

外商投资法：进一步迈向制度型开放

□ 何雪峰



条款是给政府施加义务。特别是《外商投资法》规定，政府对外商投资的管理手段包括负面清单管理，行业许可管理，组织形式和税收、会计、外汇管理，反垄断审查，信息报告，外资安全审查等。其中，部分新型管理手段的实施给政府提出了新的要求。例如，《外商投资法》规定了国家建立外商投资信息报告制度，但并未规定制度的详细内容。综合过去相关法律法规和文件的内容，我们可以推测，外商投资信息报告制度包括首次投资报告、投资事项变更报告和年度投资报告，外商投资主管部门将对信息报告内容进行汇总分析，编制外商投资年度统计报告并对外发布。值得注意的是，该制度不同于外商投资统计制度，尽管外商投资统计制度也要求外商投资企业定期报送信息，但其主要关注点是外资资金来源、实际到位情况、企业资产负债、经营收益等本质上属于财务信息的内容，关注范围相对较窄。而外商投资信息报告制度则着眼于通过信息汇总和数据分析全面把握外商投资的总体情况和影响。这一规定对政府的信息和数据搜集、统计、分析、利用能力提出了很高要求，但也能政府的外商投资政策精准发力提供扎实的数据基础。《外商投资法》还规定，信息报告的内容和范围须遵循必要性原则，能通过部门信息共享获得的投资信息不得再要求报送。要落实这条规则，就必然要求政府各部门之间进一步实现政府数据的公开和共享，运用大数据提升政府治理能力。

加强法律解释，在个案实践中完善法律规定。《外商投资法》是根据我国当前构建开放型经济新体制的需要制定的，其实施具有重要的理论和现实意义，但这并不是说《外商投资法》是可以一劳永逸的，随着改革实践的不断深入，其中的内容也需要逐步的修订和完善。这一点在此前该法征求意见的过程中也有所体现，对诸多问题认识上的分歧，还有待通过以后的实践进行检验。如，《外商投资法》未对 VIE（协议控制）模式相关问题予以明确。2015 年商务部发布的外国投资法草稿曾将“外国投资”的认定标准从股东国籍变为了实际控制人国籍。这意味着 VIE 结构下，非中国籍个人、境外注册实体及其他组织通过协议控制境内企业属于“外国投资”的范围，故而无法从事“禁止实施目录中列明的领域”内的经营活动。而《外商投资法》未对 VIE 问题进行明确，同时进一步放宽了准入标准。这意味着，VIE 架构的合法性问题以及监管模式问题可能会出现灰色地带。尽管这个问题目前表现得还不突出，但随着互联网行业的加速发展，相关问题可能会日益凸显，需要适时通过法律解释等方法进行补充规定。

做好配套衔接，健全外商投资制度体系。《外商投资法》对投资促进、保护和管理的的基本原则、政策、制度和措施作出了规定，以其丰富的内容表明了我国营造更加稳定、透明、可预期和公平竞争的外商投资和营商环境的决心。但一些原则和制度的落地见效还有待于在今后的实践中依靠逐步完善配套制度来实现。如，《外商投资法》作为规范外商投资的基本法律，并不是孤立的，而是应当将这部法律及其配套政策法规作为一个整体予以全面看待。《外商投资法》共 6 章 42 条，条款数量不多，内容也比较原则，因此在与其它法律规定衔接时有可能会存在衔接不畅的问题。统一内外资法律法规是一项巨大变革，不仅关系到涉外投资各行各业的发展，更触及众多行政机关之间的职责调整。因此需要制定调整一批配套制度，才能将这部法律确立的各项要求落到实处。再如，外商投资企业变更企业组织形式会涉及企业股东之间的利益调整，可能会引发大量的矛盾纠纷，相关部门对可能出现的问题和困难应当有充分估计，并制定周密的程序规定。



对政府管理外商投资的能力提出了更高要求。国际经贸规则的约束对象是政府行为。《外商投资法》中，有大量

“教科书式执法”体现的法律逻辑

□ 翟 磊

核心阅读

执法人员接触的是繁杂的社会事件，随时都有可能矛盾升级。执法者既要带头守法，也要依法表现出应有的强制力和严肃性。

“教科书式执法”是这两年的一个网络热词。该词源于 2018 年 5 月上海某民警街头执法案例，在该案中，执法民警既严格依程序办事，表现出对执法对象的尊重和文明对待，又不被恶意挑衅的当事人阻挠，表现出强制力和严肃性，这样的执法被认为具有正面的参考价值。“教科书式执法”之所以受到公众的称赞及好评，不仅仅因为它契合了公众朴素的正义观，更因为其中所体现的法律逻辑。

从实体逻辑来看，执法者应当坚持事实与规范相结合的判断逻辑。一方面，这要求执法者要准确、充分地判断和确定是否存在应当执法的客观事实。例如，被执法者存在何种违法行为，是否存在免责事由，该项事实是否已经造成危害结果或已经造成何种危害结果等等。一切法律行为必须以事实为基础，只有确定了这些事实要素，才能以此为据进行执法，否则基层执法必将丧失民众的信任。另

一方面，这还要求执法者要准确、具体地判断和确定是否存在应当执法的规范依据。例如，客观事实应适用于何种法律规范，是否违反了法律条文及其背后的规范目的。

基层执法必须“于法有据”，这里的法不仅包括条文本身，还应包括执法者以及一般民众对法条的一般理解。这要求执法者应当注意到，确定事实依据和规范依据并非相互孤立的。对事实的认定必须注重规范目的，对规范的解释也应当审视事实本身的内容。只有这样，才能准确地判断被执法者行为的特定法律属性，及其所处的法律地

位。这构成了执法的必备前提和实体逻辑。只有具备了这一要素，基层执法才可能“师出有名”。“教科书式执法”案例中，民警之所以可以采取强制措施，其基本前提便是对被执法者“拒不配合”这一行为性质的准确判断。

从程序逻辑来看，执法者应当充分保障被执法者的程序权利，“按部就班”执法。在某种意义上说，我国历来存在“重实体、轻程序”的法律传统。由于执法数量众多、执法事由繁琐等众多原因，基层执法中，程序缺失的现象仍然较多。现代法治思想中，程序正义具有重要的地位。没有程序正义，实体正

义也无法落地生根。因此，基层执法必须坚持正当程序原则。具体而言，基层执法应当严格遵守特定场所的特定程序，例如必备的警告程序。在“教科书式执法”的案例中，从最初警告到最终武力制服，警方在每一环节所做的，都能找到法律上的依据，执法对象和公众都能信服。这一程序的重要性在于，一方面通过程序确定了行为人的性质，贯彻了执法的实体逻辑；另一方面为进一步采取程序性措施奠定了依据。

与此同时，基层执法还应当遵循基本的行政逻辑。对于基层执法者来说，其行为性质在大多数场合下属于行政行为。这要求基层执法者在坚持一般法律逻辑的同时，应当严格遵守行政行为所必须遵守的基本逻辑。也就是，基层执法一方面应当是合法的行政行为，坚持依法行政；另一方面，应当坚持行政行为的的基本原则，即行政行为为公开、公正、效率等基本原则。具体来说，基层执法人员首先应当审视自己具有何种性质、何种幅度的行政执法权。例如，城管应当明确自己是否有开具罚单的权力，交通警察应当明确所开具罚单的金额限度等。只有准确充分理解行政执法权的所有内容，才不会导致对依法行政的突破。其次，基层执法人员还应当注重执法的效率。例如，交通警察在处理交通事故时应当注重事故对交通状况的影响。此外，基层执法人员应当警惕的是，行政逻辑容易走向只重效率、只重形式的极端，这往往会挤压执法时公平和正义的空间。总之，只有规范的执法，才是文明、占理、有力量的执法。



法治方式化解基层社会矛盾的三个问题

□ 孙培军 张翰林

基层是联系群众的第一线，是一切工作实施的最前端。党的十八届四中全会提出：“强化法律在维护群众权益、化解社会矛盾中的权威地位。”法治化解基层社会矛盾有利于保障人民群众的切身利益与维护社会和谐稳定，对落实全面依法治国，推进国家治理体系与治理能力现代化具有重要的意义。但总体而言，当前我国依法化解基层社会矛盾的水平依然不高，法治化解基层社会矛盾主要面临三个问题。

基层干部群众法治意识有待培育

任何一种制度的成功运行，其背后都需要由与之相适应的文化予以支撑，而法治意识作为法治文化的心理基础，对塑造人们的政治行为发挥着决定性的作用。我国自 1986 年开始全国性普法，经过 7 次全国性的普法活动，基层干部群众的法治意识得到了明显的提升，法治社会建设取得了较大进步。但是受经济发展水平与历史文化传统的制约，广大的基层地区仍然是法治文化建设薄弱环节，基层法治建设有待进一步加强。

法律的权威源自人民的内心拥护和真诚信仰。基层干部群众自觉地尊法学法守法用法是依法化解基层社会矛盾的必要条件。当前情况下，基层干部群众法治意识不强，法治知识薄弱是制约基层矛盾法治化解的首要困境。

一方面，部分基层领导干部学法用法不到位，利用法治思维和法治方式解决社会矛盾的能力有待加强，在部分地区，以权代法，有法不依，执法不严甚至徇私枉法的情

况依然存在。基层领导干部法治意识的淡薄，不仅不利于保障群众利益，化解社会矛盾，而且也会降低法律在群众心中的地位，阻碍法治的进程。

另一方面，基层群众法治意识有待培育，法治知识较为欠缺，依法维权意识依然不强，在面对利益争端时，使用暴力等违法手段进行维权的现象也时有发生。

基层社会矛盾治理法制、机制尚不健全

法治的首要要求是良法之治。通过法治方式化解基层社会矛盾，首要要求便是有法可依，同时还要求要做到与时俱进，对不合适当前情况的法律条文进行修改和废止。改革开放以来，我国基层法治建设翻开了崭新的篇章，一系列的法律法规相继建立和完善，使基层治理逐步进入了制度化、法治化的轨道。但从整体而言，我国的基层法制建设整体依然相对滞后，适用于化解基层社会矛盾的法律法规仍有待进一步健全，存在着立法空白、立改废不及时，法律法规相互冲突等问题。

例如，我国法律没有规定初次处理基层社会矛盾的组织部门，因而导致政府内部各部门之间权责不清晰，遇到问题时各部门相互推诿。而社会治安综合治理、矛盾纠纷化解机制等方面的立法进度缓慢，个别地方的拆迁补偿条例存在与物权法的冲突等问题，都表明了当前我国法律在解决基层社会矛盾中存在的不足。

除了法制还不够健全以外，基层社会矛盾法治化解还面临着体制机制的障碍。当前关于社会

治安综合治理工作机制的主要特征是实行“属地原则”与“一票否决制”。这种压力型政绩考核体制确实能够在社会矛盾发生时迅速整合各方力量，及时处置突发事件。但其带来弊端也是明显的，有的基层政府更加重视静态的稳定而非建立动态的矛盾化解机制，过分依赖行政手段化解社会矛盾会削弱法律权威。此外，其他的基层社会矛盾的化解机制也存在一些问题。人民调解在我国矛盾化解机制中占有重要的地位，2011 年我国颁布了《人民调解法》用以完善人民调解制度，规范人民调解活动。但当前人民调解机制依然不够健全，面临着人民调解组织保障水平不高和发展水平不均，人民调解员专业素养不高、调解结果约束性不强等问题。人民调解、司法调解、行政调解、仲裁等各种矛盾化解机制之间还不能够建立起科学、系统的衔接的机制。

基层社会矛盾治理组织结构不完善

良好的社会治理结构是法治方式化解基层社会矛盾的基础。党的十九大报告提出：“打造共建共治共享的社会治理格局。加强社会治理制度建设，完善党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的社会治理体制，提高社会治理社会化、法治化、智能化、专业化水平。” 这为构建基层社会矛盾法治化解的治理结构指明了基本方向。

在具体的政治实践中，“枫桥经验”为我国依法化解基层社会矛盾提供了参考和样板。“枫桥经验”作为党领导人民创造的一整套

行之有效的基层社会治理方案，其成功就在于构建了党组织统一领导、各类社会组织积极协同、广大群众广泛参与的基层治理结构。但从整体情况而言，我国广大基层地区的社会治理结构还相对落后，与“共建共治共享”的目标还存在一定差距，这一方面表现为基层政府依然受旧的“管理”思维的影响，有的习惯于以行政命令的形式推行自己的决定，没有发挥好社会组织 and 群众等社会“治理”主体的重要作用。

另一方面，社会治理结构的不完善还表现为政府部门之间缺乏必要的沟通和交流，在面对问题时有时甚至会出现相互的冲突，致使矛盾化解效率低下，基层群众满意度不高。而且，基层社会矛盾化解还面临着基层治理机构不健全的问题，主要表现为执法和司法服务人员较为匮乏且专业素养有待提高，政府对基层司法机构物质经费等保障措施不到位，以及基层执法与司法服务机构衔接不紧密等。此外，当前基层社会组织的发育不充分，独立性和自治能力不足，基层群众参与热情与参与水平不高也制约了良好的社会矛盾化解机制的形成。

总之，推进基层社会矛盾治理的法治化是一项系统工程，这三大困境的解决也需要综合施策，循序渐进。必须指出的是，法治作为化解基层社会矛盾难治理的钥匙，是我们必须坚持和努力的方向。这要求我们必须深刻把握依法化解基层社会矛盾的重要意义，不断加强和创新社会治理，积极探索运用法治手段化解基层矛盾的新方式、新方法，推进基层社会治理法治化水平不断提升。