫司法认定中的一些偏差作了纠正。例如，在“于海明正当防卫案”中明确指出：行凶即使没有发生严重的实害后果，但只要存在造成严重危及人身安全的紧迫危险，就不影响无过当防卫的成立。最高司法机关“以案释法”，一方面，向民众传递正当防卫的立法初衷，引导公众正确实现正当防卫权；另一方面，也在积极鼓励司法人员敢于适用正当防卫的条款，指导司法实践正确区分正当防卫与防卫过当，纠正司法适用与立法精神之间的偏差。可见，在我国当前的司法状况下，最高司法机关积极的、能动的司法活动有利于全国范围内司法的客观公正。

三是刑法理论对正当防卫制度的反思与重构。刑法理论对正当防卫制度的“教义学构建”，为司法实践正确适用提供了理论支撑。多年来，以正当防卫的基础理论为切入进行的研究，深化了我们对正当防卫本质、正当化根据等重要理论问题的理解，也为司法适用规则进行了较为详实的刑法教义学阐释。更为可贵的是，理论界不断反思既有规则构建的合理性，及时针对实务问题对规则加以修正，以求对司法适用的偏差扭转有所裨益。对于正当防卫具体案例的关注，为司法实务部门解决具体问题提供了更为有利的参考，也有利于解决我国正当防卫制度中存在的立法与司法之间的偏差问题。

