

中国(上海)自由贸易试验区的司法试验

● 郑少华*

【内容摘要】 司法试验是中国(上海)自由贸易试验区的重要组成部分。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、商事惯例成为法源、法律的一体适用等构成了自贸试验区的司法试验系统。而这个系统要发挥充分优势,则无法舍弃其中的任何一部分。

【关键词】 自贸试验区 司法试验

在新时期,中国司法已经历了三轮改革,但在如何满足社会与公众的司法需求,进而在国家政治框架中寻求一合理位置,以达国家与社会的长治久安,满足各方期待等方面,始终未能有一准确定位。在中国司法业已启动新一轮改革之际,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(以下简称自贸试验区)揭牌成立,^①能否将自贸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”,值得做一思考。根据国务院公布的《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》,设立自贸试验区的目的有二:^②一是改革。即在自贸试验区内实行的新规,经过若干时间的实施,将在全国范围内或全国若干地区实施之;二是开放。即自贸试验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,转化成为国际社会经贸的新规则,从而参与国际经贸新秩序的建构。从这两个角度看,司法必然有其参与和担当,甚至可以说,司法是必须参与自贸试验区新规的建构以及推动自贸试验区上述两个功能的实现的。于是,司法试验构成了自贸试验区的一个重要部分。

一、专门的自贸试验区审判机关是司法试验的机构保障

自贸试验区设立后,必然会涉及到商事纠纷,于是商事争端解决机制便提上了议事日程。考察国外那些比较成熟的自由贸易区的运转情况,我们可以发现它们基本上都是以成立专门法院的方式来处理区内商事纠纷的。因此,在自贸试验区内成立中国(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,有其可行性。具体的理由如下:

1. 有利于解决目前法院案多人少的矛盾。我国东南沿海地区的法院正处于“诉讼爆炸”的时代,基

* 作者单位: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。本文系国家自然科学基金 2013 年第 5 期应急研究项目《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》与 2013 年度上海市政府咨询课题《自贸试验区首轮条例规定论证及立法研究》的成果。

① 参见张利红:《中国(上海)自由贸易试验区 9 月 29 日正式挂牌》,http://news.xinhuanet.com/local/2013-09/29/c_125466984.htm,2013 年 11 月 5 日访问。

② 参见《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》的总体要求。

层法院一线法官一年的办案数近 300 件,^③法官穷于应对案件。在这种情况下,若不成立专门的自贸试验区法院,而是让本来就年均办案数量居高不下的浦东新区法院的法官们再承接自贸试验区与日俱增的案件,如此,不但很难提高自贸试验区案件审理的质量,而且不利于自贸试验区案件裁决的精品化。

2. 有利于新型案件的及时裁决与及时总结,同时有利于立法机关及时汲取司法中的经验。在自贸试验区实行新规,会出现大量新型的案件,而对这些案件的及时裁决,有助于自贸试验区的良性运行。作为一个成文法国家,对司法案件的及时总结还便于立法机关在制定法律过程中及时汲取其中的经验。

3. 有利于新型案件的专门审理。在自贸试验区实行新规,从目前所开放的领域以及负面清单管理看,案件涉及的类型主要包括:投资、贸易、金融、海商、税收争议、行政以及普通商事等 7 大类型,而且这些类型的案件与国内其他地方案件相比,有其特殊性。因此,在自贸试验区设立法院,再按案件的类型实行分庭管理,就显得十分必要。分庭审理可使新型案件审理专门化,有助于提升案件审理的质量,提高司法效率,也有助于将来自贸试验区新规在全国其他地方进行复制与推广,并为这种复制与推广提供司法经验与成案指引。

4. 作为中级法院建制的专门法院,有利于减少法院层级,便于自贸试验区法院及时向立法机关与最高人民法院提供立法建议与司法建议。

二、整合多元纠纷解决机制

在自贸试验区内,已经成立了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及上海仲裁委员会等,可以说自贸试验区内的企业可以选择的中国仲裁机构有多家。此外,当事人双方还可以约定境外的仲裁机构进行仲裁,因此,自贸试验区内企业并不缺乏对仲裁机构的选择。但是,对于包括仲裁在内的非诉讼多元纠纷解决机制(ADR)如何进行整合,还涉及到司法权的边界问题。

(一) 仲裁的优势

在商事交易的发展过程中,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,故出现纠纷在所难免。为了促进商事交易的迅捷与保护交易的安全,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以下的内在逻辑: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,即认为熟人之间更具有安全感和信任感。其二,商事纠纷的解决是经商的一种技艺。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,发展演变成今天通行于国际经贸领域的现代商事仲裁,其具有现代司法所不具有的独特优势:(1) 秘密性。仲裁庭向来以不公开审理为原则,因此,仲裁具备的这种秘密性减少了商事交易秘密泄露的可能性,也是仲裁成为众多商人首选的解决纠纷方式的原因所在。(2) 自愿性。现代商事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,这种自愿性体现了商人自治的特性,有利于商人自我治理与自我保护。(3) 终局性。仲裁的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时,首先就需要有机整合 ADR 机制,特别是发挥仲裁机制的作用,让仲裁充分地体现秘密性与自愿性。是以,在自贸试验区中是否允许境外仲裁机构的介入,便成为一个需要讨论的议题。笔者认为,境外仲裁机构特别是香港仲裁机构的率先引进,可以在整合 ADR 机制中发挥如下功效:一是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;二是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。

^③ 参见范春生:《基层法官有苦难言“4个半人”办案668件》, <http://politics.people.com.cn/n/2012/0827/c70731-18842184.html>, 2013年11月5日访问。

仲裁的秘密性与资源性优势,与司法裁判形成了有效的竞争,如此不仅可以使司法机构的裁决更加透明、更加中立和更有效率,而且可以使司法权的边界得以清晰化。

(二)不可仲裁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是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强制性之间的关系,各国法律通常都会规定不可仲裁的争议事项,即属于公共政策范围内的争议事项应由法院管辖。

对此,《中华人民共和国仲裁法》第3条采取了概括方式列举了不可仲裁的事项,即“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。”《中华人民共和国民事诉讼法》第266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。”《中华人民共和国民事诉讼法》第237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。《中华人民共和国民事诉讼法》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呢?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看,应该说,并不存在上述问题。但是,由于自贸试验区对企业的核准制改为备案制,且实行负面清单管理模式,因此,对于不可仲裁的争议事项仅由《中华人民共和国仲裁法》第3条规定之,似过于简陋。所以,应该进一步明确规定公共政策范围事项的不可仲裁性,并采取列举的方式来划定司法权的边界。

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

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。最高人民法院将开启的新一轮司法改革必然会以此为归依,进行深化。那么,在自贸试验区中,司法试验亦可以此为指针来推行法官负责制,强化司法独立。

所谓法官负责制,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,^⑤否则,案件皆不通过审判委员会讨论直接由法官独立做出裁判。自贸试验区实行法官负责制,一方面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;另一方面可以使司法获得当事人,特别是外商的信任。同时还可以减少司法流程,提高司法效率。此外,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。甚至还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,^⑥该规则以保护董事、经理人和控制股东,使之不至于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

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

^⑤ 该问题在本文后述“遵循先例”部分中论述。

^⑥ See Douglas M. Branson, The Role That Isn't a Rule - The Business Judgment Rule, 36 Valparaiso University Law Review, 631 (2002).

于公司收购、股利分配和公司资本减少等方面。^⑦ 美国特拉华州以其最佳服务^⑧成为美国许多大公司的首选注册地^⑨就与其法院系统尊重商业判断规则有着很大的关系。

商业判断规则“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。”所以,美国特拉华州最高法院在“*Aronson v. Lewis*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。^⑩ 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”,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。^⑪ 美国法学会在《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时对公司负有诚信义务。其方式是代表他或她合理地相信是为了公司的最佳利益,并且是以一个普通的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)款的内容从其规定。(c)高级主管或董事在做出一项商业判断时符合下述条件的,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的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做出的。”^⑫

同样,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,主要理由有:(1)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”。(2)相对于商人来说,法官所做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。(3)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

遵循先例原则是英美法系的司法传统。在判例法国家中,若无遵循先例原则,判例法就无从发展起来。但随着全球经贸一体化的发展,特别是第二次世界大战以后,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。尽管对于指导性案例性质的认定,学者们有着不同的理解,^⑬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。

“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,是共同经验的反映,是以人们共同的生活习惯为基础的。判例法产生于司法判决,是对以往案例的真实记录,

^⑦ 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》,《法商研究》2013年第3期。

^⑧ 参见施天涛:《公司法》,法律出版社2006年版,第85页。

^⑨ 参见王凌红、郭小梅:《美国公司法中商业判断规则研究》,《长江论坛》2012年第5期。

^⑩ 同上注。

^⑪ 同上注。

^⑫ 美国法学会:《公司法治理原则:分析与建议》上卷,楼建波、陈沛恒等译,法律出版社2006年版,第159~160页。

^⑬ 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;王利明:《我国案例指导制度若干问题研究》,《法学》2012年第1期。

是活生生的法律,看得见,摸得着。”^⑭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,对这些判例法做出归纳分析,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。”^⑮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:一是遵从有约束力的判例;二是推翻前例;三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。^⑯

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相吻合。其次,自贸试验区在3年时间里,必然缺乏成文法(法典法)的支撑,而各类商事纠纷要得到较圆满的解决,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,或者是我国发展指导性案例,其中的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:(1)自贸试验区法院必须有判例或指导性案例。凡通过审判委员会讨论的案件,可以直接成为自贸试验区法院的判例或指导性案例,作为后来案件的“先例”。(2)上级法院可以通过二审或再审,发展自贸试验区的判例或指导性案例。(3)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。

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。^⑰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。^⑱因此,在自贸试验区的法治建设过程中,如欲将商事习惯作为法源,必须解决好以下两个问题。

1. 商事惯例与国际惯例的关系。我国现有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。按现有的法律规定,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,^⑲因此,不应区分国内商事惯例与国际商事惯例。另外,可以通过最高人民法院颁布司法解释的方式,规定自贸试验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。

2. 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7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

^⑭ 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。

^⑮ 钱弘道:《英美法讲座》,清华大学出版社2004年版,第10页。

^⑯ 参见陆洲、李华国:《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。

^⑰ 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7条之规定,《中华人民共和国合同法》规定了“交易习惯”的法条共有9条,即第22条、第26条、第60条、第61条、第92条、第125条、第136条、第293条、第368条。

^⑱ 参见《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国海商法》、《中华人民共和国票据法》、《中华人民共和国民用航空法》和《中华人民共和国归侨侨眷权益保护法》中的相关法条。

^⑲ 本文在后文中将论及。

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,自贸试验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,就必须首先打破这种区隔,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。对自贸试验区法院来说,就将面临着法律的一体适用问题,亦即无论内贸(内资),还是外贸(外资)都适用相同的法律问题。

对于自贸试验区司法而言,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

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,则无法舍弃其中的任何一部分。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。

(责任编辑:谢 青)