

上海自贸区司法保障制度之建设

The Establishment of Legal Framework in Shanghai Free Trade Zone

陈 刚*
Chen, Gang

目 录

- I. 導言
- II. 人民法院應對自貿區建設應有全新的司法理念
- III. 自貿區建設司法保障中的程序和机制問題
- IV. 自貿區建設中的若干法律适用問題
- V. 結語
- 補充材料

内容提要

中国（上海）自由贸易试验区改革需要司法的有力保障。但是按照上海自贸区设立的法律依据之《总体方案》的规定，上海自贸区的“先行先试”期间为二至三年。由于中国的立法程序比较严谨和费时，因此有关自贸区的立法必然具有相对的滞后性。于此情形下，如果人民法院坐等制定法的完善，则必然会阻碍改革进程，不能向自贸区建设提供有力的司法保障。因此，人民法院在为自贸区提供司法保障的过程中，应当更新司法理念，处理好法的安定性与妥当性、法律与政策、市场自治与国家管制、营业自由与交易安全的关系，为自贸区改革提供安全的法律环境。人民法院应当解决处理自贸区案件中出现的诉讼程序和机制建设问题，并研判各种即将面临的实体法律问题，明确司法政策，形成有益的自贸区司

논문접수일 : 2014.10.18

심사완료일 : 2014.11.06

게재확정일 : 2014.11.06

* 화동정법대학 교수, 중국민사소송법학회 상임이사

法经验，从而实现中国政府在上海首先设立自贸区的目的，即通过“先行先试”，为中国的下一轮自贸区设立提供可复制、可推广的有益经验。

关键词：上海自贸区，司法保障，先行先试，改革经验，自贸区法院

1. 引言

中国（上海）自由贸易试验区（以下简称“上海自贸区”）是中国政府出于国家战略发展需要，为了在新的历史情势下继续推进改革开放而实施的一项重大举措。设立上海自贸区的法律基础是《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》（国发〔2013〕38号，下称“总体方案”）。《总体方案》于2013年7月3日经国务院常务会议通过，同年9月18日，经国务院批准和公布。按照《总体方案》的规定，上海市人民政府是具体实施《总体方案》的负责人，2013年9月29日上海自贸区正式开始运营。自上海自贸区设立以后，在全国许多地域掀起了申报设立自贸区的热潮，目前已有12个地方向国务院提出了设立自贸区申请，其中包括广东自贸区、自贸港区、自贸区、重庆自贸区、自贸园区、天津自贸区等。

在上海自贸区设立之前，中国尚没有在国内设立自由贸易区的经验，因此，上海自贸区具有为中国改革开放和自贸区建设积累实践经验的意义，所以它被命名为“自由贸易试验区”。按照《总体方案》的规定，上海自贸区“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¹⁾”。与此同时，《总体方案》还规定上海自贸区的总体建设目标是“经过两至三年的改革试验，加快转变政府职能，积极推进服务业扩大开放和外商投资管理体制改革，大力发展总部经济和新型贸易业态，加快探索资本项目可兑换和金融服务全面开放，探索建立货物状态分类监管模式，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

1) 《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》第一部分（总体要求）的序言。

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，更好地为全国服务。”²⁾关于上海自贸区作为“试验区”的意义和作用，可以用一句话加以概括，即对于中国未来的改革开放，通过“先行先试”的方法，承担着提供可以复制、可以推广的改革经验的重要任务。

按照《总体方案》的规定，建设和完备与自贸区健康发展相适应的法制即法律保障制度，是上海自贸区所应承担的主要任务之一³⁾。不仅如此，作为上海自贸区“基本法”的《中国（上海）自由贸易试验区条例》（下称“自贸区条例”）⁴⁾也在第八章“法治环境”中明确规定，坚持运用法治思维、法治方式在自贸区开展各项改革创新，为自贸区建设营造良好的法治环境，以及要求在自贸区依法设立司法机构，公正高效地保障中外当事人合法权益（自贸区条例第46条、第56条）。

因此，在上海自贸区承担的通过“先行先试”提供可以复制、可以推广的实践经验之重要任务中，提供成功的司法经验也是其中的一项重要内容。按照现行中国法律和法院制度的规定，从级别管辖和事物管辖方面而言，上海市浦东新区人民法院（下称“浦东法院”）、上海市第一中级人民法院和上海市第一中级人民法院（下称“上海一中院”和“上海二中院”）、上海市高级人民法院、最高人民法院，都是有可能与涉及自贸区的诉讼案件发生审判业务关系的法院（详见补充材料1）。因此，以上各级人民法院也都对如何为上海自贸区健康运作提供有效的司法保障问题表示出高度重视，并各自建立了相应的审判组织和专门调研机构。

浦东法院经上海市高级人民法院批准，在自贸区内设立了自贸区法庭⁵⁾，专门集中受理涉及自贸区的民商事案件。自贸区法庭自2013年11月5日成立以来，揭止2014年9月26日，在近10个月的时间里共受理案件中364件，其中涉外案件为18件

2) 《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》第一部分（总体要求）（二）（总体目标）。

3) 《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》第二部分（主要任务和措施）（五）（完善法制领域的制度保障）。

4) 2014年7月25日，上海市第十四届人大常委会第十四次会议表决通过了《中国（上海）自由贸易试验区条例》，自当年8月1日起施行。《自贸区条例》属于地方立法，由9章57条构成，从管理体制、投资开放、贸易便利、金融服务、税收管理、综合监管、法制环境等方面对推进自贸区建设进行了全面性规范。其立法目的是确立保障上海自贸区生成和发展的法制基础，为自贸区深化改革创新，确保各项制度试点在法律框架下顺利开展提供强有力的法律保障。

5) 有关上海自贸区法庭的实际运营情况，详见自贸区法庭官网<http://www.ftzcourt.gov.cn/zmqweb/gweb/index.html>该官网采用中英文对外发表信息。

(总诉额11亿元)，超过1000万的案件有23件，诉额最大的为1.32亿⁶⁾。2014年9月28日，在浦东法院举办的纪念自贸区法庭成立一周年的新闻发布会上，浦东法院公布了《进一步推进司法服务保障中国（上海）自由贸易试验区建设的意见》。该《意见》由四部分30条构成，其宗旨是要求浦东法院及自贸区法庭在已经取得的实践经验基础上，进一步强化符合上海自贸区建设所追求的司法理念，进一步创新涉自贸区案件的审判机制，进一步发挥涉自贸区案件的审判职能，进一步延伸与自贸区建设相关的司法职能，即“四个进一步”。

上海一中院作为浦东法院的上诉审法院，为了向上海自贸区建设提供更好的司法服务和保障，确保国家法律和政策得到统一正确实施，于2014年4月23日制定和公布了《上海市第一中级人民法院涉中国（上海）自由贸易试验区案件审判指引（试行）》（上海市第一中级人民法院审判委员会第12次会议通过）。该《指引》共计100条，包括总则、涉自贸区案件的立案与送达、审理、执行、审判机制、审判延伸等七章内容。与此同时，上海一中院成立了专门审理自贸区案件的自贸合议庭，并成立了可以跨庭从事审判业务的应对小组和研究小组，对涉自贸区案件的审理进行统一协调和跟踪研究，以有效处理涉自贸区案件和总结审判经验。此外，上海一中院还与上海财经大学共同建立了自由贸易区司法研究中心，整合实务与学界的力量对自贸区的法律适用问题进行研究。2013年10月12日，华东政法大学以上海自贸区正式运营为契机，设立了中国自由贸易区法律研究院，并成立了由政府机关、司法机关、学者共同组成的专家咨询委员会，旨在通过与政府机关、司法机以及其他相关实务部门的通力合作，为中国自贸区的法制建设贡献力量⁷⁾。

虽然上海自贸区并不处于上海二中院的司法管辖区域内，但按照最高人民法院有关司法管辖的规定，上海二中院对上海国际经济贸易仲裁委员会的仲裁案件承担司法审查和仲裁裁决的执行工作。在这个意义上，涉及上海自贸区仲裁案件的司法审查和仲裁裁决的执行工作全部由上海二中院担当。为了更好地发挥司法机关对上海自贸区建设的司法服务和司法保障作用，上海二中院制定了《关于适用〈中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则〉仲裁案件司法审查和执行的若干意

6) “上海浦东法院30条举措回应自贸区建设新需求”，《人民法院报》2014年9月29日头版。

7) 有关华东政法大学中国自由贸易区法律研究院的活动情况，请登录其官网<http://ftz.ecupl.edu.cn/index.php>

见》，并于2014年5月4日起施行。该《若干意见》由20条组成，其特点和具体内容的介绍，请参见我的同事傅雪峰先生在本次研讨会上发表的论文《〈中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则〉之解读》。

上海市高级人民法院作为上海自贸区所在地的最高审判机关，为了全面把握上海自贸区建设对人民法院工作提出的新要求和新任务，为上海自贸区建设提供强有力的司法保障和优质高效的法律服务，结合上海法院工作实际，制定了《上海法院服务保障中国（上海）自由贸易试验区建设的意见》。该《意见》分为1、深刻领会自贸试验区建设的战略意义，增强为自贸试验区建设提供强有力司法保障的大局意识和责任意识；2、更新司法理念，积极准确回应自贸试验区法治化、国际化营商环境的司法需求；3、深化司法改革，探索积累可复制、可推广的司法保障经验；4、充分发挥审判职能作用，为加快政府职能转变、促进自贸试验区贸易投资发展提供司法保障和服务；5、加强队伍建设，着力打造适应自贸试验区国际化、法治化建设要求的法官队伍；等五个部分，计20条。

最高人民法院作为中国的最高审判机关，因对维护法律适用的统一负有法定义务，因此也针对上海自贸区司法保障制度建设的实际情况，积极着手调研和起草相关的指导意见。目前，最高人民法院在民事审判四庭设立了“自由贸易试验区司法保障课题组”，并结合对上海自贸区的调研情况，由该庭长罗东川执笔，在人民法院官报上发表了《上海自由贸易试验区法治保障问题初探》⁸⁾。

在上海自贸区建设的过程中，由于面临区内和区外的差别，法律与政策的碰撞，必然会产生大量的纠纷和诉讼。因此，如何有效应对这些在改革开放和自贸区建设过程中的出现全新问题，应是人民法院面临的时代课题。

II. 人民法院应对自贸区建设应有全新的司法理念

人民法院作为司法机关，首先是现行有效的实证法的适用者和现有法秩序的保护者。通过司法过程保障法律的安定性和可预测性是司法的首要职能。自贸区建

8) 最高人民法院民四庭自由贸易试验区司法保障课题组：“上海自由贸易试验区法治保障问题初探”，载《人民法院报》2014年4月30日。

设是对现有法律秩序的重大改变，无论是金融、投资、贸易，还是行政监管，按照国务院《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》的要求，均对现行法律规定有较大的突破。有的改革措施如公司注册资本和登记制度的改革不仅突破了现有的民商事法律，甚至突破了刑法的相关规定。而根据《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》，全国人大暂停实施的法律只有三部外商投资法中的行政审批部分。国务院调整实施的32部行政法规和规范性文件涉及的内容也主要集中在行政审批和有关资质要求、股比限制、经营范围限制等准入特别管理措施方面。因此，在自贸区的试验中，将不可避免地遇到区内与区外法律环境的巨大反差。此种反差一旦体现到诉讼之中，将形成法院适用法律的困难。对人民法院而言，一方面应当为自贸区的先行先试提供安全的法律环境；另一方面，通过对涉自贸区案件的审理，通过解释法律、漏洞补充等方法形成裁判规则，进而使司法经验成为自贸区建设经验的一部分。在此过程中，人民法院将面临几重矛盾。处理好这些矛盾，对于自贸区司法经验的形成具有重要的指导意义。

1. 法律的安定性与妥当性的关系

法治的首要价值在于法的安定性。人民法院应当通过司法裁判，将立法者的意图实现在判决中。但在自贸区改革所涉及的金融、投资、贸易、行政监管等领域，大部分需要通过对原有法律的突破来实现改革的目的。特别是在多以强行性规范出现的金融、投资领域，负面清单以外的业务将不再受到准入前的限制，而相关立法的修改必然有一个滞后的过程。如果适用原有法律，则法律的妥当性或适时性将受到质疑。如果不适用原有法律，则又会对法治的原则构成挑战。在经济体制和社会制度已经定型的国家，法的安定性当然是首要的法律价值，但在涉自贸区事务上，法的妥当性则具有更大的价值优越性。当现行法律与改革的目标产生严重冲突时，若适用原有法律将带来严重阻碍改革目标时，法院应以法的妥当性作为评

价判决法律效果和社会效果统一的重要标准。

2. 法律和政策的关系

自贸区内涉及到的各种营业和交易型态，均面临法律的界限问题。目前生效的位价最高的涉及自贸区先行先试改革的内容主要是三部外资法和公司法中暂停实施和修改的部分。其余的金融、投资、贸易、知识产权、合同、劳动等法律均未做修改，而且短期内亦无明确的修改计划。因此，自贸区的宏观法律环境并没有太大的改变。国务院的总体方案以国办文件的形式下发，实际上其效力位阶只是行政规章，严格意义上来讲，连行政法规都够不上。因此，自贸区的改革方案面临先天性的效力位阶不高的问题。因此，单就总体方案的效力而言，是远远低于现行全国人大及其常委会通过的法律的。但是否就可以得出结论，总体方案只要和法律抵触就无效呢？似乎不能简单地地下此结论。我国诸多基本法律均有一般性的法律原则，其中包含了公共政策的内容。而总体方案作为自贸区的改革政策，具有公共政策的内容。尤其值得提出的是，十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中关于自贸区和投资、金融、贸易、行政监管等方面的内容更是现阶段我国的基本政策。在解释涉及自贸区改革的相关法律时，应以该决定和总体方案为解释法律的重要依据。当然，在社会主义法律体系已经形成的当下，重提政策的优先地位有不合时宜之嫌。但法律永远是为解决现实问题而存在的，在立法机关未来得及将涉自贸区的改革政策转化为法律之前，政策在法解释中的重要地位是无法回避的。当然，在通过司法裁判将政策规则化后，可将通过裁判形成的涉自贸区的规则上升为司法解释或者立法，并应尽快缩短这一进程，以实现法律的安定性。

3. 市场自治与国家管制的关系

根据总体方案的要求，自贸区的改革应进一步转换政策职能，大力度改革行政审批和市场准入制度，为贸易自由化探索出一条新路。因此，本轮自贸区的改革，既有应对中美BIT谈判和TTP、TTIP协议对我国的国际市场空间挤压的现实需要，也有以此为契机带动中国经济进一步自由化、市场化的要求。从已公布的各种措施来看，自贸区内的市场自治程度远高于区外。如何处理好市场自治与国家管制的关系，是司法者在裁判涉自贸区相关案件时必须考量的因素。总体而

言, 在涉自贸区案件的审判指导思想上, 应树立市场自治的理念, 国家管制应仅限于必要的限度之内。

4. 营业自由与交易安全的关系

自贸区内企业从设立到运行, 具有较高的营业自由。尤其是在设立阶段, 采取了一口受理、先照后证的方式。在海关方面, 采取了关外境内的新措施。在公司资本制度上也由实缴资本制改为认缴资本制。在企业运行的监管方面, 由事先审批变为事中、事后监管, 这些措施, 有效缩短了企业的成立周期, 极大地改善了企业的营商环境, 降低了企业的设立和运行成本。但在管制放松的同时, 也必然给交易的安全带来隐患, 如果在交易安全方面没有相应的制度建设, 将不可避免地引发商业欺诈、洗钱等商业侵权甚至犯罪行为的泛滥。因此, 在相关案件的裁判中, 要以交易的安全和信赖保护作为重要的司法理念。

在上海自贸区先行先试的三年试验期内, 由于立法必然具有相对滞后性, 如果坐等成文法的完善, 必然会阻碍改革进程。因此, 法院在涉自贸区案件的审理中, 必须具有全新的司法理念, 和把握政策和法律界限的高超司法能力, 力争判决的最佳社会效果, 即保护支持改革的成果, 厘定市场自治的空间, 为改革提供安全的试验环境和准确的司法指引。

III. 自贸区建设司法保障中的程序和机制问题

自贸区改革是全方位的改革试验, 除了因自贸区内均为企业, 没有自然人的居民, 不可能有单纯自然人之间发生的诸如婚姻家庭继承等相应民事纠纷外, 自贸区内民事主体的所有经营行为, 政府的所有行政行为均有可能涉及诉讼。因此, 对涉自贸区的诉讼类型目前尚无法做出准确的预测。从理论上讲, 有多少种交易, 就可能有多少种诉讼。在这些诉讼中, 有些属于自贸区成立之前就有的传统贸易、投资、金融纠纷, 有些则直接涉及到自贸区改革的政策与法律边界。后者是人民法院司法应对所应关注的焦点。但由于法院对诉讼的审理有一个周期, 即

使遇到复杂的法律适用难题，也有相对充裕的时间去解决。自贸区改革过程中，人民法院提供司法保障首要的是程序和机制问题。

1. 管辖问题

自贸区改革涉及面广，政策性强，为保证法律适用的统一，最好能够由专门的法院集中受理涉自贸区相关案件，实现对涉自贸区案件的集中管辖、专属管辖。上海市浦东新区人民法院为此建立了专门的自贸区法庭，一中院也专门成立了自贸专项合议庭。但这只解决了部分问题，当事人仍然可以通过协议管辖或挑选管辖的连结点如合同签订地、合同履行地、被告住所地、侵权行为发生地、侵权结果发生地、可执行财产所在地等实现其挑选法院（forum shopping）的诉讼目的。而就涉自贸区案件的法律、政策把握来看，这些被当事人挑选的法院未必是最合适的法院。我国没有像英美法一样的“不方便法院”原则，有管辖权的法院主动向更合适的法院移送案件，实践中也无此种礼让先例。通过对涉自贸区案件集中管辖和专属管辖，可以有效解决这一难题。当然，做出此种决定的权力属于最高人民法院，但在最高人民法院做出决定之前，至少应当在上海实现此类案件的集中管辖和专属管辖。如果案件达到一定体量，建立专门的自贸区法院亦具有可行性与必要性。

2. ADR问题

多元化的纠纷解决机制是各国共同的法律潮流。在自贸区内，建立有效的ADR机制，实现专业的商事、金融、知识产权调解机构、行政调处机构、仲裁机构与司法的有效整合，对于自贸区纠纷的解决具有积极的意义。在人民法院对仲裁裁决的审查中，亦应以自贸区的相关政策为重要依据。

3. 送达问题

自贸区内相当数量的企业为区内注册、区外经营。为防止空壳企业导致无法送达进而造成诉讼的拖延，应当结合新民事诉讼法的规定，整合企业注册登记机构与法院的

力量, 在企业注册登记时即要求其明确承诺注册登记地为法律文书送达确认地, 如有变更地址应为变更登记, 否则, 因此引发的法律风险由其承担。同时, 应采用电子送达等新民事诉讼法规定的送达手段, 对自贸区涉诉讼企业进行有效送达。

4. 自贸区与法院审判机制改革

在自贸区先行先试的过程中, 人民法院可以结合自贸区改革和人民法院审判权运行机制改革的要求, 在庭审、文书等方面进行大胆的改革尝试。如在庭审中借鉴国外商事法庭的做法, 使用专家陪审员对专业性、政策性强的案件进行审理, 或借鉴国外“法庭之友”的做法, 发挥专家意见、业内人士意见在裁决中的作用。配合法院信息化建设的进程, 在庭审中有效使用远程审理、远程作证等手段, 提高诉讼效率。再如在裁判文书改革中探索对简单商事纠纷使用表格化的裁判文书等。

5. 自贸区与司法公开

司法公开是人民法院提高司法公信力的重要抓手。裁判文书、审判流程和执行信息等司法公开三大平台建设更是人民法院当前工作的重中之重。对于自贸区的改革试验而言, 司法公开就不仅仅是人民法院增加透明度的工作要求, 而是具有保障交易安全、充分披露区内企业信息的现实需要。自贸区企业设立标准降低后, 如何防止道德风险, 防范商业欺诈就成为必须跟进的配套法律措施。区内企业信息的充分披露义务不再是一种倡导, 而是一种强制性的义务。企业的涉诉信息、执行信息应予以充分、及时、有效的披露, 方能有效保护交易安全。因此, 相关法院在涉自贸区的诉讼中, 应有更大的司法公开度。

IV. 自贸区建设中的若干法律适用问题

在自贸区改革过程中, 涉及到众多的法律适用和法理难题。自公法层面而言, 宪法、行政法、刑法均有涉及。如三部外资企业法中涉及行政审批事项的暂停实

施的理解，总体方案的效力位阶，自贸区管委会的行政诉讼主体地位，行政许可和行政处罚的合法性、刑法中的涉及公司类的犯罪等。在私法领域，则涉及到金融、公司、投资、合同、知识产权、劳动争议、房地产等诸多法律。在私法领域中，金融因其自身的重要地位具有对安全性的最高要求，因此，在对央行、银监会、保监会、证监会的相关部门规章和政策进行解释时，须持从严解释的方法，不能做扩张解释，以防止引发系统性的金融风险。

由于金融创新的高风险性和自贸区改革绝不允许引发系统性风险的要求，从已出台的金融监管部门的涉自贸区相关政策来看，都持审慎、安全的态度。相比之下，贸易、投资等领域的自贸区政策解释可以适当从宽掌握。因此，短期之内，因自贸区金融创新引发的法律适用问题的明朗化尚有待自贸区金融改革的进一步深入。在贸易和投资领域，目前已可以预判部分将来必然要面对的法律适用问题。

1. 商事登记制度改革带来的法人民事行为能力问题

我国原来的商事登记均采用先核准、后登记的所谓“先证后照”的管理模式。但在自贸区设立后打响的改革第一枪即是商事登记制度改革，即由原来的“先证后照”改为“先照后证”。即先通过登记取得法人资格，然后再申办相关业务许可。

如果企业法人有照无证的情况下开展了营业活动，其效力如何认定。依民法法理及我国公司法之规定，企业法人的民事权利能力始于注册登记，终于注销登记。在改革之前，法人的民事权利能力和行为能力是同步产生的（终止因有清算程序而未必同步），但改革之后，就产生了法人民事权利能力已经产生，但民事行为能力受限的情况。如何判断在这一时间差内的企业法人的行为效力，就成为必然面对的适法难题。

2. 公司资本制度变化之后带来的商业欺诈和股东出资纠纷的增加

自贸区改革以公司注册资本的改革为突破点，改实缴资本为认缴资本制，也不再进行设立时的验资，降低了企业的设立成本。这一改革成果也为新修订的公司法所吸收，成为体现第一波改革经验的立法。在2013年新修订的公司法中，除法律、行

政法规以及国务院决定对公司注册资本实缴有另行规定的以外，取消了关于有限责任公司和股份有限公司股东（发起人）应自公司成立之日起两年内缴足出资，投资公司在五年内缴足出资的规定；取消了一人有限责任公司股东应一次足额缴纳出资的规定。转而采取公司股东（发起人）自主约定认缴出资额、出资方式、出资期限等，并记载于公司章程的方式。如果企业设立后，股东未按认缴出资额缴纳出资，则可能产生股东出资违约责任和股东的资本充实责任。如果有企业利用设立企业不用验资之便，故意虚报注册资本，可能产生商业欺诈的法律责任。

3. 民商事法律中强制性规范识别的软化

依据合同法第52条第（五）项之规定，违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。为保护交易，防止无效合同的范围过大，在合同法司法解释（二）第十四条中对强制性规定作了限制解释，指出合同法第五十二条第（五）项规定的“强制性规定”，是指效力性强制性规定。在自贸区改革中，与改革目标冲突的原有的效力性强制性规定，应依具体案件之需要进行适当的软化，将其界定为管理性强制性规定（或称取缔性规定），自贸区企业之间的行为若违反此类管理性强制性规定，虽然可导致行政处罚，但并不因此而否定其行为效力。管理性强制性规定的软化和类型化，将是法院在裁判涉自贸区案件时应当重点把握的问题。当然，原有的管理性强制性规定也面临根据自贸区改革需求同步软化的问题。有的管理性强制性规定可能因与改革目的冲突而成为具文。

4. 新型无名合同的解释问题

随着负面清单制度的建立和负面清单的按年调整，自贸区内将出现大量的新型企业经营行为。这些行为主要以新类型的无名合同出现。我国现有合同法及相关法律规定的有名合同类型无法涵盖自贸区内的所有新生交易形态。在这些无名合同的解释中，法官应广采比较法之方法，参酌商事惯例和交易习惯，对新生的无名合同妥加认定，在尊重当事人意思自治的前提下，对合同权利义务与风险做公平的分配。

5. 涉外合同的法律适用和外国法的查明问题

自贸区设立以来，新增的企业多为内资企业，但亦有大量的外资企业。涉外合同纠纷将成为主要的诉讼类型。在涉外合同纠纷案件的审理中，法官除了应准确适用相关国际公约和国际商事惯例外，将不可避免地遇到外国法的查明和适用问题。

从目前的法律实践状况来看，外国法的适用仍面临难以准确查明的情况，从而引发法院最后仍不得不适用法院地法。这种情况并不只发生在我国。在比较法上，外国法的查明与适用也是一个大难题。国内法院适用外国法的确存在危险，诸如缺乏准确的信息，信息是否最新，个案考量与一般适用的差异，社会经济和政治环境的不同，法律的安定性，法院有无足够的时间研究外国法，对外国法律思想缺乏深入理解等。

我国涉外民事关系法律适用法第10条规定，涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。但在实践中，由于未将外国法律作为事实看待，未能充分运用当事人在外国法查明中的举证责任，同时因我国不区分事实审与法律审，法官担心因适用外国法错误而被改判，从而倾向于适用我国法律。

自贸区内一些新型的业务形态具有高度的国际性，在涉及外国法的适用时应当将外国法作为事实看待，由当事人举证后由法院依证据规则做出采信与否的判断。同时，对于外国法的适用错误严格适用举证时限规则，二审不再审查新的外国法证据。唯其如此，方可解决外国法适用的困难。

V. 结语

自贸区建设是中国新一轮改革开放的国家战略，可以说举世瞩目。自贸区改革的可复制、可推广实际上就是要求通过法律的形式将改革探索的成功经验固化。在自贸区的诸多重大改革措施上，并无现成的法律经验可寻。相关规则的形成在一定程度上甚至有赖于法院的司法裁判。因此，认真对等自贸区先行先试中的各种纠纷，并通过司

法的裁决形成全新的交易规则，是自贸区改革必不可少的环节。在这一历史过程中，法院将以其全新的理念和法律技术，能动地运用法律方法，识别、填补明显或隐藏的法律漏洞，缓解目标与手段、理念与现状、保守与创新的张力，积极参与法律规则的续造和新市场秩序的行程，并在此过程中与自贸区共同改革、成长。

[补充材料]

上海自贸区法院的构造和审级

(1) 与韩国采用三级法院体制和二审终审制不同，中国采用四级法院体制和二审终审制。中国法律规定，人民法院原则上按照行政区划设置，由最高人民法院、高级人民法院、中级人民法院、基层人民法院这四级法院组成。最高人民法院相当于韩国的大法院，是国家的最高审判机关，现设在首都北京。最高人民法院以下的人民法院，在法律上统称为地方各级人民法院。中国的行政区分为六级，但人民法院仅在三级以上行政区内设置，三级以下行政区内不设置人民法院。

一级行政区，又称省级行政区，其中包括省、自治区、直辖市、特别行政区（香港和澳门）。按照中国法律规定，每一省级行政区设高级人民法院一所。高级人民法院相当于韩国的高等法院。上海是直辖市，属于省级行政区，因此上海市设有上海市高级人民法院一所。

二级行政区，又称地级行政区，其中包括地区、盟、自治州、地级市。地级行政区曾经也称作专区，是介于省级行政区与县级行政区之间的行政区。按照中国法律规定，每一地级行政区内设中级人民法院一所。但上海因属于直辖市，在其行政辖区内没有设立介于省级行政区与县级行政区的地级行政区，因此，法律采用了变通办法，在上海市行政区内设立两所中级人民法院（1995年7月1日以前为一所），即上海市第一中级人民法院和上海市第二中级人民法院。需要指出，中级人民法院是一级独立的审判组织，不是高级人民法院的派出机构，因此不能将中级人民法院理解为韩国的高等法院分院（支院）。

三级行政区，又称县级行政区，包括县、自治县、旗、自治旗、县级市、市辖区

等。目前，上海市的行政管辖区内设有16个市辖区，一个市辖县，计有17个县级行政区。按照中国法律规定，每一县级行政区内设置一所基层人民法院，因此，目前上海市行政管辖区内设有17所基层人民法院。基层人民法院相当于韩国的地方法院。

按照中国法律规定，在三级行政区以下不设置人民法院。但是，在中国，许多县级行政区的管辖面积较大，人口众多。以上海自贸区所在地的浦东新区人民法院为例，其司法管辖区的面积有1429.67平方公里，常住人口有518.72万人（2012年）。因此，为了便于人民法院审判案件，便于当事人进行诉讼，中国法律规定了人民法庭制度。人民法庭是基层人民法院根据本管辖区的面积、人口和案件的数量及类型等情况，在本管辖区内设立的固定的审判组织。需要指出，人民法庭是基层人民法院的组成部分和派出机构，它以基层人民法院的名义制作和发布判决、裁定。人民法庭类似于韩国的市郡法院。人民法庭通常在每一四级行政区设立一所。四级行政区，又称乡级行政区，主要包括乡、镇、街道（城市）、苏木、县辖区等。在中国，由于一些四级行政区的面积也非常大，人口众多，因此，为了便于人民法院审判案件，便于当事人进行诉讼，中国法律规定了巡回审判制度。巡回审判制度是指人民法院主要是基层人民法院及其人民法庭，根据本辖区的实际情况，就地立案（现地立案）、就地开庭、就地调解以及就地结案的一种审判方式。近年来，基层人民法院和人民法庭为了贯彻和落实“司法为民”的精神，在实务中创立了“人民法庭司法服务工作站”、“人民法院群众工作站”、“社区法官工作站”等定点式审判组织，流动式的“巡回审判车”审判组织，为当地人民提供“上门”（到家里的，或家门口）的审判服务。巡回审判制度和基层人民法院设立的各种工作站，对于保障五级行政区（村级行政区，主要包括村、社区）和六级行政区（组级行政区，主要包括村民小组、居民小组）的人民接近司法提供了便利。

中国法院及上海自贸区法院构造图





(2) 审级

中韩两国的审级制度有如下差异：

第一，中国的人民法院分为最高人民法院、高级人民法院、中级人民法院、基层人民法院四级，韩国的法院分为大法院、高等法院、地方法院三级。在法院的级别设置上，韩国不存在类似于中国的中级人民法院这一级别法院。

第二，韩国实行三审终审制，中国实行二审终审制。

第三，除法律有特别规定外，韩国的审级制度是地方法院为一审法院，高等法院为抗诉审（抗告审）法院（第一级上诉），大法院为上告审（再抗告）法院（第二级上诉，终审法院）。而中国的人民法院分为四级，除基层人民法院固定为一审法院外，按照级别管辖的规定，其他各级人民法院也都可能成为一审法院。级别管辖是指上级人民法院与下级人民法院之间审理一审法院的管辖。当下一级法院作为一审法院时，其上一级法院为上诉审法院，同时也是终审法院。例如，高级人民法院作为一审法院时，其上诉审法院是最高人民法院。作为例外，小额案件实行一审终审制（民事诉讼法162条），由最高人民法院审理的第一审案件，也是实行一审终审制。

尽管法律规定最高人民法院和高级人民法院都具有审理一审案件的权限，但在

实务中，由最高人民法院和高级人民法院担当一审法院的情况相当罕见。在通常情况下，80%的案件由基层人民法院担任一审法院。就上海自贸区法院的审级管辖而言，在通常情况下，浦东法院担任一审法院，上海一中院担任上诉审法院及终审法院。（完）

参考文献

法规：

- 《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》（国发〔2013〕38号），2013年9月18日公布。
- 《中国（上海）自由贸易试验区条例》（上海市第十四届人大常委会第十四次会议通过），2014年8月1日施行。
- 《进一步推进司法服务保障中国（上海）自由贸易试验区建设的意见》，上海市浦东人民法院2014年9月28日公布。
- 《上海市第一中级人民法院涉中国（上海）自由贸易试验区案件审判指引（试行）》（上海市第一中级人民法院审判委员会第12次会议通过），2014年5月1日实施。
- 《上海法院服务保障中国（上海）自由贸易试验区建设的意见》，上海市高级人民法院制定，具体制定和公布的日期不详。

文献：

- 最高人民法院民四庭自由贸易试验区司法保障课题组：“上海自由贸易试验区法治保障问题初探”，载《人民法院报》2014年4月30日。
- 沈国明，“法治创新：建设上海自贸区的基础要求”，《东方法学》2013年第6期。
- 黄韬，“上海自贸区法制改革的两个困境”，《新华月报》（内参）2014年第24期。

[Abstract]

The Establishment of Legal Framework in Shanghai Free Trade Zone

CHEN, GANG

East China University of Political Science and Law

The reform of China (Shanghai) free trade zone needs to be secured by a relevant legal framework. However, the free trade zone will initially only be a trial for two to three years, as per the "Overall Plan" which is the legal base for the construction of Shanghai Free Trade Zone. Due to the strict and time-consuming of legislative procedures in China, the establishment of relevant legal framework for the free trade zone would be lagging. Under this circumstance, if the court system waited for all legislations being established, the development of free trade zone would lack any legal protection. As a result, the process of the free trade zone reform might well be blocked. Therefore, the current legal system needs to be adaptive to the new environment; to strive a balance between the resistivity and effectiveness and between the market autonomy and nation control, as well as business freedom and transaction security. In doing so would provide effective legal protection in the free trade zone. The priority for the legal system is to address new legal issues that require legal reform in the free trade zone. Only then could the free trade zone be successfully set up.

Key words : shanghai free trade zone, legal protection and its reform, judicial safeguard, first implementation, experiences of the reform, free trade area court