

第二届自由贸易法治论坛
暨中国（上海）自贸试验区立法与司法研讨会

会议论文集

上海财经大学法学院

2013年12月1日

目 录

1、中国（上海）自贸试验区开启的法治意义·····	1
2、论中国（上海）自由贸易试验区的法治新议题·····	3
3、论中国（上海）自由贸易试验区的司法试验·····	13
4、中国（上海）自由贸易试验区的立法挑战及展望——以授权立法为视角···	21
5、“自贸区”授权决定的性质及其合法性之辩·····	32
6、我们需要什么样的陪审制？——以 D 区法院陪审制改革为样本·····	35
7、自贸试验区的立法问题·····	49

中国（上海）自由贸易试验区协同创新中心简介

为落实“高等学校创新能力提升计划”的要求，上海财经大学、对外经济贸易大学、华东政法大学、上海对外经贸大学以及中国（上海）自贸试验区管委会等实务部门于2013年10月26日联合组建了中国（上海）自由贸易试验区协同创新中心。

中国（上海）自由贸易试验区协同创新中心的组建是四校面向国家和上海市重大战略需求的一次深度牵手，将有利于优势互补，更好地开展研究创新，更好地服务于中国（上海）自由贸易试验区的建设。协同创新中心将采取平等协作、轮值负责、资源共享、优势互补的运行模式，并将积极探索体制机制改革，真正做到协同创新，为中国（上海）自由贸易试验区的建设，提供积极的、至关重要的智力和人才支撑。协同创新中心将紧紧围绕试验区建设的国家重大需求，以探索自由贸易试验区的相关理论体系、实践过程、法制建设、风险预警、行政职能转变等重大问题为牵引，以理论创新、制度创新、人才培养模式创新、体制机制创新、学科提升为核心，为中国经济发展提供智力和人才支持，成为助力中国经济升级的思想库、人才库、信息库。

协同创新中心将构建协作创新任务体系，除建立人才培养协作中心、自贸区研究信息中心、行政服务中心外，将重点研究“四大问题”：贸易投资自由化与金融创新研究、政府职能转变研究、法律保障研究、风险监测与政策效应评估研究。同时，将以中国（上海）自由贸易试验区的开放与建设的国家重大需求为牵引，在理论体系构建、高端人才培养、学术队伍建设、学术交流深入、国际影响扩大等方面积极开展工作：一是构建中国（上海）自由贸易试验区建设和发展中的理论体系，提供中国（上海）自由贸易试验区建设和发展中的前瞻思想支持，建设具有国际一流水平的相关学科。二是开展自由贸易区领域相关学科和专业课程建设，开展本科生、研究生自由贸易区相关课程的共同开发，授课教师互聘、学生课程互选等人才交叉培养工作，培养符合中国（上海）自由贸易试验区建设和发展的跨学科拔尖人才。三是积极培养中国（上海）自由贸易试验区建设和发展中的交叉学术团队，开展深度合作，进行自由贸易区相关重大课题的合作攻关研究。四是充分利用国际研究能力，开展多维度、多国界、多学科的顶尖学术研究，开拓自由贸易区研究的国际学术交流与合作。五是定期合作举办中国（上海）自由贸易试验区学术研讨会、高水平论坛，扩大中国（上海）自由贸易试验区的世界影响力。

中国（上海）自贸试验区开启的法治意义

郑少华*

2013年9月29日，中国（上海）自贸试验区揭牌成立，以法治为视角来看，对于中国法治建设具有如下的开启意义：

一、 法治的特殊性

依传统的法治理论，法治具有普遍性，即法治内蕴了法律面前人人平等的观念。在一个主权国家下，法治的普遍性是及于这个主权国家治下的领土、领海与领空的，除非是在宪法性文件中明确一国两制或一国多制。而中国（上海）自贸试验区则是及于中国战略——开放与改革的需要，必须在试验区内实施特殊规则，并期待这些规则在试验性适用一段时间后，进行可行性评估后，一则成为可以复制、可推广的规则，在中华人民共和国大陆地区成为普遍规则，二则成为在国际经贸舞台上，我国参与双边或多边谈判时的依据，推动国际经贸规则的新发展。因此，全国人大常委会根据中央政府的请求，批准现行的相关法律在若干时间内暂停其效力在自贸区实施，并授权相关机关制定自贸区新规。因此，法治在普遍性原则下，产生了特殊性：在特定的时间与特定空间内，有权机关可以根据程序暂时停止某些法律的效力。

这些法治的特殊性，对于一个转型国家或转型社会来说，是法治变革的策略。这种法治变革策略，必须遵守下述基本规则：其一，其目的必须有利于法治的改善；其二，策略运用必须遵守一定的程序；其三，必须通过有权机关实施，而不得由有权机关授权其他机关来操作。其四，必须是在特定的时空里。

二、 法律的先导性

中国（上海）自贸试验区，其实施的法律，大致有三个来源：一是其他国家自贸区已成熟的规则或双边与多边自贸区协定中形成的规则；一是商人们（企业）在其他地方长期演化而成的规则；一是学者们经过长期探索归纳甚至创造出的新规则。尽管这些来源都必须经过有权机关认可或颁行之，但毕竟它们大多数并非自贸试验区的物理空间上所生长出来的。因此，这些规则的实施便在某种程度上修正了经典法治中的“经济基础决定上层建筑”的理念。法律之于经济来说，具有了先导性。其次，自贸试验区成立后的法律先导性还表现在试验区内的法律经

* 上海财经大学法学院院长、自贸区法治研究中心主任、教授、博导

过若干时间的实施，经评估后向全国或若干其他自贸区进行复制与推广，对于全国其他地方来说，这些被复制与推广的法律规则又具有先导性。

这些法律的先导性，从认识论的角度修正了我国改革初期的“摸着石头过河”的经验，构成了“顶层设计”的组成部分，从而开启了一个法治国真正伟大的实践——尊重法律、立法先行，在实践中修正法律。而非主张所谓的良性违法，甚至良性违宪的人治下的法治理论。

三、 法令的可诉性

在中国（上海）自贸试验区成立前后，我国可以看到大致有十几个部门针对自贸试验区中就它们所管辖的事项颁布了十几个规范性文件（管理办法）。这些规范性文件良莠不齐：有些是严格按照国务院的总体方案给自贸区的企业松绑；有些则不无行明松实绑之实的企图。所以，区内企业难免又有“才逃狼窝又入虎口”之感叹！怎么办？成熟的法治国家有一条经验：这些政府法令（规范性文件）可诉。也就是说，当事人（企业）可以依法对这些抽象行政行为提起诉讼，交由法院裁决。

法令的可诉性，是必须解决的，否则，长此以往，以政府传统的行政权力，定然会严重阻碍国务院总体方案中的“彻底转换政府职能、简政放权”的构想之落实。若确定了法令的可诉性，法院如何进行司法审查？首先，亟需一个由全国人大通过的《中国（上海）自贸试验区法》或经全国人大授权上海地方人大通过的《中国（上海）自贸试验区条例》。制定这个法（或条例）的主要依据就是国务院的自贸试验区总体方案，以此作为司法审查的主要依据。其次，国际经贸通用规则也可以构成法源之一。最后，修改《行政诉讼法》将抽象行政行为列为司法审查的内容。

《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》（市政府令第7号）虽然也规定了自贸区的一些主要内容，但是从司法角度来说，它难以成为判决的依据。因为根据有关法律规定与国际通行准则，地方政府的法令是无法成为司法裁决的依据的。因此，为了实施法令的可诉性，首先要制定《自贸区法》或《自贸区条例》，此为当务之急。

综上，法治的特殊性，法律的先行性与法令的可诉性构成了中国（上海）自贸试验区开启的三重法治意义。

论中国（上海）自由贸易试验区的法治新议题

郑少华*

内容摘要：中国（上海）自由贸易试验区的成立是基于中国进一步深化开放与改革需要的国家战略，从法治的视角来看，自由贸易试验区为中国法治建设开启了新的议题。本文试在开放与改革两个向度上，进一步将法治的新议题展开为投资便利化、贸易自由化、金融国际化、贸易与社会法、“企业走出去”、区内社会管理、区内行政管理、立法与司法、可复制可推广、参与国际经贸新秩序建构、比较法、自由贸易法哲学等十二个方面，为法学学者阐释了有待未来研究的新领域。

关键词：自由贸易试验区 法治议题

中图分类号：

中国（上海）自由贸易试验区于2013年9月29日挂牌成立。甫一成立，即引起各方热议。各方基本上都认同：上海自贸区的成立，是新中国改革开放过程中，继深圳经济特区以及中国加入WTO以后的又一里程碑。从法治的视角来考察，中国（上海）自由贸易试验区的成立，带来了一系列的新议题，值得人们继续观察研究。由于上海自贸区成立是基于中国进一步开发与进一步改革的需要的国家战略，因此，这些法治新议题的观察与研究，还必须在开放与改革两个向度上进行。所以，笔者将中国（上海）自由贸易试验区成立带来的法治新议题在上述两个向度上进行进一步的展开。

一、 投资便利化的法治议题

投资便利化，或者投资自由化，系指一个国家或者地区放开投资管制，使外资可以在资金进入与项目设立时享受本国国民待遇，一改过去的审批制，而实行备案制。在项目（企业）进入方面，采用负面清单管理模式。这种变革带来一系列法治新课题：

（一）准入前的国民待遇，具体的法律涵义是什么？准入前企业（项目）涉及到进入权与设立权，因此，准入前国民待遇是否包括进入权与设立权的平等性？而且进入权的国民待遇包括哪些具体内容？设立权的国民待遇包括哪些具体内容？

（二）负面清单管理模式涉及到负面清单的制定机关的职责，制定负面清单的法理依据是什么？制定负面清单的程序包括哪些？负面清单的时效以及负面清单拟定中的公众参与等等。

（三）负面清单管理模式与“法无明文即自由”的法理上的关系。

*郑少华，上海财经大学法学院教授，法学博士。本文系2013年度上海市政府咨询研究课题——《试验区首轮条例规定的论证和立法研究》（课题编号2013-YJ-H03）的阶段成果。

(四) 备案制中的备案机关是谁？其法律性质与法律地位如何确定？

(五) 项目在准入前是否还需要环境影响评价、社会影响评价等？若需要，环评或社评与审批制和备案制是什么关系？

(六) 在审批制与备案制两种模式下，政府的职责有何区别？两种模式对政府职能的转换有何影响，其法理依据在哪里？

(七) 企业所得税制与个人所得税制如何设计？税法结构与投资便利化的关系如何界定？

(八) 贸易的增值税税制如何设计？税制结构与贸易自由化的法制条件如何衔接？

(九) 负面清单管理模式与正面清单管理模式在法理与法律制度设计上有何区别？

(十) 按照国际惯例，外资准入的“负面清单”一旦制定，东道国对于清单内容的延续和修订应保持透明，并履行相关的通知和磋商义务^①。那么在法律机制上如何保障这种透明性，如何设计通知与磋商义务？

上述课题的及时提出与回应，有助于构筑投资便利化的法律保障机制。否则，投资便利化在现实的运作中将失去法律依据与制度保障。

二、 贸易自由化的法治理题

贸易自由化，包括商品贸易的自由化和服务的自由化。前者是指海关、检疫机关等尽可能提供简便措施，消除贸易壁垒，使商品贸易高效与便捷。后者则包括服务业的进一步开放以及专业服务领域摒弃管制，专业人员与员工能在就业、居住等方面享受国民待遇。贸易自由化对法治提出了一系列新课题：

(一) 在贸易自由化项下海关的监管权限包括哪些？其法理依据在哪里？海关的监管责任如何厘定？其监管措施的变化，会引起哪些法律后果？

(二) 在贸易自由化项下检验与检疫机关的监管权限包括哪些？其法理依据在哪里？检验与检疫机关的监管责任如何厘定？其监管措施的变化，会引起哪些法律后果？

(三) 员工的自由流动会对我国相关户籍管理规定与外国人管理制度造成哪些冲击？在自贸区如何构筑合理的人员管理制度，既保持人员的高效流动又有必要的管理？

(四) 专业服务领域的开放对我国现行的专业人员资格认定制度会造成哪些冲击？外国专业人士资格认定制度与我国相关制度如何实现有效衔接？

(五) 专业人员的自由执业会对我国现行相关法律制度造成哪些冲击，自由执业的行业包括哪些？自由执业的法理依据在哪里？在目前的情况下自贸区是否仅开放律师、注册会计师与医生的自由执业？

^①崔艳新，张琼：《以改革促外资准入模式转变》，《中国外资》2013年第9期。

(六) 贸易的增值税税制如何设计? 税制结构与贸易自由化的法治条件如何衔接?

根据《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》的主要任务和措施(三)以及《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》第15条、第16条之规定,还涉及到下述法治议题:

(一) 进出口贸易、转口贸易、离岸贸易的法制条件如何设计?

(二) 国际贸易结算,国际大宗商品交易、融资租赁、期货保税交割、跨境电子商务

的法律问题有哪些?如何克服?

(三) 有竞争力的国际船舶登记制度如何设计?

(四) 自贸试验区企业将“中国洋山港”作为船籍港进行船舶登记,会涉及到哪些法

律问题?

(五) 开展航运运价指数衍生品交易业务的法律问题有哪些?

(六) 随着国际能源交易中心落户自贸区^②,国际大宗商品交易和资源配置平台的成立,

会遭遇哪些法律问题?如何解决?

自贸区的制度设计,就在于以自由贸易为核心,带动其他制度完善。因此,贸易自由化的法治议题的研究,显系自贸区法治议题解决的核心问题。

三、 金融国际化的法治议题

在我国,由于金融市场长期受管制,与国际金融市场并不接轨。因此,所谓金融国际化,是试图在自贸区中实行国际金融市场的基本规则,然后,逐渐放开国家金融市场。而在市场机制比较成熟的国家中,并不存在金融国际化的议题,而是金融自由化的议题。所以,我们在探讨金融国际化议题时,也包含了金融自由化的议题。

金融国际化与金融自由化,带来一系列法治新课题:

(一) 资本项目开放的法律问题。在我国,由于资本项目长期受管制,因此,资本项目开放,首先是要促进资本项目便利化与提高监管有效性^③。如何进一步梳理与简化资本项目的行政审批?如何建立高效畅通的外汇政策倡导机制?如何建立违规信息披露机制?如何建立资本项目外汇业务非现场检查工作机制?以及在自贸区中如何定位外汇监管机关的法律地位等,都成为资本项目开放所要解决的迫在眉睫的法律问题。

^② 陈韶旭:《国际能源交易中心落户自贸区》,《文汇报》2013年11月13日第5期。

^③ 郑俊涛:《促进资本项目便利化与提高监管有效性的思考》,《华北金融》2013年第3期。

(二) 人民币可自由兑换的法律问题。在我国,长期实行结汇、售汇制度,人民币的兑换受到高度管制。而人民币自由兑换,则涉及到这种自由兑换会对现行外汇管理制度造成哪些挑战、外汇管理机关的法律地位与职责的重新定位、可自由兑换时代的企业权利与义务的重新定位等问题。

(三) 利率市场化的法律问题。人民币的利率,本应反映市场的供求关系,也就是说无论是存款利率,还是贷款利率,在资金市场上应该受供求关系的影响。而在我国,国家基于产业导向等原因的考虑,对人民币利率实行管制。因此,利率市场化一旦实行,则会产生如何界定货币政策当局的法律地位、银企的权利与义务如何厘定、货币监管当局的职责如何划分等法律问题。

(四) 人民币跨境使用的法律问题有哪些?

(五) 信托、融资租赁等非银行金融的法律问题。在区内,信托、融资租赁等业务与国际接轨会产生哪些法律问题?其在新业务拓展过程中权益会发生哪些变化?监管机关的法律地位如何界定?期货市场规则如何确定?另外,村镇银行、小额贷款公司在区内是否可以采用有别于境内的模式?其政策与法律条件是什么?金融衍生品的法制条件如何设计?如何监管?

(六) 区内外金融联动机制的法律问题。首先,区内与境外如何建立金融联动机制?离岸金融的法制条件如何建立?国际金融风险如何在法制上设置“防火墙”?国际金融跨界监管如何实现?其次,在“境内关外”的自贸区管理模式下,区内与境内的金融联动机制如何实现?在区内企业设置“特别账户”^④的情况下,企业的权义会发生怎样的变化?这种“特别账户”通往境内企业的通道如何设计?又如何监管?

(七) 随着金融管制的渐次放开,反洗钱制度如何建立?

在研究上述金融国际化或金融自由化的法治议题,必须考虑到这个背景:在我国,由于金融的高度管制而产生的金融法治议题,远比其他国家自贸区的金融法治议题复杂。

四、 贸易与社会法的议题

当代国际贸易,历经劳工运动、消费者运动、环保运动等社会运动,已远非发轫于公元九至十一世纪的古典自由贸易^⑤。虽仍为自由贸易,却嵌进了许多社会法议题:

(一) 贸易与环境法问题。传统的环境行政管理模式与自由贸易模式是不兼容的。而日益高涨的环保运动又是各国决然难以放弃传统的环境行政管理模式。但随着传统环境行政管理模式弊端的显现以及自由贸易在环保运动压力下的自我修正开始出现,于是产生了贸易与环境法议题:绿色贸易壁垒如何克服?在自由贸易条件下,环境保护问题如何解决?环境保护合作机制如何建立?企业的社会责任如何厘定?

^④夏斌:《上海自贸区最大挑战来自金融改革 建议设立特别账户制度》,《中国证券报》2013年10月25日。

^⑤郑少华:《社会经济法散论》,《法商研究》2001年第4期。

(二) 贸易与劳动法问题。随着自由贸易成为全球性浪潮, 劳工运动, 亦以自由贸易为敌, 强调反自由贸易, 保护劳工的诉求, 因此, 自由贸易机制开始修正: 嵌入大量的劳工保护与社会保障的内容。所以, 在贸易中, 如何反就业歧视、如何拒绝违反人道主义产品进出口、如何提高劳工的社会福利水平等等成了贸易与劳动法新议题。

(三) 贸易与消费者权益保护问题。自由贸易之所以成为全球浪潮, 其主要功能在于能最大限度提高全人类的福祉, 因此, 消费者权益保护自然成为自由贸易的议题^⑥: 在自由贸易下消费者权利如何得到有效保护? 企业与消费者的权义如何界定? 消费纠纷如何有效与高效处理等?

贸易与社会法的议题的有效处置, 会使自由贸易与社会的兼容度增加, 更有利于发挥自由贸易提升全人类福祉的功能。

五、“企业走出去”的法治议题

随着中国成为全球第二大经济体, 中国企业走向国际市场, 便成为一个涉及国家战略的重要问题。利用自贸区作为中国企业走出的“桥头堡”, 则成为自贸区建设的题中之义^⑦。而“企业走出去”的第一步, 则是按照自贸区规则以及国际通行规则, 在自贸区设立海外并购主体; 第二步, 则应开始熟悉海外市场规则和法律环境。因此, “企业走出去”便带来下述法治课题:

(一) 如何按照自贸区规则及国际通行规则, 构建海外并购主体? 特别是国有企业, 如何绕过欧美发达国家对国企的种种限制?

(二) 海外市场的法律环境是什么? 有哪些法律制度与我国相关制度具有重大区别? 如何去适应? 这些不同的法律制度会引发哪些法律后果? 企业会因此而产生哪些法律责任等?

(三) 区内海外并购主体与境内母公司的关系如何构筑, 其适用的法律是否存在冲突? 如何解决? 不同规则所造成的法律风险采取哪些措施加以防范?

(四) 中国目前的境外投资核准制度实际上确立了一种公共利益优先于企业的境外投资权利的预设, 但是, 对这种以维护公共利益为目的的政府规制, 也必须予以限制, 设有限制的政府干预会损害私人利益, 也会最终损害公共利益^⑧。因此, 自贸区的境外投资核准制度如何设计? 尽管规定了实行以备案制为主的管理方式, 对境外投资一般项目实行备案制^⑨。但那些项目应当核准? 如何核准?

^⑥允许在自由贸易区内开展零售活动是智利自由贸易区区别于其他自由贸易区的一大特色。而在上海自贸区, 因为浦东国际机场的存在, 因此, 也涉及到零售, 即涉及到消费领域。即使自贸区商品流动中只限于生产和流通领域, 仍然会涉及消费者权益保护问题。再者, 服务业亦涉及消费者权益问题。

^⑦上海交通大学现代金融研究中心主任潘英丽认为, 中国高达 3.5 万亿美元的外汇储备, 以及很多行业普遍存在的产能过剩现实, 都意味着“走出去”是一个大方向。根据潘英丽的研究, 未来五年是中国资本输出的最佳时机。因为如果美国量化宽松政策退出, 美元会有一段升值期, 中国可以在美元比较值钱的时候把一部分外汇储备花出去。引自何欣荣、姚玉洁:《企业的三大畅想: 贸易便利化 投资自由化 金融国际化》, 《中国对外贸易》2013 年第 9 期。

^⑧余劲松, 陈正健:《中国境外投资标准制度改革刍议》, 《法学家》2013 年第 2 期。

^⑨《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》(市政府令 7 号)第 12 条。

六、区内社会管理的法治议题

随着自贸区的简政放权，转换政府职能的展开，社会管理问题开始凸显，带来一系列法治议题：

（一） 各类商会或企业协会的自我管理的边界在哪里？哪些原属政府所有的权利应下放给企业？而哪些应给商会（或企业协会）？商会在政府、企业间如何构筑制度化的沟通机制？

（二） 企业的各种利益诉求的表达机制如何建立？各种利益冲突如何平衡？有哪些制度的平衡机制？

（三） 劳工、雇主、消费者等区内不同利益主体的利益平衡机制如何建立？

（四） 是否进一步放开推特、脸谱等互联网？若放开，在开放的环境下如何监管互联网？监管的正当性与合法性在哪？若不放开，则网络企业的进一步法治的环境可能会受到打击，而无法促进新型网络产业的发展，其合法性与正当性又是什么？进而，可能还会涉及到服务业无法进一步开放，并影响到创新型企业的发展。

七、区内行政管理的法治议题

简政放权，彻底转换政府职能是自贸区建设的应有之义。因此，这就带来行政管理方面的法治议题：

（一） 政府权力的边界在哪里？政府权利运作必须遵守哪些法治原则？

（二） 自贸区能为“有限政府，责任政府，服务政府”提供哪些样板？

（三） 政府职能如何转换？政府职责如何重新定位？

（四） 政府行为合法性如何审查？是否建立司法审查制度？以及如何建立？

（五） 自贸区的管委会的法律地位是什么？其法律性质如何界定？其职能赋予的依据

在哪里？是否有权自行制定和颁布实施自贸区的各种单项行政法令、条例、办法等规范性文件？

（六） 外资安全审查制度如何建立？安全审查机构如何组建？安全审查程序是什么？

安全审查的法理依据在哪里？

（七） 自贸区作为一个单独的关税区，是否有权独立自主地与国际资本、国际市场建立

各种联络和合作关系、审批投资申请，派遣人员出国考察，设立驻外机构等^⑧？

^⑧夏善晨：《自贸区发展战略和法律规制的借鉴—关于中国自由贸易区发展的思考》，《国际经济合作》2013

(八) 劳工保护与社会保障的监管、环保监管、食品安全监管等社会性监管的政府权限

边界在哪里？

八、立法与司法议题

中国（上海）自贸试验区成立，其立法准备应该说不充足的。其立法依据主要有二：

国务院公布的《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》；上海市政府的《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》。从法理上说，两者都难以成为司法依据。因此，研究自贸区立法与司法问题，便成为目前自贸区研究中的重中之重的法治议题：

(一) 《中国自贸区法》，《中国（上海）自贸试验区条例》如何拟定？由哪个机关拟定？公布《中国自贸区法》，《中国（上海）自贸试验区条例》的时间表以及路线图如何设计？《中国自贸区法》与《中国（上海）自贸试验区条例》的法理依据是什么？

(二) 在《中国自贸区法》与《中国（上海）自贸试验区条例》草拟过程中，如何克服中国社会长期以来的“部门立法、政府监管、企业受制”的怪圈？

(三) 其他国家的立法，如美国国会于 1934 年通过的《对外贸易区法》是否值得我国借鉴？哪些内容值得借鉴？

(四) 是否应该成立中国（上海）自由贸易试验区法院，而非自贸区法庭作为专门的司法机构？其法理依据是什么？自贸区法院受案范围是什么？司法原则有哪些？

(五) 对于政府的规章，司法机关是否能审查？审查的依据有哪些？

(六) 司法机关是否应该借鉴国际社会中的遵循先例原则以及更加尊重商业判断规则等？

(七) 如何构筑包括调解、仲裁、司法的争端纠纷解决机制？调解、仲裁、司法的边界在哪？如何形成有效联通机制？

(八) 区内外当事人发生纠纷后，法律适用如何确定？特别是区内当事人与境内当事人发生纠纷，是否适用冲突法的一般规则？

九、可复制、可推广的法治议题

中国（上海）自由贸易试验区的成立，其主要目的之一在于：经过一段时间的试验将一些成熟的新规，经评估后，向全国范围或全国若干地方进行复制与推广，进而为打造“升级版”的中国经济提供开放型的法律制度体系，促进中国经济与社会的进一步开放与变革。因此，自贸区规则的可复制与可推广，会带来一系列法治新议题：

(一) 可复制与可推广的新规如何评估? 评估的主体是谁? 评估的程序如何设计? 评估的范围如何厘定? 评估是否作为可复制与可推广的新规的必要程序?

(二) 可复制与可推广的新规是在全国范围内, 还是在若干地区? 在全国或若干地区进行复制与推广的选择标准如何确定? 复制与推广的程序如何设计?

(三) 法制作为一个系统工程, 当吸纳一部分新规时, 整个系统会发生怎样的变化? 而这种变化又会对社会造成什么影响?

十、参与国际经贸新秩序建构的法治议题

中国(上海)自由贸易试验区的成立, 其另一个主要目的在于: 经试验运行一段时间的一些自贸区新规, 将成为我国与国际社会谈判和沟通的依据, 成为我国参与国际经贸新秩序建构的依据, 例如在决定是否加入环太平洋战略经济伙伴协定谈判以及在中美投资协定谈判如何处理一些规则问题等, 都会充分考虑新规则在自贸区运转的情况。因此, 利用自贸区新规、参与国际经贸新秩序建构, 必然带来以下新议题:

(一) 哪些自贸区新规可以成为参与国际经贸新秩序建构的依据? 如何进行评估? 评估的条件是什么? 评估的程序如何设计? 评估的主体如何确定?

(二) 哪些现有国际经贸新规可以拿到自贸区进行试验? 这些国际经贸规则如何转化成国内规则, 在自贸区运行后是否会对国内其他地方的经贸秩序构成冲击, 如何解决这种冲突?

(三) 在 WTO 决策机制从 IMF 的治理结构改革中¹¹, 自贸区的一些成熟新规能否有助于我国的参与?

(四) 建立国际经济新秩序是一种理念还是一种策略? ¹²是否值得在自贸区时代重新定位?

十一、自贸区的比较法议题

据德国汉堡经济学家罗伯特·崔迈(Norbert Zimmert)的研究成果, 世界上各类开发区和特殊经济区可归纳为七大类: 第一类、保税仓库区(Bonded Warehouse Zone); 第二类、自由区(Free Zone); 第三类、对外贸易区(For-eign Trade Zone); 第四类、出口加工区(Export Processing Zone); 第五类、经济特区(Special Economic Zone); 第六类、企业区(Enterprise zone); 第七类、银行自由区(Bank Free Zone)。目前, 学者们在国际上用自贸区这个概念囊括了各类开发区和特殊经济区, 也有人将自由港、自由贸易区和出口加工区统称为自由港区或自由贸易区。到了 90 年代, 世界上已有各种类型的自由贸易区九百多个, 其中三分之二分布在发达国家。尤其引人注目的是, 作为多边的关贸总协定(GATT) 创世缔约国之一的美国, 奉行自由贸易政策, 具有发达的市场经济机

¹¹ 张乃根:《试论国际经济法律秩序的演变与中国的应对》,《中国法学》,2013年第2期。

¹² 何力:《国际经济新秩序的理念和现实》,《东方法学》,2013年第2期。

制，但其仍然重视自由贸易区所发挥的作用，它所创办的贸易区（Foreign Trade Zone）截至 1994 年底，对外贸易区已达 199 个，再加上分区（Subzone）285 个，总数已达 484 个¹³。因此，针对不同类型的自贸区，从比较法的角度来看，就有必要探讨下述比较法新议题：

（一）不同类型的自贸区，其法律制度有异同，而造成这种异同的原因是什么？其法

治运作的机理是什么？

（二）不同类型的自贸区，其有哪些法律制度是值得中国（上海）自由贸易试验区借

鉴的？这些可借鉴的制度的风险如何评估？

中国改革开放三十余年，自深圳特区成立以来，也相继成立了上百个国家层面的各类开发区和特殊经济区，如经济特区、科技园区、开发区、保税区，出口加工区，金融综合改革试验区等，因此在研究中国（上海）自贸试验区法治时，必须探讨下述比较法议题：

（一）中国各类开发区与经济特区的法律制度的异同？其背后的形成机理是什么？

（二）中国各类开发区与经济特区的成果或失败的法律制度有哪些？是什么原因造成

的？

（三）中国这些地区的差异化制度，有哪些是可供上海自贸区发展借鉴的？

作为全球化浪潮的自由贸易，在 WTO 的继续谈判议题受挫后，双边或多边自由贸易协

定谈判已成为新趋势。因此，就 WTO 法与因自由贸易协定而形成的跨国自贸区法制的比较，便成为上海自贸区法治研究的基础，从比较法的角度来看，便涉及到下述议题：

（一）WTO 与各类自由贸易协定（跨国自由贸易区法制）的异同有哪些？这些异同背

后所隐藏的哲理基础有何区别？这些差异对国际经贸秩序的构成有何影响？

（二）WTO、各类跨国自由贸易区法制对上海自贸区法治建议是否有借鉴意义？哪些

制度可以借鉴？借鉴的效果如何评估？

在一国之内，设立自贸区，是否意味着区内的法制与区外境内的法制有重大差异，而这

¹³ 夏善晨：《中国（上海）自由贸易区：理念和功能定位》，《国际经济合作》2013 年第 7 期。

种差异影响评估与研究，必须借助比较法的视角来进行：

- （一） 区内与区外境内的制度有哪些区别？制度如何有效连接？
- （二） “彻底放开一线，有效管住二线”的比较法基础是什么？
- （三） 区内与区外法律冲突如何解决？是否能适用冲突法的一般规则？

十二、自由贸易法哲学及其他法治议题

自由贸易作为一种人类社会的合作与互利方式，源远流长，跨地区性的自由贸易，可以上溯至公元 9-11 世纪地中海沿岸商业复兴，而身处现代社会，浪潮汹涌的全球化，就是由自由贸易带动的。因此，自由贸易法哲学、自由贸易法理学、自由贸易法史学等则构成自贸区的其他法治议题，当然，也是重要的法治议题：

（一）自由贸易的法哲学依据是什么？自由贸易与法治的关系如何界定？自由贸易是如何调整，甚至是重构人类社会秩序的？自由贸易、自由竞争以及公平竞争的法哲学有何区别？立法机关暂停某些法律实施的哲学基础是什么？

（二）自由贸易的法理学是什么？自由贸易与政府管制的法理有何区别？自由贸易的法治内涵与外延如何界定？自由贸易的大陆法传统与英美法传统有何区别？何者更适合自由贸易？当代主要法律体系能否兼容自由贸易？全球法律的趋同化与自由贸易的关联度如何？自贸区的制度建设是否能遵循“顶层设计与摸着石头过河结合”？

（三）自贸区的改革风险¹⁴如何评估？评估的主题、程序以及内容如何确定？

（四）法制化、国际化、市场化之间的关系如何界定？

（五）法律的变迁与自由贸易的关系是什么？不同时代的法制是否都能反映自由贸易的变化与发展？

（六）自由贸易区的类型¹⁵如何划分？其法理依据是什么？WTO、自由贸易、美式自由贸易协定¹⁶的法哲学有何区别？制度选择上差异性是什么？

作为自贸区的法学研究者，法治议题的提出十分重要。当然，对于不同的研究者来说，由于专业素养与思维习惯的不同，自贸区的法治会呈现不同的脸谱。但是，上述十一项法治议题可能是每个研究者或多或少将会涉及到的课题。而对自贸区的法治建设来说，上述法治议题的提出，只是漫长征途的第一步。而且是开启“边干边学”哲学的关键一步。

¹⁴ 朱宁：《上海自由贸易区试验改革风险》，《股市动态分析》2013年第34期。

¹⁵ 夏善晨：《自贸区发展战略和法律规制的借鉴——关于中国自由贸易区发展的思考》，《国际经济合作》2013年第9期。

¹⁶ 殷敏：《新区域主义时代下美式自由贸易协定的战略选择——兼论对中国的启示》，《苏州大学学报》，2013年第3期。

论中国（上海）自由贸易试验区的司法试验

郑少华*

在新时期，中国司法已经历三轮司法改革，但在如何满足社会与公众的司法需求，以及进而在国家政治框架寻求一合理位置，为国家与社会的长治久安，满足各方期待，始终未能有一准确定位。在中国司法业已启动新一轮司法改革之际，恰逢人称堪与深圳特区改革意义相比的中国（上海）自由贸易试验区揭牌成立¹；能否将中国（上海）自由贸易试验区的司法试验作为新一轮司法改革的“试验田”与“风向标”？根据国务院公布的《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》，中国（上海）自由贸易试验区的目的有二²：一曰改革。也就是说在自由贸易试验区内实行新规，经过若干时间实施，将在全国范围内或全国若干地区实施之。一曰开放。自贸区成熟的新规，将在我国与包括美国在内的其他国家的投资、贸易协定谈判中，转化成国际社会经贸新规则，从而参与国际经贸新秩序的建构。在这两个角度上，司法必然有其参与担当。或者说，司法是必须参与自贸区新规的建构以及推动自贸区上述两个功能的实现的。于是，司法试验构成了中国（上海）自贸区的试验的重要部分。

一、专门的自贸区审判机关是司法试验的机构保障

中国（上海）自由贸易试验区成立后，会涉及到大量的商事纠纷，商事争端解决机制便提上了议事日程。考虑国外那些比较成熟的自贸区运转情况，我们就发现基本上都成立专门的法院来处理这些商事纠纷。因此，应该成立中国（上海）自由贸易试验区法院，且作为中级法院建制的专门法院。理由有：

（一）有利于解决目前法院案多人少的矛盾。现在中国东南沿海法院处于“诉讼爆炸”的时代，特别是在上海，基层法院年人均平案近 300 件³，一线法官穷于应对案件。在这种情况下，若不成立专门的自贸区法院，增加一线法官的机构与编制，让本来就疲于奔命的浦东新区法院的法官们再承接自贸区与日俱增的案件，很难提高自贸区案件审理的质量，不利于自贸区案件裁决的精品化。

（二）有利于新型案件的及时裁决与及时总结，有利于立法机关及时汲取司法中的经验。在自贸区实行新规，会出现大量新型案件，而这些案件的及时裁决，有

* 工作单位：上海财经大学法学院、中国（上海）自由贸易试验区协同创新中心

¹ 张利红：《中国(上海)自由贸易试验区 9 月 29 日正式挂牌》，新华网，2013 年 11 月
http://news.xinhuanet.com/local/2013-09/29/c_125466984.htm

² 见国务院公布的《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》的总体要求。

³ 席建声：《上海市普陀区人民法院工作报告》，上海普陀人大网，2013 年 11 月
http://rd.shpt.gov.cn/details/208_8161.html

助于自贸区的良性运行。而我国属于成文法国家，司法案件的及时总结，便于立法机关在制定法律过程中及时汲取其中的经验。

（三）有利于新型案件的专门审理。在自贸区，由于实行新规，从目前所开放的领域以及负面清单管理来看，案件的类型主要有：投资、贸易、金融、海商、税收争议、行政以及普通商事等七大类型。而且这些类型案件相较于国内其他地方而言，都有其特殊性。因此，在自贸区设立法院，再按案件类型实行分庭管理，显得十分必要。分庭审理，使新型案件审理专门化，有助于提升案件审理质量与提高司法效率，也有助于将来自贸区新规在全国其他地方进行复制与推广，并为为这种复制与推广，提供司法经验与成案指引。

（四）作为中级法院建制的专门法院，有利于减少法院层级，便于自贸区法院及时向立法机关与最高法院提供立法建议与司法建议。

二、整合 ADR 机制：司法的边界

在中国（上海）自贸试验区内，已成立上海国际经贸仲裁院，可以根据当事人双方的仲裁协议或仲裁条款进行裁决，加之中国国际经贸仲裁委员会，中国海事仲裁委员会以及上海仲裁委员会等，可以说自贸实验区内企业可以选择的中国仲裁机构有多家。加之当事人双方还可以约定境外的仲裁机构进行仲裁，因此，自贸实验区内企业并不缺乏仲裁机构的选择。但是，包括仲裁在内的非诉讼多元纠纷解决机制（ADR）如何整合，这涉及到司法权的边界问题：

（一）仲裁的优势

商事交易的发展，由于商人们对交易事项的理解基于行为习惯、信息不对称性以及不确定性的把握等原因，出现纠纷是难以避免的。为了促进上市交易的迅捷与交易安全的保护，纠纷的解决首先是仰赖于双方的和解与第三方商人的调解。其次，寻求中立的第三方商人的仲裁，在这种解决纠纷的路径中隐含着下列的内在逻辑：其一，对于商事纠纷的解决，商人共同体具有自我裁决力。不仅裁决人（或调解人）熟悉商事交易规则，也符合一般人性的特征——首先认为熟人间更具安全感和信任感。其二，商事纠纷的解决，是经商的一种技艺。而这种技艺，构成商人共同体的共同经验与规则，属于商人共同体间共同分享的经验与传统。因此，根据商人共同体发展出的调解与仲裁，即形成今天通行于国际经贸领域的现代商事仲裁，具有现代司法所不曾具有的独特优势：第一，秘密性。仲裁庭向来以不公开审理为原则，因此，仲裁便具备秘密性，而这种秘密性减少了商事交易秘密泄露的可能性，这就是仲裁成为许多商人首选的解决纠纷的方式的原因所在。第二，自愿性。现代仲裁必须建立在双方约定的仲裁条款或仲裁协议的基础上。而这种自愿性则体

现了商人自治的特性，有利于商人自我治理与自我保护。第三，终局性。一审终局提高了解决纠纷的效率。所以，在构筑一个国家或地区的多元纠纷解决机制中，首先就要有机整合 ADR 机制，特别是发挥仲裁机制的作用，让仲裁充分体现秘密性与自愿性。是以，在中国（上海）自贸试验区中是否允许介入境外国仲裁机构，便成为一个需要讨论的议题。境外仲裁机构特别是香港仲裁机构的率先引进，在整合 ADR 机制中可以发挥良好的功效：一则可以更好地发挥仲裁的优势，促进商人自治与自我裁决传统的发展；一则可以促进境内仲裁机构间的有效竞争，完善境内仲裁机构的各项规则。

仲裁的秘密性与资源性的优势，形成与司法机构的有效竞争，使司法机构的裁决更加透明、更加中立、更有效率，并使司法权的边界得以清晰化。

（二）不可裁决的争议事项内容的确定化

国际仲裁协议下争议事项的不可仲裁性专指一国法律禁止以仲裁解决一些争议或索赔，争议不具有可仲裁性，即仲裁失去管辖权⁴。因此，为协调仲裁的自愿性与国家司法主权的强制性间的关系，各国法律通常都会规定不可仲裁性事项，即规定属于公共政策范围内的争议事项，应由法院管辖。

在我国，《仲裁法》采取了概括方式列举了不可仲裁事项⁵。我国《民事诉讼法》第二百六十六条规定，因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼，由中华人民共和国人民法院管辖。《民事诉讼法》第二百三十七条规定，人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。《民事诉讼法》的上述两条规定，是否意味着：中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同具有不可仲裁性？抑或只能由境内仲裁机构仲裁？违背社会公共利益的争议事项具有不可仲裁性？从法律解释学的角度来看，应该说，并不存在上述问题。但是，由于自贸实验区对企业的核准制度改为备案制，且实行负面清单管理模式，因此，对于不可仲裁争议事项仅由《仲裁法》第三条规定之，似过于简陋。所以，应进一步明确规定公共政策范围事项的不可仲裁性，且采取列举式的方式，从而划定司法权的边界。

只有在充分整合 ADR 机制的基础上，在多元纠纷解决机制中，司法作为定纷止争的主要方式，才能在竞争中，凸显其公开性、公正性与效率，从而保障当事人的权利。

⁴ 杨良宜：《仲裁法》法律出版社 2006 年版，第 513 页，第 557 页。

⁵ 《仲裁法》第三条规定，下列纠纷不得仲裁：（一）婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷；（二）依法应当由行政机关处理的行政争议。

三、法官负责制

《中国共产党十八届三中全会全面深化改革决定》再次重申了我国八二宪法的规定，确保依法独立公正行使审判权检察权。并进一步明确：改革审判委员会制度，完善主审法官、合议庭办案责任制，让审理者裁判，由裁判者负责。最高人民法院所开启的新一轮司法改革，必然以此为归依，深化司法改革。那么，在自贸区试验中，司法试验亦可以此为指针，推行法官负责制，强化司法独立。

所谓的法官负责制，是指法官独立进行裁判，并承担责任。在自贸试验区，除非应成为先例的案件⁶，否则，案件皆不通过审委会讨论直接由法官独立作出裁判。

在自贸试验区，实行法官负责制，一则可以使司法处于独立与透明的地位，增加司法的公正性与权威性；一则可以使司法赢得当事人，特别是外商的信任。并且，还可减少司法流程，提高司法效率。

另外，实行法官负责制，还应该辅之以调裁分离制度，即法官应区分调解官与裁判官两个群体，负责调解的法官，不应该成为该案的裁决法官。否则，会出现以裁判作为调解的威慑力，迫使当事人就范的弊端。甚至可以考虑由法院聘请通晓商事规则、熟悉调解技巧的社会人士充任调解官。

四、尊重商业判断规则

商业判断规则是由英美法院在长期的司法实践中逐渐发展起来的一项重要的司法规则⁷，该规则以保护懂事、经理人和控制股东，使其不至陷入因商业判断而动辄得咎的困境为基础，进而发展成为避免法院再为事后判断以保护董事基于诚信而为商业判断的一种制度。在国外此项规定被广泛运用于公司收购、股利分配、公司资本减少等方面⁸。美国特拉华州以其“最佳”服务⁹，成为美国许多大公司注册的首选¹⁰。就与其法院系统尊重商业判断规则具有很大的关系。

特拉华州的最高法院在 *Aronson v. Lewis* 一案中，对商业判断规则进行了阐述。这一表述已经成为公司法上经典的表述，并被频繁引用¹¹。它讲商业判断规则作为一种推定，即“推定公司的董事在决策过程中是在信息充分的基础上，善意而

⁶ 该问题在本文后述“遵循先例”部分中论述。

⁷ See Douglas M Branson, *The Role That Isn't a Rule – The Business Judgment Rule*, 36 *Valparaiso University Law Review*, 631 (2002)

⁸ See Douglas R. Moll, *Shareholder Oppression and Dividend Policy in the Close Corporation*, 60 *Washington and Lee Law Review*, 862 (2003), 转引自常健、张强：《商业判断规则：发展趋势、适用限制制度及完善——以有限责任公司股份分配为视角》，载《法商研究》2013年第3期。

⁹ 施天涛：《公司法》法律出版社2006年版，第85页。

^{10. 11. 12} 王凌红、郭小梅：《美国公司法中商业判断规则研究》，载《长江论坛》2012年第5期。

为，并且诚实地相信其所做所为是为了公司利益的最大化。如果董事没有滥用决策权，那么其所进行的判断就将为法院所尊重。而如果要让董事承担责任，就必须提出证据推翻该判断”。特拉华州最高法院认为，董事“应当运用一般谨慎和理智的人在同一条件下所运用的全部注意”。所谓“推定”，即推定董事的决策过程中不违反董事注意义务。因此，如果要让董事承担责任，原告就必须提出证据推翻该决定¹²。

美国法律研究院在《公司法治理原则——分析与建议》中对商业判断规则做了详细规定：“（a）一名高级主管或董事在履行其高级主管或董事的职能是对公司负有诚信义务的。其方式是代表他或她合理地相信是为了公司的最佳利益，并且是以一个普通审慎的人在相同的地位、相似的情况下，合理相信所应当给予的。在（c）款（即商业判断规则）的规定可以适用的情况下，本（a）条款的内容从其规定。（c）款规定，高级主管或董事在作出了一项商业判断是符合下述条件的，即履行了本节中规定的诚信义务：（1）与该商业判断的有关事项没有利益关系；（2）所知悉的有关商业判断有关事项的范围是高级主管或董事在当时情况下合理相信是恰当的；（3）理性地相信该商业判断是为公司最佳利益所作出的¹³。

尊重商业判断规则，应该成为自贸试验区法院的一项重要司法规则，其主要理由有：其一，法院对公司治理领域的介入，以程序性审查为主，而非以实质的司法判断来取代商业判断。如此，可以吸引资本的投入，使自贸试验区成为吸引外资的“乐土”。其二，相对商人来说，法官所作出的司法判断，并不具备足够的信息优势，而尊重商业判断，更有助于企业的经营。其三，尊重商业判断，有助于商人自治体的繁荣与发展，从而促使企业经营的创新，进而推动商业领域的革新。

五、遵循先例原则

遵循先例原则，为英美法系的司法传统。在判例法国家中，若无遵循先例原则，判例法无从发展起来。但随着全球经贸一体化的进展，特别是“二战”以后，大陆法系国家，如德国、日本等，也开始发展判例，甚至将判例直接视为法源。在我国，最高人民法院也开始颁布指导性案例。尽管对指导性案例的性质认定，各学者间有着不同的理解¹⁴，但无论是将指导性案例视为判例，作为法源直接引用，还是认为指导性案例只能“参照”，皆涉及到遵循先例的司法思维。

¹³ 美国法律研究院著，楼建波、陈炜恒等译《公司法治理原则——分析与建议》（上卷），法律出版社2006年版，第159-160页。

¹⁴ 参见陈兴良：《案例指导制度的法理考察》，《法治与社会发展》2012年第1期；陈兴良：《我国案例指导制度功能之考察》，《法商研究》2012年第2期；刘作翔，徐景和：《案例指导制度的理性基础》，《法学研究》2006年第3期；王立明：《我国案例指导制度若干问题研究》，《法学》2012年第1期。

“英美法学家认为判例法区别于法典法的特征在于，法典法是呈现在世人面前的高度抽象化，系统化和规范化的条文，从中难以窥见现实生活中法律现象的原貌，而且许多法律规范本身就是依据理性的预见假定而创制的。法典法在很大程度上是一个脱离生活现实的形而上学体系，不仅难以把握，而且其真实可靠性也令人怀疑。相反，判例法不是逻辑推理的产物，而是人类‘完备理性’的自然表述，是共同经验的反应，是以人们共同的生活西习惯为基础的。判例法产生于司法判决，是对以往案例的真实记录，是活生生的法律，看得见，摸得着”¹⁵。因此，在判例积累过程中，遵循先例成为一个恒定的法则。

“每一个判例都是具体的、针对个案的处理方法，以后的法官审理案件时，需要在大量的先前判例中寻找适用与本案的特定判例，对这些判例法作出归纳分析，确定其所确立的法律原则和规则，并适用于本案，这样，该特定判例便构成本案的先例。”¹⁶确定先例的一系列方法和活动，被称为“区别技术”，通过区别技术，法官在审理案件时往往有几种可能性：一个是遵从有约束力的判例；另一个是推翻前例；再一个是拒不适用某一前例。换句话说，既不遵从也不推翻，而是对该前例和现在的案件加以区别，认为包含该前例的案件和现在案件之间在实质性事实和法律方面有着重大差别，因而不援引这一前例¹⁷。

在自贸区试验法院中，引进“遵循先例”原则，是必要的：首先，在自贸试验区，各类经贸规则在试验过程中，很难规范化，因此，只能采取“边干边学”的哲学态度。而交由司法来裁决的，也只能要求法官采取经验论为哲学理念，这正与判例法的经验论哲学基础是相吻合的。其次，自贸试验区在三年内，必然缺乏成文法（法典法）的支撑，而各类商事纠纷要得到比较圆满的解决，最适当的方法乃是发展判例（或指导性案例），借以弥补成文法的不足。最后，判例法在大陆法系的发展，或者我国发展指导性案例，其中功能之一就在于克服成文法的滞后性，而在自贸试验区中，法治与经贸的同步发展，是形成“法治化、国际化、市场化”营商环境的重要保证。而发展判例或指导性案例，则离不开遵循先例的司法原则。

当然，在自贸试验区，引进“遵循先例”原则，必须设置下列制度条件：首先，自贸区法院必须有判例或指导性案例。凡通过审委会讨论的案件，可以直接成为自贸区法院的判例或指导性案例，作为后来案件的“先例”。其次，上级法院可以通过二审或再审，发展自贸区的判例或指导性案例。最后，遴选或培养一批通晓国际经贸规制，熟谙英美法传统的法官。

¹⁵ 封丽霞：《法典法、判例法抑或“混合法”：一个认识论的立场》，《环球法律评论》2003年秋季号

¹⁶ 钱弘道：《英美法讲座》清华大学出版社2004年版，第10页。

¹⁷ 陆洲、李华围：《通过法律论证的司法正义——两大法系比较及其启示》，《西北大学学报》（哲学社会科学版），2013年第1期。

六 商事惯例直接成为法源

商事习惯，分为商事惯例与一般交易习惯两类。前者是指在商业活动中经长期的反复实践而形成的，并为从事相关商业领域的当事人广泛知悉并经常遵守的商业做法。交易习惯是指在交易行为当地或者某一领域，某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法；或者指当事人双方经常使用的习惯做法¹⁸。对于商事惯例，我国法律仅规定了国际商事习惯或国际惯例的法源效力¹⁹。若在自贸区法治建设过程中，欲将商事习惯作为法源，必须解决下述两个问题：

（一）商事惯例与国际惯例的关系。我国现有的规定国际惯例的法律，基本上指向国际商事惯例。而国际商事惯例是商事惯例的重要组成部分。按现有法律规定，国际商事惯例具有法源效力，应该不存在法律上的障碍。但国内商事惯例呢？在自贸试验区内，法律的适用具有一体化的特点²⁰，因此，并不该区分国内商事惯例与国际商事惯例。另外，可以通过最高法院颁布司法解释的方式，规定自贸区的商事惯例与国际商事惯例密不可分，构成国际惯例的重要组成部分，从而具有法源效力。商事惯例认定的实质条件有二：其一，广泛知悉；其二，经常遵守。

（二）一般交易习惯的效力。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第七条之规定，交易习惯需满足下述主客观要件，并经提出主张的一方当事人举证后，方能适用。主观要件，即“为交易对方订立合同时所知道或者应当知道”；客观要件，即“在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用”。因此，一般交易习惯并不具有法源效力，而是具有契约效力。正因为如此，自贸区法院在审查一般交易习惯效力时，更应当尊重合同自治原则，除非违反法律强制规定，否则，一般交易习惯则具有合同的同等效力，予以适用。

七、法律是一体适用

按照现行的法律规定，我国的内外贸法律体系是两套系统，即调整内贸（内资）与调整外贸（外资）的法律系统是区隔的。在自贸试验区中，首先就必须打破这种区隔，即实施内外贸规则一体化。因此，作为调整内外贸的两套法律系统必须一体化。对自贸实验区法院来说，就面临着法律的一体适用问题，也即无论内贸（内资），还是外贸（外资）都适用相同的法律问题。

¹⁸ 参见最高人民法院关于适用中华人民共和国合同法若干问题的解释（二）第七条之规定，《中华人民共和国合同法》规定了“交易习惯”的法条共九条，即第二十二条、第二十六条、第六十条、第九十二条、第六十一条、第一百二十五条、第一百三十六条、第二百九十三条、第三百六十八条。

¹⁹ 《民法通则》、《海商法》、《票据法》、《民用航空法》、《归侨侨眷权益保护法》等。

²⁰ 本文在后文中将论及。

对于自贸区司法而言，法律的一体适用，首先，适用外贸(外资)法律系统。也就是说，当两套法律系统针对一种行为模式有两套处理模式时，优先选择适用外贸(外资)法律系统。因为自贸试验区肩负建立高标准国际经贸规则的使命。其次，只有涉及到冲突法规范时，内贸(内资)与外贸(外资)才有区别。因为，外贸(外资)还得适用冲突法规范。最后，法院必须进一步梳理、清理内外贸(资)两套法律系统中所有冲突的法律规范并报送有关立法机关或上级法院，通过立法或司法解释的方式废止或修订这些法律。

八、结论

(一) 自贸试验区法院的设立、有机整合 ADR 机制、法官负责制、尊重商业判断、遵循先例原则、商事惯例成为法院、法律的一体适用等构成了自贸试验区司法试验系统。而这个系统要发挥充分优势，则无法舍弃其中任何一部分。

(二) 只有经过自贸区司法试验而成熟的做法，才能成为可复制、可推广的司法经验与规则的一个组成部分。

中国（上海）自由贸易试验区的立法挑战及展望

——以授权立法为视角

陈俊*

内容摘要：设立中国（上海）自由贸易试验区是国家战略。上海自贸区的发展，承担着制度创新的使命，需要在立法上支持和服务自贸区先行先试的改革举措，为我国深化改革开放提供可供推广的“制度试验田”。当前，上海自贸区的启动和运作面临立法上的新课题，需要通过授权立法等手段，应对时代挑战。为此，文章以授权立法为视角对上海自贸区面临的立法挑战作了展望：一是上海自贸区对立法保障的需求；二是立法上的障碍及突破思路；三是对授权立法等立法保障举措的展望。

关键词：上海自贸区；立法；授权立法

导言

设立中国（上海）自由贸易试验区是一项重大的国家战略。中国（上海）自由贸易试验区是国务院于今年8月正式批准设立的中国大陆第一个自由贸易试验区。根据国务院今年9月27日公布的《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》的要求，“上海自贸区的总体目标是，经过两至三年的改革试验，努力形成促进投资和创新的政策支持体系，着力培育国际化和法治化的营商环境，力争建设成为具有国际水准的投资贸易便利、货币兑换自由、监管高效便捷、法制环境规范的自由贸易试验区，为我国扩大开放和深化改革探索新思路和新途径。任务是形成与国际投资、贸易通行规则相衔接的基本制度框架。”^①

而要“着力培育国际化和法治化的营商环境，力争建成法制环境规范的自由贸易试验区”，没有立法保障不行，没有前瞻、开拓、创新、接轨国际通行规则的新型立法更不行，尤其是在上海自贸区已率先承载为全国深化改革先行先试的战略任务面前，上海自贸区的运行十分需要通过授权立法等保障手段，以完成时代赋予其的探索使命。

授权立法通常可指“立法机关授权有关国家机关依据所授予的立法权进行立

*作者系华东政法大学教授，法学博士，博士生导师。

^①谢卫群：《上海自贸区：推进改革开放的“试验田”》，载《人民日报》2013年9月28日第4版。

法的活动。”^① 在我国的授权立法实践中，国务院和经济特区的授权立法，曾经在改革开放的重要历史时期发挥了重要作用，促进了全国改革开放的发展。

在改革开放三十五年后，上海自贸区的建立，成为举国关注之国家战略，而上海自贸区遇到的问题，却是改革开放以来在经济发展中没有遇到过的。这些问题涉及制度创新，需要一系列的立法制度创新，但由于涉及现行法律制度和中央事权，上海市地方立法难免力不从心，尚需通过授权立法等多种手段，“培育国际化和法治化的营商环境”。以下作一具体分析。

一、上海自贸区对立法保障的需求

自由贸易区（free trade zone）是指两个以上的国家或地区通过签订自由贸易协定，相互间取消绝大多数货物和服务的关税、非关税壁垒及市场准入限制，促进商品、服务与资本、技术、人员等生产要素自由流动，促进贸易和投资自由化，实现优势互补、共赢发展的特殊区域。

在经济全球化的背景下，建立自由贸易试验区符合当今全球经济一体化的发展趋势。以当今世界主要经济体美国和欧盟为例。目前，美国、欧盟的自由贸易协定伙伴分别为 20 个和 53 个，他们同其自由贸易协定伙伴的进出口额占其外贸总额的比重约为 37%和 30%。相较之下，中国大陆与自由贸易协定伙伴的贸易额只占我国外贸总额比重的约 11%。因此，建立中国大陆第一个自由贸易试验区上海自贸区，对于我国融入经济全球化，带动国内经济发展，十分重要。

我国自加入 WTO 以来，商品贸易发展很快，但在服务贸易上还比较落后。为此，我国国民经济和社会发展“十二五规划纲要”强调指出：“把推动服务业大发展作为产业结构优化升级的战略重点，营造有利于服务业发展的政策和体制环境”。^②

而扩大服务业开放是上海自贸区的聚焦点之一，有利于促进我国服务业改革。与此同时，上海自贸区的开放，将会带动我国贸易、金融、税收、政府管理等一系列政策变革，而这些改革，有利于培育我国面向全球的竞争新优势，打造“中国经济升级版”。

^①周旺生著：《立法学》，法律出版社 2009 年 8 月版，第 303 页。

^②《中华人民共和国国民经济和社会发展第十二个五年规划纲要》，人民出版社 2011 年 3 月版，第 45 页。

从国际上看，发展的好的自由贸易区，都得益于其背后良好的法制环境，得益于所在国家相关的立法支持。就上海乃至中国而言，上海自贸区的启动和运作，同样需要有立法保障，需要“着力培育国际化和法治化的营商环境，力争建成法制环境规范的自由贸易试验区”。

特别是，上海自贸区的发展，从起步开始，就要面临我国其他区域包括经济特区所尚未遇到的诸多新型的经济社会关系和经济行为。例如，在服务贸易、金融领域的扩大开放中，将会面临很多经济新业态，需要有法可依、有序地推进发展。

为什么上海自贸区的起步发展需要制度特别是立法制度的支持？这与法律制度的独到功能是分不开的。“法律是社会关系的调整器、社会利益的分配器、社会秩序的稳定器。立法是人民意志的汇集和表达，立法的主要功能在于合理分配社会利益，调整社会利益关系。”^①法律制度对自贸区的运行和壮大，能够发挥其特有的引导、规范、促进、保障等作用。

例如，立法制度的支持有助于营建法治化的营商环境，引导自贸区发展的走向。通过立法的引导，自贸区内外的社会关系主体将会知道自身和其他主体可以从事哪些行为、不可以从事哪些行为，可以知道法律将会鼓励在自贸区从事哪些活动，进而形成稳定的预期。

例如，立法制度的支持可以规范自贸区发展面临的各种社会关系，有序自贸区的发展。立法对自贸区运作中诸多社会关系和众多主体行为的调整，主要通过权利义务的设定和运行来实现，能够比较容易地规范自贸区发展中的诸多社会关系和各种行为。这是其他调整手段所难以做到的。

又如，立法制度的支持可以满足自贸区起步发展对法律制度的需求，扩大自贸区从业主体的权利和自由，促进各方利益最大化。自贸区的启动，没有从业主体利益最大化的驱动和追求，没有合法利益的支持和保护，就难以有主动谋发展的积极性和驱动力。立法对这些利益的促进和需求的满足，相较其他手段，具有稳定性、规范性、可预测性等优势。

按照国务院公布的《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》的要求，“上

^①李林：《怎样以法治凝聚改革共识》，载《北京日报》2013年3月11日第17版。

海自贸区的总体目标是，经过两至三年的改革试验，努力形成促进投资和创新的政策支持体系，着力培育国际化和法治化的营商环境，力争建设成为具有国际水准的投资贸易便利、货币兑换自由、监管高效便捷、法制环境规范的自由贸易试验区，为我国扩大开放和深化改革探索新思路和新途径。”由此可知，上海自贸区建立后，直接面临着为我国扩大开放和深化改革探索新途径的历史任务，对立法保障存在内在的强劲的需求，迫切需要在法制的轨道上有序前进。

二、上海自贸区运作面临的立法障碍及突破思路

上海自贸区的启动和运作不能缺失立法保障。基于这样的认识，经过中央和上海的共同努力，上海自贸区的发展初步具备有法可依的平台保障。这一平台保障，可以分为中央立法层面的平台保障和上海地方立法层面的平台保障。以下作一分述。

（一）中央立法层面的平台保障

今年8月，国务院正式批准设立中国（上海）自由贸易试验区。2013年8月30日，第十二届全国人民代表大会常务委员会第四次会议决定：“授权国务院在上海外高桥保税区、上海外高桥保税物流园区、洋山保税港区和上海浦东机场综合保税区基础上设立的中国（上海）自由贸易试验区内，对国家规定实施准入特别管理措施之外的外商投资，暂时调整《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》和《中华人民共和国中外合作经营企业法》规定的有关行政审批。上述行政审批的调整在三年内试行，对实践证明可行的，应当修改完善有关法律；对实践证明不宜调整的，恢复施行有关法律规定。”^①以上决定自2013年10月1日起施行。

以上决定，可以视为全国人大常委会通过特殊方式的“立法授权”，授权国务院“暂时调整”三部法律在上海自贸区的实施。这是在中央立法层面对上海自贸区运作所作的一个支持举措。

而国务院于今年9月27日公布的《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》也提出：“上海市要通过地方立法，建立与试点要求相适应的试验区管理制度。”

^①《全国人大常委会关于授权国务院在中国（上海）自由贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》，载《人民日报》2013年8月31日第4版。

这可以视为国务院对上海市通过地方立法，打造服务上海自贸区发展的制度保障平台所提出的希望和要求，也是国务院层面作出的一个支持表态。

此外，《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》也对国务院有关部委通过立法保障支持上海自贸区运作，提出了要求。例如，该《方案》明确：“在航运服务领域，放宽中外合资、中外合作国际船舶运输企业的外资股比限制，由国务院交通运输主管部门制定相关管理试行办法。”这一规定，可以视为是国务院对所属部委支持上海自贸区运作的要求，而有关部委通过立法的方式作出支持，也是在中央部门规章立法层面提供的一个平台保障。

以上是迄今中央立法层面对上海自贸区顺利运行所提供的平台保障，实现了“有比无好”。但是，对上海自贸区的推进来说，从“有比无好”到“多比少好”，是更加需要的需求。

（二）地方立法层面的平台保障

在全国人大常委会作出《关于授权国务院在中国（上海）自由贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》之后，为了与中央立法层面对上海自贸区的决定相衔接，今年9月26日，上海市十四届人大常委会第八次会议表决通过了《关于在中国（上海）自由贸易试验区暂时调整实施本市有关地方性法规规定的决定》。

该《决定》一方面对接了全国人大常委会的决定，另一方面，也为对接国务院有关行政法规的调整，留出了空间。毕竟，国务院可能需要在往后相应作出暂时调整实施部分行政法规的决定，以便在行政法规立法层面为上海自贸区的运作提供支持。

上海市人大常委会的该《决定》，可以视为上海市人大常委会在地方立法层面，落实和对接中央立法及决定，推进上海自贸区发展，所作的一个保障努力。该《决定》明确：“一、根据《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在中国（上海）自由贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》的规定，在中国（上海）自由贸易试验区内，对国家规定实施准入特别管理措施之外的外商投资，停止实施《上海市外商投资企业审批条例》。凡法律、行政法规在中国

（上海）自由贸易试验区调整实施有关内容的，本市有关地方性法规作相应调整实施。二、本市其他有关地方性法规中的规定，凡与《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》不一致的，调整实施。”^①

以上《决定》通过以点见面式的规定，展现出自身开放性包容性的一面，在上海市地方立法层面上，为上海自贸区的发展提供了保障平台。

（三）现有立法层面平台保障的不足及障碍突破

正因为现行法律制度（包括中央和地方立法）难以满足上海自贸区的运作需求，所以在上海自贸区建立后，中央和地方层面的立法保障举措相应推出，打造立法层面的保障平台。但是，该平台的保障还有不足，还有不少障碍需要去突破。具体分析如下。

1. 授权国务院“暂时调整”法律规定并不是“授权立法”。

虽然，《关于授权国务院在中国（上海）自由贸易试验区等国务院决定的试验区内暂时停止实施有关法律规定的决定（草案）》中的表述是“暂时停止实施”，而今年8月30日第十二届全国人民代表大会常务委员会第四次会议通过的《全国人大常委会关于授权国务院在中国（上海）自由贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》中的表述是“暂时调整”，用“暂时调整”一词，有利于避免“暂停实施”现行法律给公众带来的疑惑和误解。但是，“暂时停止实施”和“暂时调整”有关法律规定的行政审批，实质上并没有多大不一样。

从实质上看，全国人大常委会授权国务院“暂时调整”法律规定并不是“授权立法”。因为，授权国务院调整的只限于《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》和《中华人民共和国中外合作经营企业法》三部法律规定的有关行政审批事项。

而要授权国务院对上海自贸区立法，必然涉及“制度创新”这一上海自贸区的历史使命，并且这种制度创新当然不限于外资企业法、中外合资经营企业法、中外合作经营企业法等法律及其所涉及的领域，将会扩大到金融、航运、服务、

^①《上海市人民代表大会常务委员会关于在中国（上海）自由贸易试验区暂时调整实施本市有关地方性法规规定的决定》（2013年9月26日上海市第十四届人民代表大会常务委员会第八次会议通过），载《解放日报》2013年9月27日第2版。

政府管理等领域的改革开放，从而牵引出一系列相关法律法规的制度变革。

因此，授权国务院“暂时调整”三部法律规定的支持举措，系“就事论事”地优先解决“点”上的问题，而不是“面上”的问题。这种举措，需要动态地做“点”上的加法，效率上有欠缺，这是一个不足。

2. 国务院《总体方案》中对上海地方立法的要求也不是“授权立法”。

国务院公布的《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》明确提出：“上海市要通过地方立法，建立与试点要求相适应的试验区管理制度。”在《方案》中，国务院对上海市地方立法提出了要求。但是，该要求还不能视为是国务院对上海地方立法先行先试的授权。

虽然，国务院是最高国家行政机关，其制定的行政法规的位阶要高于上海市的地方立法，然而国务院却不适宜对作为地方权力机关的上海市人大的地方立法作出授权。据此，如果视《方案》中国务院的要求是其对上海地方立法的授权，那也只能是国务院对同属行政机关性质的上海市人民政府进行立法授权。不过，这也会使人产生疑惑：立法权限范围小于上海市人大及其常委会的上海市政府能否承载如此重任，其创制性立法的合法性依据有无问题？

3. 上海地方立法的平台保障权限有限，受制颇多。

在全国人大常委会作出《关于授权国务院在中国（上海）自由贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》之后，上海市人大常委会也表决通过了《关于在中国（上海）自由贸易试验区暂时调整实施本市有关地方性法规规定的决定》，对全国人大常委会的决定作出呼应。

需指出的是，上海市人大常委会的该《决定》，是跟随着中央立法层面的调整而调整的，被动性似乎多于主动性。目前，是停止实施《上海市外商投资企业审批条例》，今后，是视法律、行政法规的调整而扩大停止实施相关上海市地方立法。

而对于上海自贸区的先行先试和“制度创新”探索使命而言，上海地方立法层面的平台保障受限于自身的立法权限和法律、行政法规上位法的规定，受制较多，难以充分发挥作用，保障和推进上海自贸区发展的力度会打折扣。因此，倘

若能够获得全国人大常委会的立法授权，上海市人大及其常委会的立法保障和制度创新将会拥有广阔的空间和用武之地。

三、对授权立法等立法保障举措的展望

（一）现有立法障碍与授权立法救济

1. “制度创新”对立法的挑战

上海自贸区的设立，不同于改革开放初期设立深圳等经济特区时注重给予政策优惠的支持，不是赋予优惠政策，而是寄望作出“制度创新”，先行先试。正如上海市委书记韩正接受人民日报、新华社等媒体集体采访时所说的：“在决策过程中，冠以‘中国（上海）自由贸易试验区’这个名字，是中央领导明确提出的总的设计和大的框架，以制度创新为内涵。”^①

而上海自贸区要进行的制度创新，涉及众多领域。按照国务院公布的《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》，上海自贸区的主要任务和措施包括：“（一）加快政府职能转变、（二）扩大投资领域的开放、（三）推进贸易发展方式转变、（四）深化金融领域的开放创新、（五）完善法制领域的制度保障。”^②

可见，仅就上海自贸区的主要任务和措施而言，其制度创新所涉领域颇多。具体就扩大服务业开放领域而言，还包括“金融服务领域”、“航运服务领域”、“商贸服务领域”、“专业服务领域”、“文化服务领域”、“社会服务领域”，并且，这些类别的领域又包括更细的领域。因此，《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》专门在主要任务和措施中列出“法制领域”，强调要“完善法制领域的制度保障”。而要“完善法制领域的制度保障”，实际上直接对立法提出了要求，提出了挑战！

2. “国家事项”对立法的挑战

在《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》中，涉及大量的“国家事项”。这也不奇怪。毕竟，设立中国（上海）自由贸易试验区是国家战略。“试验区肩负着我国在新时期加快政府职能转变、积极探索管理模式创新、促进贸易和投资

^①《有责任 有压力 有目标 有信心 韩正就上海自贸试验区运行接受人民日报、新华社、解放日报、文汇报集体采访》，载《解放日报》2013年11月7日第1版。

^② 请参见国务院今年9月27日公布的《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》。

便利化，为全面深化改革和扩大开放探索新途径、积累新经验的重要使命，是国家战略需要。”^①

按照常规的逻辑，如此重要的国家战略，需要有与之相应的国家立法来作出保障。换言之，上海自贸区进行“以制度创新为内涵”的立法保障探索，对所涉诸多国家事权的内容，由全国人大及其常委会来立法比较妥当。或者，对一些非基本制度的事项，由全国人大及其常委会授权国务院、省级人大来立法，也属正常的逻辑。

目前，全国人大常委会授权国务院“暂时调整”《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》和《中华人民共和国中外合作经营企业法》三部法律规定的有关行政审批事项，此举有些类似于对国务院进行“授权立法”。如果说，这是在国家事项的立法调整上开了个小口子，但这个口只对国务院而不及于上海自贸区所在地的地方人大。

3. 授权立法对上海地方立法的救济

上海自贸区应兴应革之事，需要上海市通过地方立法作出应对。上海作为自贸区所在地行使立法权促进自贸区发展，可以找到的依据之一是，国务院公布的《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》中提到：“上海市要通过地方立法，建立与试点要求相适应的试验区管理制度。”但是，《方案》中的该要求，不能视为国务院对上海地方人大立法的授权。国务院作为最高国家行政机关，不适宜对作为地方权力机关的上海市人大的地方立法作出授权。

因此，对于上海自贸区所在地的上海市人大及其常委会来说，一方面要责无旁贷地通过地方立法支持和保障上海自贸区的运作，另一方面也面临地方立法无权涉足国家事项的困境。例如，上海市地方立法要进行制度创新，难免涉及一些诸如“民事基本制度”、“基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度”的事项，而根据《立法法》的规定，这些事项属于国家立法权事项，只能由法律作出规定。

突破以上立法障碍的思路之一，可以考虑授权立法之救济。有先例可循的是，改革开放初期，为了保障经济特区的发展，先行先试，为全国改革开放提供“试

^①请参见国务院今年9月27日公布的《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》。

验田”，全国人大及其常委会几次授权深圳、厦门、珠海、汕头的地方人大及其常委会开展立法，取得了很好的效果。

在改革开放进入新阶段、步入深水区的今天，上海自贸区的发展也承担着为新一轮改革开放探路的历史使命，倘若上海地方人大获得全国人大及其常委会的立法授权，那将是一个强有力的支持和保障。

（二）发挥国务院部委立法的作用

上海自贸区的运行，仅靠上海市的力量是力不从心的。正如上海市委书记韩正指出的：“在形成试验区总体方案和筹备、推进的整个过程中，我们得到了国务院各相关部门的直接帮助和支持指导。商务部付出了很大努力，国务院各相关部门比如国家发改委、工业和信息化部、财政部、交通运输部、人民银行、海关总署、工商总局、质检总局、国务院法制办、国务院发展研究中心、银监会、证监会、保监会等等，共同参与、指导帮助，合力推进。”^①

也正因为上海自贸区总体方案的形成离不开国务院各部委的共同参与与合力推进，该总体方案对国务院各部位提出了协同协作和立法的要求。例如，要求“加强各有关部门与上海市政府的协同，提高维护经济社会安全的服务保障能力。”又如，要求“加强海关、质检、工商、税务、外汇等管理部门的协作。”

而国务院各部门的协同协作，需要通过各自立法的方式予以体现。为此，《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》也对国务院有关部委通过立法支持上海自贸区运作，提出了要求。例如，该《方案》明确：“在航运服务领域，放宽中外合资、中外合作国际船舶运输企业的外资股比限制，由国务院交通运输主管部门制定相关管理试行办法。”

以点见面，除了在航运服务领域，在其他属于国务院所属部委职权管理的事项和领域，有关部委通过及时出台部门规章的方式作出支持，需要成为上海自贸区运作和发展的一个平台保障，并且需要常态化。

（三）发挥地方立法的主动性积极性

尽管，设立中国（上海）自由贸易试验区是国家战略，上海自贸区肩负着我

^①《有责任 有压力 有目标 有信心 韩正就上海自贸试验区运行接受人民日报、新华社、解放日报、文汇报集体采访》，载《解放日报》2013年11月7日第1版。

国加快政府职能转变、积极探索管理模式创新、促进贸易和投资便利化，为全面深化改革和扩大开放探索新途径、积累新经验的战略使命，并且许多应兴应革之事项属于国家事项，但上海的地方立法并不能因此而无所作为或不作为。

在全国人大常委会作出《关于授权国务院在中国（上海）自由贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》后，上海市人大常委会也作出了《关于在中国（上海）自由贸易试验区暂时调整实施本市有关地方性法规规定的决定》，在立法上呼应了全国人大常委会的决定。上海市人大常委会的决定，目前是停止实施《上海市外商投资企业审批条例》的规定，并不排除停止实施其他上海市地方性法规的规定。也就是说，上海市地方立法需要随着全国人大常委会相关决定的调整而与时俱进地调整，作出落实和贯彻，需要有所为，至少不能不作为。

除了以上这些带有被动性呼应性色彩的立法调整，上海市地方人大及其常委会还有责无旁贷的义务，即作为上海自贸区所在地的地方权力机关，需要积极主动地行使“先行制定地方性法规”权，服务于上海自贸区的发展战略。

《立法法》第六十四条规定：“除本法第八条规定的项外，其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的，省、自治区、直辖市和较大的市根据本地方的具体情况和实际需要，可以先制定地方性法规。在国家制定的法律或者行政法规生效后，地方性法规同法律或者行政法规相抵触的规定无效，制定机关应当及时予以修改或者废止。”

这一规定，就为上海市人大及其常委会行使先行立法权，对上海自贸区启动和运作中的制度创新探索作出立法支持，提供了一个充分、有力的法律依据。而充分援引和行使该先行立法权，将有利于拓宽上海市地方立法的空间，也有利于为上海自贸区的先行先试提供支持。

在此基础上，对上海市政府出台的有关上海自贸区管理的规范性文件^①，经过实践检验较为成熟的，并且值得在全国复制、推广的制度创新做法，也需要及时通过立法程序，使之上升为地方性法规，以使之获得更加稳定更具权威的保障。

^①这些规范性文件包括：今年9月上海市政府公布的地方政府规章《中国（上海）自由贸易试验区管理办法（市政府令第7号）》和上海市政府公布的《中国（上海）自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2013年）》（沪府发〔2013〕75号）、《中国（上海）自由贸易试验区外商投资项目备案管理办法》（沪府发〔2013〕71号）和《中国（上海）自由贸易试验区外商投资企业备案管理办法》（沪府发〔2013〕73号）、《中国（上海）自由贸易试验区境外投资项目备案管理办法》（沪府发〔2013〕72号）、《中国（上海）自由贸易试验区境外投资开办企业备案管理办法》（沪府发〔2013〕74号）等。

“自贸区”授权决定的性质及其合法性之辩

林彦（上海交通大学凯原法学院副教授）

一、决定的内容

- 1、“暂时停止实施该项行政审批”
- 2、“改为备案管理”

二、本次授权决定至少包含以下几个值得探讨的法律问题

- 1、授权决定的性质是什么？是立法授权、执法授权、还是法律修改？授权的方式是否合法？
- 2、国务院能否自行免除执法义务？
- 3、全国人大常委会能否授权国务院暂行实施全国人大制定的法律并改变法律的执行方式？（《外资企业法》、《中外合资经营企业法》）
- 4、全国人大常委会能否授权国务院免除部分地区的执法义务是否合法？

三、对相关问题的初步回应

（一）授权决定的性质

1、暂停法律的实施：免除执法义务

作为立法者，全国人大常委会免除国务院的执法义务应该不成问题，但采用何种方式免除则是值得讨论的。

如果国务院无权自行免除执法义务，那么此项授权应该在宪法第八十九条第（十八）项框架进行理解，而不能依据《立法法》第九条进行解读。

2、改变法律规则：构成法律修改

将审批制改革备案制构成了对现行有效法律规则的修改。采用授权决定的方式进行修改不符合《立法法》的程序要求。国务院因此所获得授权的合法性存在问题。

（二）国务院是否有权自行免除执法义务？

1、国务院的职权

国务院：两种角色，两种职权

两种角色：“最高国家权力机关的执行机关” + “最高国家行政机关”

田家英：“不写国务院是权力机关的执行机关，怕被人误会是三权分立”¹。

作为执行机关，面对一项明确的执法义务，国务院应无权在未经授权的情况下自行予以免除。

“最高国家行政机关是指国务院在全国的各级行政机关中，处于最高的领导地位，国务院所属的各部委和地方各级行政机关都要服从国务院的领导。”²

如果“最高”仅仅体现为国务院在行政机关体系内的领导地位，而不包括其对于立法、司法机关的独立地位，那么，行政职权并不包含免受其他机关制约和监督的区域，特别是并不存在免受立法、司法监督的最终决定权。

如果“最高”当然包含了权力独立的因素，那么，国务院的行政职权应当包含某些最终决定权。

然而，宪法第 89 条缺乏“执行法律”、“实施法律”等明确的职权条款，这是一个不应有的立法漏洞。该条 18 项明确的权限仅有一项涉及到执行，即“执行国民经济和社会发展规划和国家预算”（第（五）项）。当然，其首要职权也可以被理解为使执行性的，即“根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令”。有 6 项权力以“领导”为开头。

在缺乏“执行法律”、“实施法律”等明确的职权条款的情况下，从理论上说，国务院似乎具有在执法方面的最终决定权，包括对执法框架、时间以及空间的安排。更极端的说，这个权力也可以被解释为包括了不承担执法责任的决定。

当然，允许国务院不依法履行甚至放弃执法的职责，那么立法权将形同虚设，也将极大地破坏人民代表大会制度的基本框架和权力结构。可能也正基于这种考量，宪法并未将全国人大常委会对国务院的监督权约束在合法的范围内。（宪法第六十七条第（六）项）

¹ 蔡定剑：《宪法精解》，法律出版社 2006 年版，第 373 页。

² 蔡定剑：《宪法精解》，法律出版社 2006 年版，第 373 页。

（三）全国人大常委会能否授权国务院暂行实施全国人大制定的法律并改变法律的执行方式？

根据宪法规定，全国人大常委会分享、代行全国人大职权的清醒是有限的、明确的。根据宪法第六十七条的规定，只有以“在全国人民代表大会闭会期间”为时间状语的条文才存在分享、代行全国人大职权的可能性。据此，全国人大常委会无权作出上述授权。

（四）全国人大常委会能否授权国务院免除部分地区的执法义务是否合法？

仅就《中外合作经营企业法》

法律通过积极授权法地方式赋予国务院制定配套行政法规的权力已经成为一种立法惯例，同样常见的是全国人大常委会赋予地方立法机关制定变通性的地方性法规的权力。

因此，在授权行为本身合法性不存在疑问的情况下，免除部分地区的执法义务是符合立法惯例的。

我们需要什么样的陪审制？*

——以 D 区法院陪审制改革为样本

吴英姿

内容提要：《关于完善人民陪审员制度的决定》没有明确陪审制的目的，社会对陪审制的作用存在多元期待。陪审制目标多元，导致陪审制功能定位模糊，陪审员角色多元，为法院的目标所置换。陪审制因服务于法院的需要而与社会疏离。因为缺乏目的论的指引，理论研究多滑向移植他国制度或“存在即合理”的两个极端。陪审制的目的应该是“让裁判体现民意”。藉此陪审制的功能应重新确定为：构建司法过程中的公共领域，保障司法的公共理性。为此，必须对陪审制进行以祛除审判权本位主义为重点的制度重构。

关键词：陪审制 民意 目的论 公共理性 公共领域

一、中国陪审制问题重述

《全国人民代表大会常务委员会关于完善人民陪审员制度的决定》（以下简称《决定》）施行以来，陪审制的作用并未得到明显改善。陪审员代表性不足、陪而不审等老问题依然存在。有学者批评实践中的陪审制只剩下作为司法民主象征的意义，不仅未能实现《决定》完善陪审制的初衷，反而增加司法成本和法院管理负担。^[1]但是法院对陪审制的态度一直很积极。最高法院不仅是《决定》出台的第一推手，^[2]而且在《决定》通过后很快联合司法部发布《关于人民陪审员选任、培训、考核工作的实施意见》（2004 年），又于 2005 年制定了《关于人民陪审员管理办法（试行）》，将完善陪审制列入人民法院“二五”、“三五”改革纲要；还会同司法部、财政部等联合颁布系列规范性文件。各地法院不断推出改革新举措，比如“海选”陪审员、搞“人民陪审员团”、“人民评议团”实验，等等。就在学者们对这些改革的前景各执一词^[3]的时候，最高法院又于 2010 年连续发布《关于人民陪审员参加审判活动若干问题的规定》和《关于进一步加强和推进人民陪审员工作的若干意见》等。

学者纷纷猜测法院复兴陪审制的原因。有人指出法院的功利性动机，即为解决“案多人少”压力、法官专门知识缺乏、以及应对涉法上诉调解、信访工作、执行难等需要，把陪审员当做“召之即来挥之即去”的廉价劳动力，发挥陪审员在协助开庭、调解、协调、执行等方面的作用，也通过审判员向社会传递法院的困难与努力，说服当事人接受裁判，争取社会对法院的理解同情，减少涉诉信访等等；至于法官对“特别陪审员”（如专家、妇联干部、专职调解员等陪审员）的偏好，不过是为了创立一种获取有助于解决纠纷信息的费用最小化的结构。^[4]有人尖锐地指出，法院是用陪审制这个“公正的外衣”来包裹其追求效率的目的。

* 作者单位：南京大学法学院 210093

本文为复旦大学 985 三期整体推进社会科学研究项目“维护社会公平正义的司法制度建设研究”（项目号 2011SHKXZD015）阶段性成果；国家社科基金项目“作为人权的诉权理论——基于诉讼程序的实证研究”（项目号：08BFX062）的阶段性成果。

[1] 何家弘主编：《中国的陪审制度向何处去》，中国政法大学出版社 2006 年版；吴丹红：《中国式陪审制度的省察——以〈关于完善人民陪审员制度的决定〉为研究对象》，《法商研究》2007 年第 3 期，刘哲伟：《人民陪审员制的现状与未来》，《中外法学》2008 年第 3 期，等等。

[2] 最高法院 1998 年就提出，要探索人民陪审员制度改革；先后于 2000 年、2004 年两次提交立法草案。

[3] 汪建成：《非驴非马的“河南陪审团”改革当慎行》，载《法学》2009 年第 5 期；汤维建：《人民陪审员制度试点的评析和完善建议》；吴英姿：《陪审制、民意与公民社会——从河南人民陪审员改革实验展开》；刘加良：《人民陪审员团制：在能与限度之间》，《政治与法律》2011 年第 3 期。

[4] 胡凌：《人民陪审员制度的多面向解释》，载苏力主编：《法律和社会科学》（第二卷），法律出版社 2007

^[5]陪审制因此发生功能变异,“监督司法”的原初价值逐渐消退。^[6]陪审员完全服务于法院的需要,^[7]成为司法辅助者,扮演的是人力补充、协调和知识提供者的角色。^[8]多数人对于陪审制的前景感到迷茫。有的人悲观地称之为“鸡肋”,^[9]有的则承认“专家陪审员”和“陪调员”、“陪执员”就是中国陪审制的发展方向。^[10]

对陪审制前景的茫然,暴露的是研究者的盲目。彭小龙通过《决定》出台前法官人均审案数、普通程序陪审率、上诉率和一审错误率的等数据的变化,推测《决定》的出台是暗合了社会各方需要,承载了推进司法民主、维护司法公正、强化司法监督、提高司法公信力等多重功能。尽管该研究在因果关系的构建与论证上存在诸多漏洞,几个数据的年度跨越不一致,对分析工具的理解运用不够清晰精致,多少影响了其结论的周延性,但还是提出了一个值得进一步验证的问题:陪审制功能定位多元,制度目的不明。从逻辑上讲,行动主体的目的可以是多元的,但其中的风险也很明显:如果不同目的之间存在冲突,就可能导致事实上的目的不明。行动主体多元而目的不明状态下,博弈结果自然是强势者决定行动目标。这或许是陪审制畸形发展的根本原因。需要引起重视的是,转型时期社会对法律的需要本来就蕴含多元目标,而法学研究在“目的论”层面的探讨十分薄弱,客观上削弱了立法与司法制度建设的科学性与运作实效。陪审制在中国经历了从无到有,由盛转衰,再度复兴的过程,目前处于问题重重、何去何从的十字路口,恰是中国司法制度乃至整个法律制度的缩影。从这个意义上说,以目的论为指引重新审视陪审制,对中国的法制研究具有标本价值,或许能够在中观层面揭示中国法制发展的一般命题。因此,陪审制的问题可以重述为:我们究竟需要怎样的陪审制?

二、D区法院陪审制改革调查

2011年10月-2012年1月,笔者参与并组织了N市D区法院人民陪审员制改革调研活动。D区法院调研目的是,调查本院陪审制运行情况,总结改革成果,发现存在的问题,为进一步完善陪审制奠定基础。我们调研后发现,其陪审制运作状况与既有研究、新闻报道所揭示的情况基本吻合,具有个案研究价值。本文遂以之作为论证问题意识和实证分析的主要依据。

本次调研采用的调查方式有问卷、结构性访谈和统计分析。^[11]调查的对象包括社会公众、D区法院(有法官资格的)法官、陪审员。由于法官和陪审员的人数有限(法官48名,陪审员51名),为避免样本过少,故采取普查方式。在政治处的协助下,法官和陪审员的问

年版,第103-127页。

^[5] 曾晖、王箬:《困境中的陪审制度——“法院需要”笼罩下的陪审制解读》,《北大法律评论》(第8卷第1辑),北京大学出版社2007年版;刘哲伟:《人民陪审员的现状与未来》,《中外法学》2008年第3期;李晟:《公正包装效率——从〈关于完善人民陪审员制度的决定〉第4条切入》载徐昕主编:《司法程序的实证研究》第2辑,中国法制出版社2007年版。

^[6] 李拥军:《我国人民陪审员制度的现实困境与出路——基于陪审复兴背后的思考》,《法学》2012年第4期。

^[7] 刘晴辉:《对中国陪审制度的实证研究》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2007年1期;“中国陪审制度研究”课题组:《中国陪审制度研究——以成都市武侯区人民法院陪审工作为对象》,《法律科学》2008年第6期;曾晖、王箬:《困境中的陪审制度——“法院需要”笼罩下的陪审制解读》,《北大法律评论》(第8卷第1辑),北京大学出版社2007年版。

^[8] 彭小龙:《人民陪审员制度的复苏与实践:1998-2010》,《法学研究》2011年第1期。

^[9] 吴丹红:《中国式陪审制度的省察——以〈关于完善人民陪审员制度的决定〉为研究对象》,《法商研究》2007年第3期。

^[10] 胡凌:《人民陪审员制度的多面向解释》,载苏力主编:《法律和社会科学》(第二卷),法律出版社2007年版,第103-127页;刘哲伟:《人民陪审员的现状与未来》,《中外法学》2008年第3期;彭小龙:《人民陪审员制度的复苏与实践:1998-2010》,《法学研究》2011年第1期等。

^[11] 实证调查组主要由法学院师生组成,成员有:蔡琳老师,硕士研究生刘凯、唐科红、陆嫵池、刘舒、冯煜清。

卷回收率分别达到 87.5%（42 份）和 78.4%（40 份）。对社会公众的调查采取抽样调查式。调查组在公共场所随机调查，收集问卷 104 份，有效问卷 101 份。对法官、陪审员和公众进行结构性访谈二十余人。另外还收集了 D 区法院统计的审判员参审数据。

调查框架有陪审制的社会认同度、陪审制运作情况、社会对陪审制的期待等几个维度。

（一）陪审制的社会知晓度

陪审制的社会知晓度是了解社会对陪审制的关注情况。据说 2007 年 D 区法院向社会公开征集报名“海选”陪审员时，场面“火爆”，几天之内报名者超过了 300 人。但我们对社会公众的调查一开始就陷入尴尬。调查小组成员选择在广场、商店、餐厅、车站等公众聚集的场所，挑选看上去比较空闲人员作为调查对象进行访谈。然而，几乎所有的被访对象开头就表示：“不知道陪审制”，“没有听说过”，“不了解这个制度是干什么的”，或者表示对此话题不感兴趣，访谈因此进行不下去。后来调查人员先简要解释陪审制再开始访谈，情况有所改善。调查小组还利用法院保留的 07 年报名者资料中随机抽取了一些样本，对他们进行访谈和问卷调查，了解他们报名的动机以及对陪审制的看法。最后收集到 104 份问卷，有效问卷 101 份。对于“是否知道 D 区法院海选人民陪审员”的问题，被调查对象选择“不知道”的 56 份，占 55.4%，其他都是数表示“知道一点”。就了解途径而言，有 23 份选择“通过媒体”，9 份选择“通过法院宣传”。结合访谈印象，我们感觉总体上社会对陪审制的知晓度和关注度不高。

（二）陪审员遴选和管理

陪审员由法院遴选。D 区法院的“海选”是指“个人报名、法院选取”。07 年，D 区法院在 300 余名报名者中选取了 20 名报人大任命。在 2009 年，D 区法院采取“单位推荐、法院选取”的方式，重点在医疗、合同管理、建筑工程、知识产权等领域补充了 21 名陪审员，增幅 70%。在陪审员的职业构成上，绝大多数是党政、企业和群众团体中层以上（退休）干部、相关行业专家或专职调解员。其中不少是或曾经是人大代表、政协委员。党员比例超过九成。

D 区法院为陪审员成立专门的管理机构——“马兰工作室”，让陪审员进行自我管理。该机构用一位名叫马兰的陪审员的名字命名，并由她担任负责人。马兰是一位退休人员。她每天到工作室上班，法院给予一定的经济补贴。马兰工作室的主要工作是对陪审员进行日常管理，包括摇号抽取陪审员，通知联络陪审员，落实陪审工作具体事宜，配合法院组织陪审员参加培训，年末统计陪审数据等。

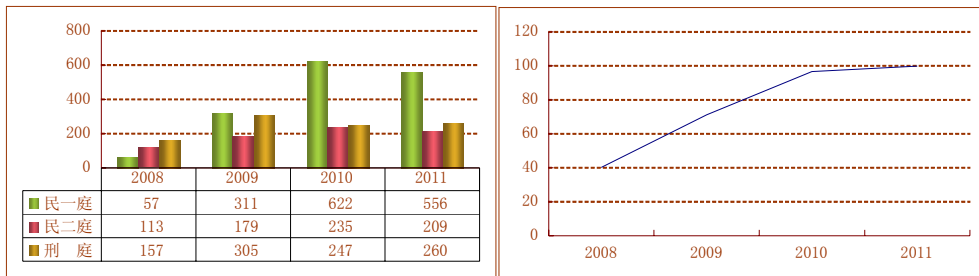
（二）陪审员的参与程度

陪审员的参与程度可以从陪审员在庭前是否查阅卷宗，庭上是否发问，合议时是否发表意见，其意见是否影响裁判等方面表现出来。问卷统计的结果是：65.8%的陪审员表示经常查阅卷宗。78.4%的陪审员和 71.4%的法官表示，陪审员在庭审过程中只是偶尔提问。86.8%的陪审员表示在合议时经常发言，但只有 40.5%法官支持这一事实，57.1%的法官说陪审员只是偶尔发言。89.5%的陪审员和 85.7%的法官表示陪审员与法官的意见“偶尔产生分歧”。而在“发生分歧时，陪审员是否表达自己看法”的问题上：64.9%的陪审员表示只是“偶尔表达”，47.6%法官的看法一致，但有 42.9%的法官说陪审员有不同意见时“经常会表达出来”。在陪审员意见对裁判产生影响的情况问题上，48.6%的陪审员和 35.7%的法官选择了“没有影响”，40.6%的陪审员和 59.5%法官表示选择了“偶尔产生影响”。以上说明，陪审员的参与程度不高。

（三）陪审制的运用情况

陪审制的实际运用状况，可以从具体案件谁来决定适用是否陪审制、什么案件适用，陪审制适用频率、陪审员参审频率等方面表现出来。

首先，在具体案件是否适用、什么案件适用陪审制方面，基本上是法官单方面决定。马兰工作室的工作流程是：法官向工作室发出需要陪审员的信号，工作室负责摇号抽取和联系落实具体陪审员。据马兰工作室统计的陪审员参审情况，2008-2010年D区法院普通程序陪审率和适用案件类型的变化情况如下：



各类案件适用陪审制数量

普通程序陪审率

从数据上看，各业务庭使用陪审制的数量逐年增长。其中民一庭的数据增长速度惊人：2009年比2008年增加了254件，2010年是2008年的10.9倍。2010年和2011年，全院普通程序陪审率都逼近100%。法官透露说，这是上级法院从2009年起将全年普通程序陪审率纳入法院绩效考核指标使然。法院选择适用陪审制的案件类型：一类是简单的、但不能适用独任制的案件；另一类是当事人可能不服裁判，有矛盾激化、引发上访信访风险的案件；还有一类是涉及专门领域的纠纷案件，如建筑工程纠纷、医疗纠纷、婚姻家庭纠纷等。虽然《决定》规定了当事人有要求陪审的权利，但当事人主动申请陪审员审理的几乎没有。对律师的访谈中，他们多表示不会代当事人申请陪审员参与，主要原因是不能判断陪审员参与对案件的审理有什么明显的影响。

其次，陪审员参审频率。2008年D区法院陪审员参审情况分布比较均匀，各陪审员抽中次数大体相当，最多的被抽中17次，最少的被抽中10次，平均在13次左右，抽取方法符合随机性，而且绝大多数陪审员被抽中即参加陪审的比例达到80%以上，有两位陪审员参加比例稍低，也接近50%。而2009年陪审员抽中次数明显不均衡，抽中后拒绝参审的人数和比率也明显提高。其中，2009年抽中次数最多者达58次，参审52次。第二名被抽中45次，参审42次；最少的两位只抽中5、6次。2010年这种不均衡加剧，抽中次数最多仍是同一位陪审员，达到84次，参审84次，可谓“金牌陪审员”；最少的一位只抽中1次。^[12]抽取的随机性下降，有明显的人为控制迹象。对此，马兰解释说有几个原因：一是有的陪审员工作忙，多次表示不能来参审，故干脆不纳入摇号范围；二是有的陪审员答应参加审理又临时有变故不能来的，那几位陪审积极分子会被请来“救场”；三是根据法官的建议为专业陪审员建子目录，分聋哑人、建设工程、道赔、医患、劳动争议等类型，涉及相关类型案件的陪审员主要在子目录中抽取。

第三，陪审员活动范围向调解、执行、信访、法制宣传等领域扩展。陪审员身兼监督员、调解员、宣传员、执行员，所谓“五位一体”。根据N市中院2009年制定的《人民陪审员管理办法》，陪审员可参与的工作包括：立案调解；普通程序中的调解、调查；简易程序案件的庭前调解；未成年人刑事案件被告的帮教、感化；判后答疑、息诉；民事申请再审案件

^[12] 一项统计表明，陪审员参审次数严重失衡现象是普遍现象。参见廖永安：《社会转型背景下人民陪审员制度改革路径探析》，《中国法学》2012年第3期。

当事人的和解或息诉服判；执行和解和执行裁决案件相关工作；涉诉信访接待等。^[13]

（五）陪审制的社会期待

对于“陪审制可以发挥什么作用”的问题反映了社会对陪审制的期待。我们根据前期访谈结果设计了“监督审判”、“民意影响裁判”、“弥补审判力量”、“说服当事人”、“法制宣传教育”、“自我学习提高”等六个可能的选项，允许被调查者做多项选择；还安排了“其他”作为开放性问题。调查结果显示，这六个选项都有相当的支持率，但没有人选择“其他”或填写具体内容。下面是各选项在不同调查对象中选择频率（由高到低排序）的对照表：

社会公众（有效问卷 99 份）	陪审员（40 份）	法官（42 份）
监督法官行使审判权（68 人占 68.7%）	让裁判体现民意（39 人，97.4%）	（并列）让裁判体现民意（36 人，占 85.7%）；通过陪审员向社会宣传法律（36 人，85.7%）
让裁判体现民意（60 人，60.6%）	通过陪审员向社会宣传法律（34 人，84.2%）	弥补审判力量的不足（33 人，78.6%）
（并列）有助于当事人服从法院裁判（46 人，46.5%），通过陪审员向社会宣传法律（45 人，45.5%）	监督法官行使审判权（33 人，81.6%）	监督法官行使审判权（28 人，66.7%）
弥补审判力量的不足（44 人，44.4%，其中八成有诉讼经历的人未选）	（并列）有助于当事人服从法院裁判（23 人，57.9%）；方便自己学习法律知识；（23 人，57.9%）	有助于当事人服从法院裁判（24 人，57.1%）
方便自己学习法律知识（27 人，27%）	弥补审判力量的不足；（18 人，44.7%）	方便自己学习法律知识（12 人，28.6%）

三、中国陪审制的核心问题：目的不明

在 D 区法院调查到的经验事实可以归纳为以下几点：第一，民众对陪审制印象淡漠，感觉疏远；第二，陪审员在审判方面的参与度不高，但其作用开始向调解、执行、信访等方面扩展；第三，陪审员构成精英化，代表性不足；第四，社会对陪审制作用的期待多元；第五，法院（审判权）对陪审制的运作起决定作用。如果说陪审员代表性不足、陪而不审是老问题，那么，法院对陪审制的控制使用和陪审员角色多元则是新动态。老问题与新动态背后深层次的问题是：陪审制目标不明与功能定位含糊。

古人眼睛为“目”，箭靶的中心目标为“的”，用眼睛瞄准中心目标即“目的”。目的是人们在根据需要进行有意识的活动时，基于对客观事物本质和规律的认识而形成的理想目标。^[14]目的具有以下要素：其一，需要。目的是行为主体根据自身需要预先确定的，需要构成行动者动机的主要成分，也是行动追求的效果。其二，意识。目的不是由自然原因导致的自然结果，而是人类自觉意识所认知的行为或活动所指向的对象或结果。其三，人与客观

^[13] 从中国法院网有关陪审员的专题新闻中可以看出，让陪审员参与法院其他工作的做法非常普遍。如《房县的“能动陪审”》，介绍法院分类使用陪审员和陪审员参与调解经验，2011-11-28；《涪陵法院“四化”建设打造专业陪审团队》2012-04-19；《吉州法院“编外法官”给力执行异议审查》，2011-11-21；《建阳法院：人民陪审员积极参与青少年帮教》，2011-11-22；《江西吉安：社区陪审员助推缓解执行难》，2011-11-22；《芦淞：心理咨询让陪审意义非凡》，2011-11-23；《铜山法院：四项“新招”确保陪审制度实效》，其“招数”包括：扩大陪审参与范围，推行专业陪审制度，推行双向督促机制，完善考核激励机制等；2011-12-30；《阳朔法院“三联动”做实人民陪审员工作》“三联动”即：诉调联动、协调联动以及宣传联动，2012-04-24；《宜州法院陪审员发挥“五位一体”作用》2011-11-10；《禹会人民陪审员调解案件显身手》，2012-04-23；《沅江法院人民陪审员不当“绿叶”当“红花”》，陪审陪调陪执，对案件“奉陪到底”，2012-02-21；等等。

^[14] 夏甄陶《关于目的的哲学》，上海人民出版社 1982 年版，第 7 页。

事物的关系。目的不是人的头脑中固有的或凭空想出来的，人确立目标的基础在于对客观事物本质和规律的认识与把握。或者说，行动者确定目标前，需要分析判断目标实现的客观条件是否具备。同时，目的又决定手段。人的实践活动始终以目的为指引。能够根据目的选择合适的手段是人类理性的体现。康德曾说：“有理性者与世界的其余物类的分别就在于，有理性者能够替自己立个目的。”^[15]因此，目的这一概念的形式是主观的，其内容却是客观的，是主客观的辩证统一。^[16]

探究陪审制的目的就是在追问我们建立这个制度的根本理由，回答“我们究竟要陪审制干什么”的问题，明确其万变不离其宗的制度重心与内核。明确陪审制的目的不仅是制度构建的前提，而且为理论研究提供基本理念指引。在英美法系国家，因为人们信任普通民众的经验，认为根据民众经验做所判断其可靠性高于法官一个人的判断。因此，设立陪审制的目的，就是用普通人的常识与经验来保证司法判断的可靠性。越是像谋杀罪等涉及可能剥夺被告基本人权的案件，越要保证当事人得到陪审团的审理。这是其“正当程序”的核心。相比之下，大陆法系国家的人们更信赖人的理性，认为法典就是人的最高理性的集合，法律体系是严密逻辑构筑的“概念之国”，司法过程只能是由自治的解释技术和独立的论证技术所构建的理性过程。与此同时，法律知识的专门化和司法的逻辑理性导致法官的法律解释与大众话语的对立与隔离，人们有理由担心：一方面，法官有可能成为输入法条和事实而产出判决的机器，法官的法言法语脱离普通人的自然理性，使司法判决远离常识情理，与多数人观念相背离；另一方面，法律人很可能打着“法律主治”的旗号，在司法和民主之间划上一道不可逾越的鸿沟，将法治沦为“法律人的暴政”。设立陪审制目的就是要打破这种专业知识的垄断，防止法律人专断，拉近法律与社会的距离，避免法律脱离社会。两大法系陪审制目的有明显的不同，陪审团制与参审制设计机理和运作样式因此各异。

《决定》声称，制定本决定的意图是“为了完善人民陪审员制度，保障公民依法参加审判活动，促进司法公正”。从文义上，“促进司法公正”可以视为立法者完善陪审制的目的。但是，司法公正是司法制度的总体目的；反过来，司法公正亦不能仅靠陪审制来实现。这样看，《决定》并未能为陪审制明确其自身的目的。事实是，不同主体的陪审制目的是不同的：国家以陪审制体现司法民主；社会希望通过陪审员监督法官公正廉洁司法；法院利用陪审制弥补司法能力不足；陪审员自己的需要更是多元：有的借此发挥余热为社会多作贡献，有的则希望有助于自己工作或学习，有的为了解决就业问题，等等。这些目的相互之间并不兼容甚至冲突。从理论上讲，目的多元是实际上的盲目，必将消解制度的方向感，而且造成制度功能定位含糊。

但是，目的不明并非中国陪审制一贯的问题。

（一）社会变迁中的陪审制

在革命战争年代和 50 年代人民司法改革过程中，人民陪审员制度曾经在体现司法民主方面发挥过重要作用。当时的司法民主是新民主主义及人民民主的一部分，体现的是“人民当家做主”的政权理念。在司法领域，陪审制被视为人民执掌审判权、人民意志决定裁判结论的民主标志。陪审制目的是通过陪审员监督司法人员，保证司法队伍纯洁，与党中央在思想上保持一致，从而保证审判工作政治正确，让司法成为人民民主专政的重要工具。这个目的与“群众路线”工作方式联系在一起，逐步塑造了大众化司法模式。在那个以政治意识形态为社会控制的主要机制的历史时期，判断是非对错的标准和话语权掌握在陪审员手中。陪审制如鱼得水，赢得空前的正当性，为人民司法改革立下汗马功劳。但是从司法结构的角度看，陪审制并没有真正融入司法制度，因为它在本质上属于用政治立场和意识形态来判断的

^[15] 康德：《道德形而上学探本》，商务印书馆 1957 年版，第 51 页。

^[16] 杨荣馨主编：《民事诉讼原理》，法律出版社 2003 年版，第 11~12 页。

政治活动，与“用法律来判断”的司法活动格格不入，毋宁说是凌驾于司法制度之上的监督机制。^[17]

在市场经济引发社会结构转型后，社会控制机制也随之变化，政治意识形态在解决纠纷、社会整合方面的作用减弱，法律与司法在社会控制方面被寄予高度的期待，催生了以审判专业化和法官职业化为目标的审判方式改革。《决定》将促进司法公正确定为陪审制的终极目标，意味着陪审制在立法上被定性为司法制度，它作为纯粹的政治制度的历史至此终结。此时，程序规范化和审判知识与技能的专业化需要让陪审制作用一落千丈，陪审员的知识技能遁入冷宫。^[18]陪审制的正当性遭遇前所未有的挑战。可见，中国陪审制度“问题化”的本质是，时代变迁导致既定制度目标消失，新的目标尚未清晰，人们在“陪审制向何处去”的问题上陷入茫然；不同主体从各自立场对陪审制寄予不同的期待，导致陪审制目的多元。

（二）陪审制的目标置换

目的多元的一个后果是目的竞争，最终是强势者的目的凸显乃至替代其他目的。当代中国司法结构中审判权对于诉权的强势是不争的事实。审判方式改革更是让审判权掌握了制度的创造权和解释权。司法制度从立法到实践都充斥着审判权本位主义。陪审制也未能幸免。法院不仅起草了《决定》，^[19]且在《决定》发布后，接二连三发布司法解释和规范性文件，将陪审员的遴选权、管理权、培训权均收入囊中，操控了陪审制的发展方向与运作样态。如果把陪审制比喻为一栋房屋，那么法院就是房屋的设计者、装修者兼使用者。藉此，法院很方便地将自己的需要塞给陪审制。陪审制目标被置换，从纸面上的司法制度悄悄被“收编”为行动中的“法院制度”。^[20]

那么法院的目的又是什么？中国法院的目标始终随党的工作中心的转变而流动，“服务大局”是法院选择审判工作目标的指导思想与方法论。当党以“阶级斗争为纲”的时候，司法的目标就是阶级斗争；当党的工作中心转向经济建设时，司法的目的就是“为经济建设保驾护航”；当党委政府把维护社会稳定当做头等大事的时候，司法的目的就理所当然变成“有效化解纠纷”。面对案多人少压力，又要完成“全面、全程、全员”调解和“息诉罢访”任务，不堪重负的法院将陪审制作为缓解压力的工具之一，审判、专家辅助人、调解、接访、执行、法制宣传……是哪里需要哪里上。陪审制之于法院的意义不仅是“司法民主”和“群众路线”的标签，而且提供了成本低廉的劳动力资源，兼具政治正确的“护身符”与解纷战斗中的“担架队”的二重价值。这就是为什么学界不断质疑陪审制的作用，法院却在大力推行的原因。

陪审制被收编的另一面，是陪审员对自身价值的认同危机。除了涉及专利、医疗、建筑等专业领域的案件外，法院邀请陪审员参与的案件大多是没有技术含量、没有合议必要——在法官看来没有必要浪费法官的时间精力的案件，使用陪审制或者是解决合议庭人手不足问题，或者纯粹是敷衍考核。法官对陪审员的意见并不在意，不仅是因为陪审员极少提出不同意见，更是因为法官根本不希望从陪审员那里听到不同意见，那样会增加他们的工作负担。

^[17] 陪审制对司法制度居高临下的监督关系在“文革”时期发展到登峰造极的时候，大众化司法演变成了纯粹的群众审判，连法院都被废弃了。

^[18] 胡凌从权力结构对知识分工与表达的影响角度，指出审判方式改革后法庭中制度化的权力结构让法官构建起对陪审员的“知识霸权”，陪审员权力的行使完全依附法官专业知识，不仅令其监督法官的任务无法完成，而且其常识和自然理性都显得多余。胡凌：《人民陪审员制度的多面向解释》，载苏力主编：《法律和社会科学》（第二卷），法律出版社2007年版，第103-127页。

^[19] 沈德咏：《关于〈完善人民陪审员制度的决定（草案）〉的说明》，《全国人大常委会公报》2004年第6号。

^[20] 李拥军在其《我国人民陪审员制度的现实困境与出路——基于陪审复兴背后的思考》（《法学》2012年第4期）一文中作出“国家、法院与民众三者推行陪审上达成了妥协与平衡”的判断，但缺少经验研究的支持。与其说是国家与民众对“陪审制法院化”的妥协，毋宁说国家与民众诉求的“失语”。

[21]访谈中，法官们都承认：

除了涉及专业知识的案件法官喜欢找专家型的陪审员，希望陪审员能够在专业知识方面发表意见外，一般法官采用陪审制都是为了应付陪审率。他的目的就是抓个人、凑个数。

有陪审员反映，部分法官对待陪审员态度傲慢，开庭前见面不打招呼，庭后不合议，让书记员拿张空白笔录纸让审判员签名了事。这种现象在陪审率成为考核指标后更加普遍。

法院对待陪审制的态度严重损伤了陪审员的积极性。加上法院为追求陪审率，频繁要求陪审员参审，或多或少影响本职工作，也是部分陪审员多次拒绝参审的原因。于是陪审任务逐渐集中到个别陪审积极分子身上，^[22]陪审专业户的现象再次浮现。这可以解释 D 区法院 2009 年起出现的陪审员参审频率的变化。

当陪审制沦为服务于法院需要、由法官任意支配的工具，其与社会的距离便渐行渐远。社会对陪审制的知晓度、关注度不高暴露了二者之间的疏离。而且社会对司法的评价决定了陪审制的社会认同度。如果任其发展，陪审制必将迷失自我，变得可有可无。可以预见，一旦法院的工作重心再次发生变动，不再需要陪审员的辅助，陪审制的生命力随即枯竭。

（三）理论研究中的理想主义与实用主义

由于缺乏目的论的指导，学者们在研究陪审制时或奔向不切实际的理想主义，或滑入“存在就是合理”的实用主义两个极端。前者不顾中国司法制度的传统与当代问题，简单套用两大法系的陪审制理论，主张模仿借鉴移植，其间的差别仅仅是偏好上的：有的偏好英美式陪审团，有的坚持把中国法律贴上大陆法系标签而主张参审制，概不出左右。殊不知陪审制是最具本土特色的一种司法制度，一旦移植是容易水土不服的。法国的陪审制移植经历就是很好的教训。^[23]中国的陪审制从一开始就不是按照司法制度来构建的，也不是陪审团或参审制的移植，完全是土生土长的政治制度，充其量只是在外观上与大陆法系的参审制有些许雷同而已。当下的中国司法虽经历了数十年的审判方式改革，在职业化的道路上迈出了重要的几步，但法律远未完备到成为“自创生体系”，^[24]司法专业化程度不高，法律职业共同体尚未形成，法官的逻辑与技艺理性还很稚嫩，司法在政治生活中的地位仍然边缘，其作用困于解决纠纷而不是实现规则之治。因此，法律人独占法律解释与司法技术、导致法律脱离社会的危机尚不明显，远不能对司法公正构成危机。相反，危及司法公信力的主要因素恰恰是法院的政治理性亢奋而司法理性孱弱。因为政治理性追求的是政治认同而非社会认同，法院领导鼓励法官当政治家而不是法律家，法官评价与激励机制均指向鼓励调解、协调等非专业化的社会工作技能。判决结案的比例本来就小，人们还不时在判决书中看到法官在运用证据、解释法律和逻辑推论方面的漏洞。面对这样的司法，无论是英美法系的陪审团还是大陆法系的参审制均无用武之地。人们反而担心，让那些未受过法律训练的陪审员参与审理，只能进一步降低法官业务水平，可能会令已跌入低谷的司法威信雪上加霜。为专业化程度不高的中国司法配置西方式的陪审制，如同为一台发动机失灵的汽车配一匹马，动力没有明显改善即归咎于马的激励不足，试图给马配上金鞍银缰，何以从根本上解决问题？其努力的结果只会

[21] 笔者亲身经历的例子是，在笔者担任陪审员的一个案件中，因为我们两名陪审员坚持不同意见，结果法院以案件“疑难复杂”为由，用审判员更换陪审员重新组成合议庭。

[22] 陪审积极分子主要有两种人：一种是退休或无业人员，他们有时间、有精力，可以随叫随到，陪审活动让他们有发挥余热的感觉，或者法院支付的陪审费多少可以补贴家用；另一种是认为陪审对自己的本职工作有促进作用的人，如社区干部、调解员等，他们可以将陪审中学到的法律知识用于工作中，还可以在调解时用自己陪审的案件作为例子说服当事人。

[23] 易延友：《陪审团移植的成败及其启示——以法国为考察重心》，《比较法研究》2005 年第 1 期。

[24] 法律自创生理论是一种理解法律权威性的循环理论，说明使人们接受“是法律决定什么可以成为法律”的机理。参见贡塔·托衣布纳：《法律：一个自创生系统》，北京大学出版社 2004 年版，第 11 页。

南辕北辙。

实用主义论者虽然对现行陪审制提出了声色俱厉的批评，但因为缺乏目的论的指引，在展望未来的时候不知所措，悲观之余有“天要下雨娘要嫁人——随它去吧”的听天由命的态度。有的断言陪审制总体呈衰落之态，没有生命力，为保留“司法民主”的象征意义，姑且让它苟延残喘，能维持几天是几天。有的滑向“存在就是合理的”价值判断，默认了法院的目标置换，认为陪审制的发展方向就是发挥“专家型陪审员”的作用，用专家的专业知识来抗衡法官的专业知识。^[25]且不论此思路是否混淆了专家证人与陪审员，变相剥夺当事人质证权，损害程序的正当性，^[26]单论其思路中纯粹的法院视角，就透露出论者已经不自觉地成为法院制度创造的工程师，削弱了理论的批判性。

四、回到陪审制的目的

不同的社会主体对陪审制的期待可以不同，但立法必须为陪审制确定一个核心目标。不同主体的目的没有孰是孰非、孰优孰劣，立法者只能在多种目的中求“最大公约数”，即公共目标。对D区法院改革的调查结果中，关于陪审制的作用问题，“让裁判体现民意”和“监督法官行使审判权”两项在不同调查对象中的选中率都排在前三位。有人已经质疑陪审员监督法官的能力。^[27]如果用政治过程的监督来考察，这种怀疑是有道理的。但司法程序中的监督有自己的特点。它是通过程序保障和约束审判权来实现的，表现为保障程序主体充分发表意见，并对法官裁判发生实质影响。^[28]作为司法制度的陪审制，其监督审判权的机理在于“经由陪审员将民意带进司法过程并影响裁判”。在这层意义上，“监督审判权”与“让裁判体现民意”是一个意思。

让裁判体现民意是实现司法公正的重要保障。虽然不同时代、不同社会乃至不同阶层的人们评价司法公正的标准是不一样的，但是“裁判是否获得社会公众的支持与认同”却是判断司法公正亘古不变的方法。在这个意义上说，司法公正就是“公众认为是正确的”。陪审制的作用是让民意有序进入司法，让法官在写裁判理由时顾及社会评价。这在为司法争取社会认同方面发挥着不可替代的作用。因此，“让裁判体现民意”不仅契合促进司法公正的宏观目标，而且具有社会之于陪审制的公共目的之特征，可以作为陪审制的目的。

目的决定手段。陪审制的目的决定该制度的功能定位与具体构建。围绕让民意有序进入司法并有效影响裁判的目的，我们需要的陪审制是一种社会参与司法的公共平台，在司法过程中发挥公共领域作用，并通过陪审员朴素的社会正义感保证司法的公共理性。

1. 让陪审制成为司法过程中的公共领域

在哈贝马斯那里，公共领域是一种介于日常生活的私人领域与国家领域之间的结构空间

^[25] 专家陪审员的方案得到很多学者的支持。如胡凌：《人民陪审员制度的多面向解释》，载苏力主编：《法律和社会科学》（第二卷），法律出版社2007年版，第103-127页；刘哲伟：《人民陪审员的现状与未来》，《中外法学》2008年第3期；彭小龙：《人民陪审员制度的复苏与实践：1998-2010》，《法学研究》2011年第1期。廖永安：《社会转型背景下人民陪审员制度改革路径探析》，《中国法学》2012年第3期，等等。

^[26] 专家陪审员的角色与证据规则中的鉴定人或专家辅助人很容易混淆。如果陪审员是就当事人争议事项中的特定问题，依据其专业知识和技术做出的鉴别认定，即类似于鉴定意见，需要经当事人质证才能认定是否可以作为法官判断的依据；如果陪审员向法官提供的是自然规律和定理，那么就属于专家辅助人，其提供的知识可能属于司法认知事项，无需当事人举证证明，但当事人有权要求专家辅助人出庭接受质询。如果以专家陪审员替代鉴定人或专家辅助人，那么有两个问题无法回避：一是专业问题千差万别，法院能否针对不同的专业问题聘请不同的专家陪审员？即可能性的问题；二是如何保障当事人的质证、质询权？即程序的正当性问题。

^[27] 胡凌：《人民陪审员制度的多面向解释》，载苏力主编：《法律和社会科学》（第二卷），法律出版社2007年版，第103-127页。

^[28] 如诉权对审判权的约束性影响，主要是通过“有诉才有裁判”，“约束性辩论原则”等机制来体现的。

和时间,是那些允许公民之间公开的和合理的辩论以形成公共舆论,对抗武断的、压迫性的国家与公共权力,从而维护总体利益和公共福祉的社会机制。哈贝马斯进一步解释说,公共领域不是指某种建制或者组织,也不是关于权能分化、角色分化、成员身份规则等等的规范结构,而是一个观点、意见的交往网络。在那里,交往之流经某种特定的方式过滤、综合,根据特定议题集束而成公共意见或舆论。一句话,公共领域是在交往行动中产生的社会空间。^[29]公共领域既存在于正式制度中,如议会;也存在于非正式制度中,如网络等等。公众在公共领域中的交往互动是现代法治国家民主的表现,也是法治国实现之本和活水之源。在公共领域,公民可以运用交往理性、行使交往权利平等地进行交流,理性地进行沟通,自由地进行表达,把他们的意见和诉求输入司法过程,再由法官把它们加工成裁判。公民在公共领域的讨论与协商中求同存异,力求达成共识。它力求借助生活世界的背景共识和通过民主程序及理由来实现社会认同的正义,避免了实体价值标准多元、模糊而带来的“异议风险”,^[30]也与缺乏实体价值标准、单纯依赖程序获得合法性而可能产生的“程序暴力”区隔开来。在通过“交往实现正义”的法律程序主义中,衡量司法公正最为重要的指标不是某种实体价值,也不是不要任何实体价值的“纯粹的程序正义”^[31],而是商谈程序的合理性和理由的可接受性。其精义是通过程序产生实体,诉诸理由达成共识。陪审制被当做典型的协商民主的形式之一,是存在于司法制度中的公共领域。^[32]公民借助陪审制参与司法过程,用自己朴素的正义感和日常生活经验与职业法官一起就法律问题进行公开的讨论与磋商,存异求同,再通过法官的司法技术转换成裁判理由。这是真正意义上的司法民主。

把陪审制当做司法过程中的公共领域来定位,对于中国司法制度具有重要意义。陕甘宁边区以来形成的中国司法的传统是政法合一,司法服务于政治和治理需要,^[33]执政者一贯把政治目标直接变成司法的目的,要求司法保持“政治正确”取代“司法公正”。如果说在战争时期和建国初期,执政者的政治目的对赢得战争和保障胜利果实、建设百废待兴的国家具有很高的合法性,在很大程度上与社会公众的目标相吻合而具有公共性,那么在社会条件发生巨大变化以后,尤其是社会异质性不断增强,价值取向趋于多元化的今天,执政者的政治目的与公众的目标并非总是一致。但是,基于政权运行与意识形态的惯性,当前中国司法仍然弥漫着用政治目的充当司法目标的观念,保持政治正确常常遮蔽了司法自身的目的,不仅影响到具体案件的处理结果,而且削弱了司法的公信力。作为社会参与司法的正式渠道,陪审制的作用恰恰是让合议庭保持开放性,让法律与公众意见保持交流沟通,让司法与政治保持合适距离,不断唤起司法的公共理性。

2. 保证司法的公共理性

在罗尔斯看来,公共理性是一个民主国家的基本特征,它是公民的理性,是那些共享平等公民身份的人的理性。于是,公共理性便在三个方面是公共的:首先,它是公民在与他人

^[29] 参见[德]尤尔根·哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第446页。

^[30] 高鸿均:《通过民主和法治获得解放——读〈在事实与法律之间〉》(中译者导言),[美]马修·德夫林编:《哈贝马斯、现代性与法》,高鸿均译,清华大学出版社2008年版,第10页。

^[31] 罗尔斯设计的“纯粹的程序正义”概念,参见[美]罗尔斯:《正义论》,中国社会科学出版社1988年版,第81~82页。

^[32] 在微观层面讨论协商民主的制度化,主要关注国家内部小规模的组织化场所中的理想协商程序,中立的参与者在同一时间、同一地点共同协商决策的机制。公民陪审团被认为是典型的例子。此外还有协商意见民意调查、共识会议和公民投票等。对于多样化社会而言,这些制度较选举程序更具有可操作性,因而更具有代表性,成为公民制度的缩影。[英]斯蒂芬·艾斯特:《第三代协商民主》,蒋林、李新星译,《国外理论动态》2011年第3期。

^[33] 参见侯欣一:《从司法为民到人民司法——陕甘宁边区大众化司法制度研究》,中国政法大学出版社2007年版。

合作的状态下，追求相互之间都能得利的可接受的结果的过程中表现出来的理性。其次，它的目标是公共善和根本的正义。此乃政治正义观念对社会之基本制度结构的要求所在，也是这些制度所服务的目标和目的所在。第三，公共理性的本性和内容是公共的，即平等公民所共同享有的，是在事关支配公民社会立场的基本（或完备性）学说之间寻求相互间重叠的共识面，即“重叠共识”。^[34]哈贝马斯从商谈伦理学的立场，聚焦于理性的公共运用程序，论证公共理性是主体间性的理性而不是一种独白的理性，理性的公共运用需要通过自主的公民在公共领域的商谈过程来实现。^[35]公共理性具有超越国家理性、政党理性、利益集团理性和个人理性的公共属性，是统一工具理性与价值理性、协调个人理性与国家（政府）理性、沟通大众理性与精英理性的中介与桥梁。

法律是公共理性的集合。而司法权的公共属性及其“用法律来判断”的本质，要求它体现公共理性。司法的公共目标是实现公正，争取社会普遍认同。为此，司法裁判结论及其所依据的理由应当体现公众关于公平正义的重叠共识，最大限度的满足公共利益的需要，这就是司法的公共理性。司法只有置于公共领域的监督和批判之下，其裁判才能在更大的程度上体现公共理性，才能具有获得社会普遍认同的正当性或合法性。罗尔斯明确指出，公共理性理念首先适用于法官（尤其是最高法院法官），体现在法官的判决中。不仅如此，公共理性理念的适用对于法官较之其他人更加严格。^[36]

实事求是地说，中国法院一直在探索司法沟通民意、争取社会认同的路径。中国司法本来拥有尊重民意的“群众路线”传统。创造了当代中国司法新传统的马锡五审判方式，就曾经以其特有的方式很好地实现了司法与民意的沟通。但是，这种在乡土社会行之有效的沟通方式，今天已经力不从心。在《人民法院第三个五年改革纲要（2009）》中，最高法院将构建民意沟通表达长效机制当作法院三五改革的重点之一，还公布了《关于进一步加强民意沟通工作的意见》，把该项工作作为坚持我国司法的群众路线传统的重要举措，提出了进一步加强民意沟通工作的基本要求。其中定义的司法的群众路线是“依靠群众的司法方法、契合民意的裁判结论、获得社会支持的司法效果。”现时代的宋鱼水、陈燕萍工作法等被当做具象化群众路线的典型个案树为楷模。各地法院的纷纷推出改革举措，包括各种便民诉讼服务措施和采集社情民意的手段（如人大代表政协委员联络机制，判前民意调查，开通民意沟通邮箱等等）。但是，这些沟通机制从观念到举措都停留在政治生活层面，混淆了司法与公共决策过程，且更多指望法官超乎常人的道德操守和司法智慧，而忽略了司法理性等来自司法机体内部的问题。事实证明效果并不理想。彭宇案（2007）、许霆案（2008）、邓玉娇案（2009）、李昌奎案（2011）、吴英案（2012）……几乎每年都有被民意围攻而后被民意改变的案件。历史一再重演，司法权威反复跌入低谷，与这些年来法院的苦苦努力非常不相称，暴露出司法与民意之间的紧张、法官的裁判理由与社会正义诉求之间的断裂；也表明司法缺乏重心，经不起社会的批评，随舆论而左右摇摆，司法对待民意的专断与被动兼而有之。中国司法缺少的重心就是公共理性。司法的公共理性是一种沟通理性，即对民意开放和理性对话的能力。

3.以“参与-论证”为制度机理

作为司法制度的陪审制，其让裁判体现民意之方式，不是直接根据民意作出裁判，更不是将纠纷付诸“公众审判”，其制度机理是陪审员的参与加上法官的论证。陪审员在合议时用其朴素的正义感和日常经验，将来自不同阶层和群体的理性与经验传递到法官面前，增加法官说理负担。法官必须对陪审员的意见做出回应，并体现在裁判理由中。如果说陪审制为

^[34] [美]约翰·罗尔斯著：《政治自由主义》，万俊人译，译林出版社2000版，第225-226页。

^[35] [德]尤尔根·哈贝马斯：《通过理性的公共运用所做的调和：评罗尔斯的政治自由主义》，谭安奎译，谭安奎编：《公共理性》，浙江大学出版社2011年版，第335-372页。

^[36] [美]约翰·罗尔斯：《公共理性理念新探》谭安奎译，谭安奎编：《公共理性》，浙江大学出版社2011年版，第122-123页。

司法的公共理性提供了法律程序保障,那么陪审员的意见则为司法保持公共理性提供了民意之源。尽管个案中陪审员的人数是有限的,未必在每个案件中陪审员的意见都能代表社会各个方面,但无数个案中陪审员意见对法官的影响,能够从整体上保证司法不偏离公共理性。

五、祛除审判权本位主义的制度重构

陪审制要浴火重生,就必须紧扣自身目的,按照祛除审判权本位的思路进行制度重构。

1.产生方式与程序保障。民意是社会公众的看法、意见,^[37]是社会公众主流性、主导性或多数人的意见。^[38]法官在审判案件(特别是社会关注的案件)的过程中,常常会感受到民意。但是,法官周边的人发表的意见不一定是民意;局部地区民众的意见不一定是多数人的意见;有话语权的人表达的意见不一定代表了“沉默的大多数”。尤其是在日益陌生化的社会,民意表达有许多局限。^[39]为确保进入司法的是真正意义上的民意,改革陪审员产生方式就非常重要。在D区法院改革调查中,对于“陪审员怎样产生最能代表民意”的问题,陪审员选择“预先设置陪审员成员库,审理前从中抽取组成陪审团”方式的占57.1%,社会公众和法官对这一选项的支持率分别占33.7%和35.7%。选择“根据户籍登记,随机抽取”的人也超过三成。这些方式都指向“随机性”。改革法院主导陪审员遴选的弊端,可以由地方人大负责,以随机抽取为基本方法,保证陪审员来源的多元化。废除任期制,按照一案一选的原则,在合议庭组成阶段抽取产生陪审员,案件审理完毕即完成使命。

其次是每个案件的陪审员人数不能过少,越是涉及重大利益或者当事人双方力量明显不平衡的案件,陪审员人数应越多。

第三要注意吸纳民间组织(代表)参加陪审,发挥民间组织参与司法的作用。特别是在那些涉及公共利益或公共政策问题的案件,如涉及环境保护、消费者权益保护、劳动者权益保护等问题的案件,有必要保证相关民间组织进入陪审团。在社会自组织程度高的社会,民间组织是公民参与的重要依托。依赖民间组织搭建平等交流、理性沟通的平台,民众得以进行充分的、深入的讨论并形成共识,进而影响公共政策;依靠民间组织的宣传组织,可以广泛动员民众的参与积极性,形成足以抗衡政府、大公司的社会力量,维护社会公共利益;而且通过民间组织的社会参与也便于管理、规范。这样的公民参与才具有深度、广度,并实现公民参与的制度化、常规化。

在程序保障方面,应赋予当事人(控辩)双方选择和否决陪审员的权利,并保障当事人对陪审员个人信息的知情权,考察陪审员是否对当事人和争讼事项已有成见、偏见,依法行使申请回避权。

有人可能会担心民众不愿意担任陪审员、不愿意接受陪审制审理,上述制度安排纯属空想。我们在对社会公众的调查得到的信息正好相反。对于“如果打官司,是否愿意让陪审员参与审理”的问题,表示愿意的52份,占51.5%;表示不愿意的5份,占4.95%;其他的表示“视情况而定”或“无所谓”。就“是否愿意担任陪审员”,表示愿意的68份,占67.3%;表示不愿意的10份,占9.95%;其他的表示无所谓。可见接受陪审制审理和愿意担任陪审

^[37] 每个公民都有自己的观点和意见,但只有当个人意见能够影响政策制定时,才是社会科学研究对象意义上的“民意”。Stimson, James A. *Public Opinion in America: Moods, Cycles, and Swings*. 2nd ed. Boulder, Colo: Westview Press, 1998, P.P.29. 转引自[美]唐文方(Tang, W, F):《中国民意与公民社会》,胡赣栋等译,中山大学出版社2008年版,第19页。

^[38] 这里借鉴了顾培东对公众判意的定义。顾培东:《公众判意的法理解析——对许霆案的延伸思考》,《中国法学》2008年第4期。

^[39] 比如,顾培东和孙笑侠在分析我国近年来若干公众关注的案件时就发现,当代中国的民意表达中包含关注范围狭窄、碎片化、情绪化、盲从易变和群体极化等弱点。顾培东:《公众判意的法理解析——对许霆案的延伸思考》,《中国法学》2008年第4期;孙笑侠:《公案的民意、主题与信息对称》,《中国法学》2010年第3期。

员的人占多数。这与 D 区法院海选陪审员时公众报名踊跃，以及初任陪审员者参审积极性普遍较高的情况相映成趣。

2. 陪审制适用案件类型。在 D 区法院调查中，关于“哪些案件适合陪审制方式审理”的问题，陪审员和社会公众在这个问题上的态度高度一致，法官的态度与社会公众、陪审员既有共识，也存在明显偏好。以下是各类调查对象选择结果（按照选择频率和选择人数由高到低排列）：

社会公众（99 份）	陪审员（40 份）	法官（42 份）
争议较大、社会广泛关注的案件（81）	争议较大、社会广泛关注的案件（40）	涉及公共利益案件（37）
涉及公共利益案件（55）	涉及公共利益案件（35）	争议较大，社会广泛关注的案件（35）
当事人之间矛盾容易激化，可能引发申诉、上访的案件（52）	当事人之间矛盾容易激化，可能引发申诉、上访的案件（28）	当事人之间矛盾容易激化，可能引发申诉信访的案件（32）
新类型案件（29）	新类型案件（27）	涉及专业知识的案件（25）
疑难复杂案件（27）	涉及知识产权类案件（26）	事实清楚、法律规定明确、法律关系单纯，但需要用合议庭的方式审理的案件（19）
涉及知识产权类案件（20）	疑难复杂案件（17）	疑难复杂案件（12）
事实清楚、法律规定明确、法律关系单纯，但需要用合议庭的方式审理的案件（19）	事实清楚、法律规定明确、法律关系单纯，但需要用合议庭的方式审理的案件（15）	新类型案件（11）

可见，调查对象在前三类案件的选择上具有较高的一致性，而且选中频率都较高。这三类案件或者涉及不特定多数人的利益，或者涉及多元价值的对立冲突，恰恰是需要司法关注民意，用交流沟通形成的共识作为裁判理由的问题，也是凸显司法的公共理性的案件，可以确定为陪审制适用的案件类型。不过还需在立法上对各类案件进一步明确界定，避免过大的解释空间，并保证当事人的选择权。

3. 约束性合议制。合议是陪审员作用发挥的关键程序。保障陪审员的意见对法官裁判发生影响的约束性规则有：有陪审员参与审理的案件，未经陪审员参与合议，法官不得作出裁判；陪审员享有与法官同等的表决权，裁判结论以合议庭多数意见作出；法官对陪审员的意见必须加以斟酌，无论是否同意，均要在裁判中说明理由。

4. 取消“类法官”的培训与激励机制。就陪审员带入司法的是社会朴素的正义观和日常生活经验而言，陪审员是不需要培训的。而且，为保障陪审员的“纯洁性”，防止法官的专业知识权威和话语霸权压制陪审员的自主性，尤其不能对陪审员进行法律知识和司法技能培训。如果说从保障陪审制切实发挥作用和诉讼程序的顺利进行的角度看陪审员的培训，那么充其量是向陪审员介绍一些有关陪审制的知识和诉讼程序规则即可。至于激励机制，在陪审员备选人数足够多的情况下，按照随机方式抽取陪审员，每个公民被抽取的概率是均等的，重复抽取的频率很低，不再有“陪审专业户”，也就没有设置激励机制的必要了。

结论

社会变迁与政治制度、司法制度的变革，把“我们需要怎么样的陪审制”的问题重新带

到了制度设计者面前。法院之于陪审制的目的带有浓厚功利主义色彩，过于敏感的政治理性促使它的目标时常随政治需要而变动，其对制度的设计利用因此有应时应景的过渡性，不能保证制度的安定性与长远效果。立法者需要认识到这个问题的严重性。欲让陪审制重新焕发生命力，就要坚守陪审制自身的目的，明确其功能定位，找准自己的重心与发展主线。就当前中国司法制度的主要问题是政治理性显扬而公共理性不足而言，陪审制恰恰具有不可替代的制度矫正功能。因此，改革和完善陪审制不仅是必须的，而且完全可能成为深化司法改革的突破口。

作者联系地址：南京市汉口路 22 号，南京大学法学院，210093

联系电话：15905179084

电子邮箱：wuyingzi@nju.edu.cn

自贸试验区的立法问题

徐健（上海财经大学法学院讲师）

一、国内的经济区域及其立法

行政区域是国家为实行分级管理而划分并设立相应国家机关的区域。我国宪法第 30、31 条分别规定了普通行政区域和特别行政区域的划分与设置。行政区域的设立目的在于有效实现一国领土范围内的网状政治统治目的。经济区域则是实行特殊经济政策的功能区域，不具有通常的政治统治功能，因而也不设置相应的政治统治机构（territorial entities）。¹在我国，经济区域不是法律概念，而是对实行特殊经济政策（以及与之相适应的特殊经济管理体制）、设置独立管理机构的特定地理区域（划出一定区域）的概括。目前，我国的经济区域主要包括经济特区、经济技术开发区和海关特殊监管区域。

（一）经济特区和经济技术开发区及其立法

1979 年，我国在深圳和珠海试办“出口特区”，次年改称“经济特区”，此后陆续设立汕头、厦门和海南经济特区。²经济特区的核心特征是实行特殊的经济政策，灵活的经济措施和特殊的经济管理体制。

经济特区是我国经济改革的早期产物，遵循“中央宏观把握、地方循序探索”的路径，在规则上则体现为中央的宏观指导性文件与地方立法相结合的方式。地方立法有两类，一是特殊的地方性法规，二是特别授权立法。（1）按照当时的宪法规定，地方性法规无需经全国人大常委会批准，而《广东省经济特区条例》却经过了该程序。从自治区的自治条例和单行条例需经全国人大常委会常委会批准但又认定其为地方立法的逻辑上看，《广东省经济特区条例》仍属地方性法规，只是该条例的内容存在与“宪法、法律、行政法规相抵触”的情形，因而需特别对待。（2）1981 年、1988 年、1992 年、1994 年和 1996 年，全国人大及其常委会分五次以决定或决议的方式授权经济特区所在的省或市的相应国家机关制定适用于经济特区的法规和规章。通常认为，在“遵循宪法的规定以及法律和行政法规的基本原则”的前提下，特别授权立法可以对法律和行政法规作变通规定。从立法形式、立法内容³及其主导主体等方面看，在特定的历史背景下，经济特区立法的要旨是，经济领域的地方中心主义。

¹ 在设立深圳经济特区时，曾提出设置深圳经济特区人民政府，但最终未被采纳。经济区域的管理职能由管委会（地方政府的派出机关或派出机构）或者开发公司承担，部分经济区域也设置了人大的工作机构和法院、检察院，但此种做法也受到诸多质疑，特别是人大的工作机构。

² 喀什和霍尔果斯也被认为是经济特区，但从历史的角度上看，经济特区的使命已经完成。

³ 《广东省经济特区条例》详细规定了优惠措施的内容（尤其是税收方面）。

经济特区立法的主要内容是，出口贸易的开放、特定物资的非计划性供给、外汇制度的适度放松、税收优惠，以及特殊的劳动制度。

《广东省经济特区条例》的结构与内容：

结构	内容	条文
总则	目的、管委会	1-6
注册和经营	企业注册和经营规则	7-11
优惠办法	土地、税收、外汇、物质供应和出入境管理	12-18
劳动管理	劳动制度	19-22
组织管理	管委会的职责、经济特区发展公司	23-25
附则	条例的通过与批准	26

经济技术开发区是在沿海开放城市设立的以发展知识密集型和技术密集型工业为主的特定经济区域。它适用部分经济特区的经济政策和经济措施。相对而言，经济技术开发区的制度创新内容不多（基本上是对已有特殊经济政策和经济措施的部分适用），且功能又较为单一，因此，经济技术开发区的立法指向不明、立法动力不足。这也导致《国家级经济技术开发区管理条例》迟迟难以出台。⁴不过，在各地开发区泛滥的背景下，经济技术开发区的规范趋向以部委规章和规范性文件为主导的局面。

（二）海关特殊监管区域及其立法

保税区是“设有隔离设施的实行特殊管理的经济贸易区域”，在该区域内实行“免证、免税、保税”政策。1990年，国务院批准设立了我国第一个保税区（上海外高桥保税区）。为了统一和加强对保税区的管理，国务院在九十年代中期召开了保税区工作会议。会议认为，我国的保税区还不具备自由贸易区的全部要素，所以实施自由贸易区的管理并不适合，但可以采取一些有别于一般海关监管区的特殊政策和优惠。由此产生了海关特殊监管区域的提法。目前，国务院先后批准设立了保税区、出口加工区、保税物流园区、跨境工业区、保税港区和综合保税区等6类海关特殊监管区域。

从国家整体的法治水平、法律体系完整性，以及区域内的职责主导机关等角度上说，相对于经济特区和经济技术开发区，海关特殊监管区域的立法体现为“中央（部委）主导、地方辅助”的特征。经国务院批准，海关总署、国家质量监督

⁴ 《国务院办公厅转发商务部等部门关于促进国家级经济技术开发区进一步提高发展水平若干意见的通知》（国办发[2005]15号）便已提出“抓紧研究制定《国家级经济技术开发区管理条例》，为其持续发展提供法律保障”。

检验检疫总局、国家外汇管理局等相继制定了针对海关特殊监管区域的部委规章和行政规范性文件，如《保税区海关监管办法》（1997）、《保税区动植物检验检疫管理办法》（1998）、《保税区外汇管理办法》（1995）等。2000年，修订的《海关法》明确规定了海关特殊监管区域的设立。部分地方人大常委会和地方人民政府也相继制定了各海关特殊监管区域的地方性法规和地方政府规章。由此，形成了由基础规范和专门规范、中央立法和地方立法组成的相对完整的法律体系。

基础规范，是有关海关特殊监管区域的设立、相关活动的规范与监管的根据性法律规范。《海关法》第34条关于“经国务院批准在中华人民共和国境内设立的保税区等海关特殊监管区域，由海关按照国家有关规定实施监管”的规定，是目前针对海关特殊监管区域最明确和直接的基础规范。此外，《对外贸易法》、《税收征收管理法》、《进出口商品检验法》、《进出境动植物检疫法》及《外汇管理条例》等也是调整特殊监管区域对外贸易活动、税务稽征、检验检疫、外汇管理等事务的基础规范。

专门规范，是专门调整海关特殊监管区域相关组织、活动的特别法律规范。它是基础规范的授权性立法或者是基础规范的具体化规定。

在上述规范体系中，一类是**中央立法事项**，涉及口岸监管（境内关外、实行保税政策与措施等）、对外贸易管理（免证制度）、外汇管理（特殊的结算与管理制、区内与境外以外币结算、区内与境内区外可以选择结算币种）等；一类是**地方立法事项**（以上海“一条例两办法”为例），主要包括**地方管理体制**（涉及管委会的法律性质、法律地位、职权及其来源，管委会与中央垂直管理机构之间的关系及其处理，管委会与地方政府工作部门之间的关系及其处理等）；**一般行政管理**（常态型行政管理活动在海关特殊监管区域中便利化和协调性实现的规则与程序规定等）；**边境行政管理**（边境行政管理的便利化规定、出入境相关税收的引用性条款与权限内减免规定等）。

《上海市外高桥保税区条例》（1996）的结构与内容：

结构	内容	条文
总则	目的、功能、领导体制	1-6
管理与服务机构	管理机构的地位和职责、服务机构	7-12
企业设立	设立企业的程序性规定	13-15
经营规则	加工、贸易、代理服务经营规范	16-21
出入管理	货物、船舶、车辆与人员的出入管理	22-26

金融管理	外币的使用、结算币种、外汇账户、一般和 特许金融业务	27-31
建设与房产管 理	土地取得与建设、房产管理、物业管理	32-36
税收规定	税收减免	37-43
劳动管理	劳动合同制、劳动安全	44-45
法律责任	行政责任、刑事责任、法律救济	46-48
附则	-	49-51

《洋山保税港区管理办法》(2006)的结构与内容:

结构	内容	条文
总则	立法目的和依据、区域范围和功能	1-3
机构及职责	管委会及其职责、港政航政和公安管理、行 政管理服务及相关服务机构、开发建设的组 织协调、产业政策导向的制定、行政委托	4-10
行政管理	建设项目审批、企业设立程序、信息服务、 相对集中行政处罚、执法检查、车辆进出管 理、东海大桥养护与管理、简化出入境手续	11-18
税收管理	关税和进口环节税、生产和流通税、退税	19-21
附则	施行日期	22

《上海浦东机场综合保税区管理办法》(2010)的结构与内容:

结构	内容	条文
总则	立法目的和依据、适用范围和区域功能	1-3
机构及职责	管委会及其职责、规划编制、产业导向及财 政扶持、行政委托、户外广告设置规划、日 常管理职责、区内办事服务、监管协调、信 息化建设	4-10、 15、17
一般行政管理	企业设立登记、诚信管理、通行管理、行政 处罚、协助执法周边物流产业园区管理	11、 16、

		22-25
进出口管理	海关监管、检验检疫、查验、进出口管理、 税收管理	12-14 、 18-21
附则	施行日期	26

二、自由贸易区的立法新内容

（一）自由贸易区与海关特殊监管区域的差异

前述三类经济区域属于不同的功能定位，经济特区（以及经济技术开发区的初期定位）是市场从封闭走向开放的试验，旨在实现一国的市场融入全球市场；海关特殊监管区域则是在特定的区域内实行特殊口岸监管措施，承接国际产业转移、联接国内国际两个市场。从自由贸易区的通常定位来看，它与海关特殊监管区域更为接近，因此，此处仅对两者进行比较。

1. 功能定位

1973 年国际海关理事会签订的《京都公约》，将自由贸易区定义为：“一国的部分领土，在这部分领土内运入的任何货物就进口关税及其他各税而言，被认为在关境以外，并免于实施惯常的海关监管制度”。（1）自由贸易区被视作“境内关外”，免征关税，并赋予其他税捐优惠；同时，（2）简化海关监管程序；（3）以综合功能发展为指向；（4）区内企业作为国内企业，享受国民待遇。同时，自由贸易区基本上以转口贸易、进出口贸易、加工贸易为主体功能，以保税仓储、商品展示、商业服务为辅助功能，是一种以贸易为主的特殊经济区域。

2. 管理体制

在国际上，自由贸易区通常由国家直接设立管理机构进行管理和协调。并且，在管理体制上呈现放松管制的特征。具体而言，（1）由国家立法确定管理体制、赋予相应权限；（2）管理机构相对统一；（3）采用扁平化的管理体系；（4）侧重于管理体系的服务功能。

3. 海关监管

自由贸易区的“境内关外”特征在海关监管原则上表现为：强化进入国内市场货物的卡口监管；货物入区采取备案制，出区核销；简化报关手续。海关监管基本上对区内的货物流动不予干预，从而促进贸易的发展。

由此可见，海关特殊监管区域与自由贸易区的差异主要体现为，**监管理念**，要从货物管理转变为企业管理的理念；**贸易的开放度**，现有的贸易壁垒、配额限

制应该要更为宽松；政策的开放度，最主要的是外汇政策和税收政策，自由贸易园区要求外汇政策率先开放，税收政策要有国际竞争力。

（二）上海自贸试验区立法的重点领域

1. 投资体制

投资自由化是中国（上海）自由贸易试验区的核心目标。而投资自由化的基础，是在试验区内试行外商投资的准入前国民待遇以及建立负面清单管理模式。

根据《国务院关于投资体制改革的决定》（2004）的规定，外商投资应遵循《外商投资产业指导目录》（正面清单），外商投资项目需要经过不同级别政府机构的核准；同时，对于实行核准制的企业投资项目，外商投资除了一般性要素核准外，还应在市场准入、资本项目管理等方面进行核准。

在自由贸易试验区内的投资管理上，应当确立内外资一致原则，即对《政府核准的投资项目目录》下投资项目实行核准制、对《目录》外投资项目实行备案制。同时，在外商投资企业的设立和变更管理环节，对鼓励类、允许类和先行开放的现代服务业重点领域，取消公司章程审批，改为备案管理，相应停止实施涉及的相关行政审批。对于确需保留的对外国投资者的特殊准入限制措施，列为“外商投资准入特别管理措施”，建立负面清单管理模式。同时，对试验区内中国企业境外投资的一般项目探索实行备案制，而不作《国务院关于投资体制改革的决定》确定的分类核准。⁵

2. 金融创新

在人民币资本项目下开放方面，自由贸易试验区立法应当以推进贸易投资便利化为重点，通过适当的制度安排来推动跨境人民币结算业务，扩大人民币在贸易、投资、保险等领域的使用。在外商金融投资业务方面，相关的制度设计中应当考虑允许符合条件的外资金融机构设立分支机构、允许符合条件的民营资本与外资金融机构共同设立中外合资银行、允许外国大宗商品交易所在上海自由贸易区内设立期货交割仓库等。

此外，自由贸易试验区的金融创新试点可以为金融市场利率市场化、汇率自由汇兑、适度开放离岸金融业务等创造制度上的条件。

3. 监管制度

在自由贸易试验区内应当进行以放权为取向的监管体制改革，而相关的改革也应当契合当前行政审批改革的思路，根据试点的实际需要，确立“一线放开、二线监管”的方针，探索形成综合监管与条线监管相结合的监管体制；并建立起

⁵ 《国务院关于投资体制改革的决定》附件第十三条：中方投资 3000 万美元及以上资源开发类境外投资项目由国家发展和改革委员会核准。中方投资用汇额 1000 万美元及以上的非资源类境外投资项目由国家发展和改革委员会核准。上述项目之外的境外投资项目，中央管理企业投资的项目报国家发展和改革委员会、商务部备案；其他企业投资的项目由地方政府按照有关法规办理核准。国内企业对外投资开办企业(金融企业除外)由商务部核准。

与国际高标准投资和贸易规则体系相适应的行政管理体系。

同时，面对金融外汇开放、企业融资便利化等可能带来的风险，应当设立起有效的风险防范屏障，提高风险监管能力。

三、上海自贸试验区的立法路径

（一）指导思想

自贸试验区的立法应当确立“权限明确、程序合法、层次合理、灵活处理”的指导思想。

权限明确：在自贸试验区立法中，必须明确中央与地方各自的立法权限、明确立法机关与行政机关各自的立法权限。

程序合法：自贸试验区立法应当根据不同法类型的程序规则展开立法活动。也包括授权立法中的概括授权禁止、转授权禁止等。

层次合理：自贸试验区立法应当形成位阶多样、功能互补的立法体系，适度调整过度依赖中央部委规章及行政规范性文件的传统模式。同时，也应当权衡考虑地方立法的形式，即如何在地方性法规、地方政府规章，以及行政规范性文件之间进行选择。

灵活处理：建设自贸试验区的主要任务是探索对外开放的新路径和新模式。这既是体制机制的变革，也是开放模式的创新，因此，在遵循前述三项原则的前提下，也应当考虑自贸试验区立法的灵活性。如针对特定地区、特定事项，由法定机关决定暂停或调整部分法律规定的事项；由法定机关授予部分地方特定的立法事项等。

（二）中央层面的立法

1. 立法措施

作为“先行先试”的试验区，在中央层面上不适宜制定统一的法典，而适宜（1）由全国人大及其常委会决定暂停或调整部分法律规定在自由贸易试验区的适用、由全国人大及其常委会决定授权地方人大及其常委会部分立法权限；（2）由国务院在法定的权限内，针对部分领域制定行政法规或发布决定；（3）由相关的中央部委在法定的权限内，针对部分领域制定部委规章或行政规范性文件；（4）既有法律有解释适用空间的，可以由有权机关解释适用。

2. 立法事项

外商投资管理事项：在法律的适用上，《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在中国（上海）自由贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》授权国务院调整了《外资企业法》、《中外合资经营企业法》和《中外合作

经营企业法》对国家规定实施准入特别管理措施之外的外商投资有关行政审批事项。

海关监管事项：根据《海关法》第 34 条的规定，由海关总署制定相关海关监管办法。在目前，海关监管仍应以海关特殊监管区域的监管办法为基础，针对自贸试验区建设紧迫的事项，通过行政规范性文件制定特别措施，促进贸易便利化，落实选择性征税政策。⁶

外汇管理事项：以贸易投资便利化为原则、以放松外汇管制为方向，在适当的时候由国务院调整《外汇管理条例》部分内容的适用，同时由外汇管理局制定自由贸易试验区外汇管理办法，积极推动人民币资本项目可兑换、人民币跨境使用。⁷

此外，在对外贸易、工商管理、金融等诸领域，由相关部委制定相应的管理规范。

（三）地方层面的立法

1. 立法模式

根据传统上的中央与地方关系模式，自由贸易试验区实行“统一领导、属地管理”原则。即上海自贸试验区由其所在的上海市负责管理。但从传统海关监管区域的管理体制上看，在该区域内存在着地方政府与中央主管部门（尤其是中央垂直管理机构）之间、地方政府与监管区域统一管理机关之间、监管区域统一管理机构和地方政府工作部分之间等多重分工与合作关系。因此，在地方立法模式上，（1）应当借鉴既有的海关特殊监管区域的地方立法模式，制定自由贸易试验区条例或管理办法。⁸（2）由国务院授权地方政府对部分中央政府立法事项作出规定；⁹（3）由地方政府及其工作部门在推动金融创新、开放创新等方面制定指导性意见或办法；（4）由地方人民政府在职权范围内制定行政规范性文件；¹⁰（5）由地方政府工作部门在职权范围内制定行政规范性文件。¹¹

2. 立法事项

管理体制：《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》规定了，自贸试验区管委会的法律性质、法律地位、职责及其来源；管委会与中央垂直管理机构之间的关系及其处理；管委会与地方政府工作部门之间的关系及其处理等。

一般行政管理：《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》规定了管委会的行政审批事项、具体管理事务和行政处罚权。

⁶ 如《海关总署关于支持和促进中国（上海）自由贸易试验区建设的若干措施》。

⁷ 目前仍适用《保税监管区域外汇管理办法》。

⁸ 《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》（上海市人民政府令第 7 号）。

⁹ 如《中国（上海）自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2013 年）》（沪府发〔2013〕75 号）。

¹⁰ 如《中国（上海）自由贸易试验区境外投资开办企业备案管理办法》（沪府发〔2013〕74 号）。

¹¹ 如上海市工商行政管理局《关于中国（上海）自由贸易试验区内企业登记管理的规定》。

指导性规定：在金融、外汇等非地方性事务上，采用引用性条款、管理便利化规定，以及指导性规定。

上海财经大学自贸区法治研究中心简介

2013年4月，上海财经大学法学院成立自贸区法治研究中心。10月12日，上海财经大学整合自贸区法治研究中心、自贸区研究中心、现代服务业研究院，成立上海财经大学自贸区研究院、上海发展研究院。10月26日，上海财经大学牵头，协同对外经贸大学、华东政法大学、上海对外经贸大学、中国（上海）自贸试验区管委会等成立中国（上海）自由贸易试验区协同创新中心。

上海财经大学自贸区法治研究中心自成立以来，先后承接了《上海自贸区法治保障研究》（上海财大协同创新项目）、《自贸试验区首轮条例规定论证及立法研究》（2013年度上海市咨询课题）、《促进中国（上海）自贸试验区发展的相关保障体制与政策体系》（国家自然科学基金2013年第5期应急研究项目）等课题，团队成员先后在《东方法学》《法学》等刊物上发表多篇论文，提供的决策咨询成果专报受到上海市有关部门与领导的高度重视，多份成果获领导重要批示。举办第一届自由贸易法治论坛暨中国（上海）自贸试验区法治保障研讨会（2013年10月27日，与《法学》编辑部共同举办）；第二届自由贸易法治论坛暨中国（上海）自贸试验区立法与司法研讨会（2013年12月1日，与《华东政法大学学报》编辑部共同举办）；第三届自由贸易法治论坛暨中国（上海）自贸试验区行政法治研讨会（2013年12月7日，与《政治与法律》编辑部共同举办）。启动了《自由贸易法治译丛》的首批五本著作的翻译工作；启动了《自由贸易法治评论》（1卷/年）与《自贸区法治发展年度报告》的撰写工作；发布了《自贸区法治专项研究生创新项目》十项；启动了“自贸区高级法律人才培养项目”，为该项目提供《自贸区法治专题研究》（中文）、《国际投资法》（英文）、《国际贸易法》（英文）、《国际金融法》（英文）等四门研究生课程，合计12个学分。

上海财经大学自贸区法治研究中心将长期承担下述任务：

一、从事自由贸易法治的研究任务，通过承接各类课题、发表论文、提供咨询等方式，推进中国自贸区法治建设、国际经贸新秩序的建构，以及中国经贸法律制度变革。

二、培养自贸区法治的高级人才以及培训通晓国际规则、熟悉自贸区规则的业界精英。

三、举办自贸区法治系列论坛、会议。

四、撰写出版《自由贸易法治论丛》、《自由贸易法治译丛》、《自由贸易法治评论》（定期连续出版物）、《自贸区法治发展年度报告》等。