

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2022.02.007

论“社会主义现代化建设引领区”的司法保障*

许凯

(华东政法大学国际法学院, 上海 200042)

摘要: 社会主义现代化建设引领区的立法定位兼具自贸试验区与自由贸易港的叠加效应, 表现为“比照经济特区”的授权立法方式。因此, 引领区的司法保障也应兼顾传承与创新两大方面, 在秉持“法治化、市场化、国际化”基本理念的基础上, 从四个方面实现保障路径的贯通: 一是司法主动回应立法变动, 填补引领区“立法真空”; 二是准确定位政策功能, 辩证把握引领区创新政策的司法运用; 三是依法维护市场创新, 贯彻司法对市场的谦抑原则; 四是全面契合国际化需求, 提升引领区司法的国际公信力。上述举措的实现需要构建全新的支撑平台, 故设立国际商事法院不仅符合引领区的政策定位, 而且具备相当之必要性与可行性。国际商事法院在管辖围界方面需要充分考虑“放宽协议管辖”等改革方向, 在审判规则创新方面则应全面对接商事领域的国际通行规则。

关键词: 社会主义现代化建设引领区; 立法定位; 司法保障; 法治化; 市场化; 国际法; 国际商事法院

中图分类号: D922.16

文献标识码: A

文章编号: 2095-8072(2022)02-0093-14

2021年4月23日中共中央、国务院正式发布《关于支持浦东新区高水平改革开放打造社会主义现代化建设引领区的意见》(简称《引领区意见》), 将上海市浦东新区打造为社会主义现代化建设引领区(简称引领区), 既是中央赋予上海的重要使命, 更是新时期国家战略层面的顶层设计。诚如专家所言:“此次引领区的建设, 将开启我国‘3.0版改革’新篇章。”(王战, 2021)根据《引领区意见》, 引领区的打造旨在通过更大力度的制度创新和政策支持, 努力成为更高水平改革开放的开路先锋、全面建设社会主义现代化国家的排头兵、彰显“四个自信”的实践范例。引领区的各项制度探索, 需要以坚强的法治保障为基础, 而司法保障无疑是守住法治底线的重要一环。可以预见的是, 在未来引领区改革全面推进、立法创制持续变动的背景下, 如何发挥、转变司法的理念与功能, 如何为引领区建设这一国家战略提供优质的司法保障, 如何应对法律、政策的变动带来的司法挑战, 必将成为检验引领区是否功成的核心议题。要破解这一议题, 回顾中国近十年以来的改革进程是必由之路, 尤其应当立足于与引领区息息相关的中国(上海)自由贸易试验区(简称上海自贸试验区)及临港新片区此前已经凝结的司法保障经验。当然, 在寻求司法保障共性理念的同时, 也要关注引领区特殊的法治需求, 在传承的基础上再起宏图。鉴于此, 笔者拟

* 基金项目: 本文受2020年度国家社科基金重大项目“中国特色自由贸易港国际法治研究”(项目编号: 20&ZD205)的资助, 本文系项目阶段性研究成果。

在比较自由贸易试验区、自由贸易港法制异同的基础上，对于引领区的法律性质予以分析，进而依据法治化、市场化、国际化的司法保障理念，提出引领区司法保障“和而不同”的路径。

一、社会主义现代化建设引领区的立法定位

作为一个单一制国家，我国司法保障的制度建构原则上应当保持全国范围内的一致性、普适性与稳定性。因此，假如需要针对某一特殊区域探讨司法保障的特殊性、前瞻性与可变性，首先必须对于这一特殊区域的政策设计、制度创新与立法特点进行定位，引领区的司法保障也应遵循这一规律。值得注意的是，虽然引领区这一提法在国内尚属首次，但其在地域范围、功能定位、立法创制等方面与此前的自贸试验区、自由贸易港等特殊经济功能区有着不同程度的交集，因而引领区的立法定位需要建立在回顾、厘清不同经济功能区的基础之上。

（一）自由贸易区与自由贸易园区的法律属性比较

追根溯源，发展自贸试验区战略是中国近十年来改革开放提级换挡的起点，这一战略的践行以2013年上海自贸试验区的设立为起点。时至今日，上海自贸试验区历经2013年初创、2015年扩区、2017年深化和2019年设立临港新片区四个主要阶段，其设计、建立和日臻完善都为我国特殊经济功能区的法治建设带来了丰富的经验。^①但就在上海自贸试验区的初创时期，对于如何界定自贸试验区的法律性质曾引起一些误解。当上海自贸试验区设立前的文献中出现“自由贸易区”这一关键词时，往往由于中文表达的相同而无法辨别其与国际法意义上自由贸易区（Free Trade Area, FTA）的差异。为了避免这种混淆，2008年商务部等部门专门提出将FTZ（Free Trade Zone）和FTA分别翻译为“自由贸易园区”和“自由贸易区”，以示区分（许凯，2020）。虽然这种区分赋予上海自贸试验区以“自由贸易园区”的称谓，却仍有待从法律属性上对两者予以界分。

就国际法意义上的自由贸易区（FTA）概念而言，学者们对其定义虽有所不同，但根本特征上是一致的。如有研究者认为：“自由贸易区是指两个以上的主权国家或单独关税区通过签署协定，在世界贸易组织最惠国待遇的基础上，相互进一步开放市场，分阶段取消绝大部分货物的关税壁垒和非关税壁垒，改善服务和投资的市场准入条件，从而形成的实现贸易和投资自由化的特定区域。”（黄加宁，2012）与发达经济体相比，中国自由贸易区的建设起步较晚，十七大报告中才首次将“实施自由贸易区战略”提升至国家战略层面。但在此后的谈判过程中，中国立足于周边国家和地区的同时，从双边到区域扩展，从小到大寻求升级，先后与东盟、新西兰、智利、巴基

^① 上述四个阶段均以国务院不同时期发布的《方案》为标志，分别为：2013年9月18日《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》、2015年4月8日《进一步深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案》、2017年3月30日《全面深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案》和2019年7月27日《中国（上海）自由贸易试验区临港新片区总体方案》。

斯坦、新加坡、秘鲁、哥斯达黎加、冰岛、瑞士、韩国等国家达成双边或多边的自由贸易区协定（王琳，2015）。

相较于自由贸易区（FTA）相对成熟的概念，自由贸易园区（FTZ）的定义存在一定的困难，这主要是因为世界范围内不同自由贸易园区的功能定位存在差异。不过亦有学者在这一方面做出努力，认为：“自由贸易园区是一国（或地区）根据本国（或地区）法律法规在境内设立的区域性经济特区，实行‘一线放开、二线管住’的管理模式，对境外运入的货物不收关税或实行优惠税收，属于一国（或地区）‘境内关外’的贸易行为。”（曹广伟和宋利朝，2013）从国际法的基本理论入手，自由贸易区与自由贸易园区的区别主要有以下几点：其一，自由贸易区是在国家或地区双边或多边基础上形成的区域性贸易安排，体现的是国家或地区间双向性质的协调意志，而自由贸易园区是单一国家或地区做出的单边、单向性的制度安排；其二，从法律规则约束的角度上看，自由贸易区一经设立便落入国际法范畴，其不仅对缔约国之间产生国际法上的拘束力，而且还要遵循WTO协定项下的通报义务，而自由贸易园区属于一国内政之范畴，只要制度设计不与该国已经承担的国际义务相违背，其即应完全归属国内法律调整；其三，自由贸易区由于其缔约国的有限性，必定存在对非缔约国的歧视，即非自由贸易区的缔约国一般是不能享受条约所带来的优惠待遇的，而在当代国际贸易体系公认的最惠国待遇和国民待遇两大原则的支持下，一国设立的自由贸易园区对外通常不会存在差别待遇，即所有优惠政策应向不特定的所有国家或地区的商品与投资者开放。

此外，就中国自由贸易园区的立法特点而言，上海自贸试验区的立法轨迹堪称“破冰之旅”。为保障上海自贸试验区的改革于法有据，全国人大常委会于2013年8月30日通过《关于授权国务院在中国（上海）自由贸易试验区内暂时调整实施有关法律规定的行政审批的决定》，授权国务院在上海自贸试验区内暂时调整外资企业法、中外合资经营企业法和中外合作经营企业法规定的有关行政审批。依据这一授权，国务院通过暂停实施外资准入领域行政审批的方式，解决了上海市地方对该领域实施地方性立法调整的权限问题。据此，上海自贸试验区地方立法授权系通过“中央立法机关授权国务院，国务院下放国家事项”的方式进行，此种“双层授权”的形式在《立法法》实施之后尚属首例。在上海自贸试验区无法成为“法律特区”的背景下，“双层授权”的方式不仅符合立法合法性的需求，更加推动了《立法法》的修订，这无疑是在立法层面实现的一种“先行先试”（贺小勇和许凯，2019）。

（二）自贸试验区与自由贸易港的异同

当自贸试验区在中华大地上拓展得如火如荼之时，另一个与之相似却又更为陌生的概念映入眼帘——自由贸易港。^①2018年4月13日习近平总书记在庆祝海南建省办

^① 从相关报道的表述来看，所谓自由贸易港，通常是指设在国家与地区境内、海关管理关卡之外的允许境外货物、资金自由进出的港口区，外方船只、飞机等交通运输工具也可自由往来。参见：探索建设自由贸易港，助力全面开放新格局[EB/OL]. <http://cpc.people.com.cn/19th/n1/2017/1022/c414305-29602086.html>.

经济特区30周年大会上郑重宣布，党中央决定支持海南全岛建设自由贸易试验区，支持海南逐步探索、稳步推进中国特色自由贸易港建设，分步骤、分阶段建立自由贸易港政策和制度体系。此后，中国特色自由贸易港的构建之路渐次打开：政策层面，2020年6月1日中共中央、国务院印发了《海南自由贸易港建设总体方案》；中央立法层面，2021年6月10日全国人大常委会审议通过《海南自由贸易港法》；地方立法层面，海南自由贸易港的各类地方性立法也已渐次开展。

海南自由贸易港的设立意味着自由贸易港已成为继自贸试验区之后又一个由中央主导、地方执行的特殊经济功能区。而在自贸试验区与自由贸易港的关系问题上应采取辩证的视角，一方面要认识两者的共性，即从自贸试验区到自由贸易港体现了我国新时期开放政策的持续深化。自贸试验区是彰显我国全面深化改革和扩大开放的试验田，是制度创新的系统集成，其核心功能是通过对标国际先进规则，以地方大胆试、大胆闯、自主改的形式，形成更多制度创新成果。而自由贸易港则是开放水平最高的特殊经济功能区，是集开放创新、产业发展、营商环境建设、制度压力测试、辐射带动等为一体的开放新高地、全球资源集聚地和贸易新规则测试地，是我国探索新型开放经济新体制的必要一环、重要之举。但另一方面，也要注意两者在功能定位方面的差异。以上海自贸试验区为例，其在成立之时不仅承担着推进改革和提高开放型经济水平“试验区”的重任，同时还承载着形成可复制、可推广经验，发挥示范带动、服务全国积极作用的功能。8年来上海自贸试验区的实践也表明，其作为一块制度“样板”，更多地为中央立法所吸收，为地方改革所借鉴。但就海南自由贸易港的定位而言，其目标应该着眼于推动新一轮经济全球化，这就要求其具备最大的开放力度、最优的开放环境、最好的开放设施、最新的开放制度等一系列特征，从而立足于成为面向全球开放的节点枢纽，而不是仅仅局限于传统的开放领域和对象。正是这种对标最高标准的全面性要求，使得自由贸易港的定位更加注重于在制度、产业等方面打造与区外完全不一致的“飞地”，因此其并不具有推广、辐射的意义。

就立法特点而言，全国人大常委会制定《海南自由贸易港法》具有标志性的意义，这是继1980年8月26日第五届全国人大常委会第十五次会议批准施行《广东省经济特区条例》40年后，在国家层面再一次为一个地区立法，将为探索建设中国特色自由贸易港提供基础性、根本性的法治保障，更进一步彰显了全面依法治国、重大改革于法有据的战略思想和治国理念（丁伟，2021）。《海南自由贸易港法》授予海南省人民代表大会及其常务委员会在一定条件下制定“海南自由贸易港法规”的立法权力，^①其授权依据为《立法法》第七十四条：“经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会的授权决定，制定法规，在经济特区范围内实施。”与此前已经提及的自贸试验区相较，虽然同属授权立法模式，但自贸试验

^① 2021年《海南自由贸易港法》第十条第一款：海南省人民代表大会及其常务委员会可以根据本法，结合海南自由贸易港建设的具体情况和实际需要，遵循宪法规定和法律、行政法规的基本原则，就贸易、投资及相关管理活动制定法规（以下称海南自由贸易港法规），在海南自由贸易港范围内实施。

区的授权依据却为《立法法》第十三条：“全国人民代表大会及其常务委员会可以根据改革发展的需要，决定就行政管理等领域的特定事项授权在一定期限内部分地方暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定。”两种授权依据相比可知：自贸试验区的立法采取的是“暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定”为表现形式的逐项授权方式，这种方式适用的范围并无地域的限制；而自由贸易港的立法则采取了主动制定或变通立法的总体授权方式，因其仅可适用于经济特区，故自由贸易港的地方立法权无论在广度或者深度方面均非自贸试验区可比拟。

（三）社会主义现代化建设引领区：自贸试验区与自由贸易港的叠加效应

立足于前文之回顾，此次引领区的立法定位也应首先考察其与自贸试验区、自由贸易港的异同。与自由贸易港相较，引领区授权立法最大特色来自《引领区意见》第二十六条中“比照经济特区法规”的措辞。为贯彻落实党中央的这一决策部署，全国人大常委会于6月10日表决通过了《关于授权上海市人民代表大会及其常务委员会制定浦东新区法规的决定》（以下简称《决定》），使中央的决策部署及时转化为具有普遍约束力的法律规定，这也是全国人大常委会首次授权在非经济特区的浦东可以变通适用国家法律、行政法规、部门规章（丁伟，2021）。从授权立法的范围而言，《决定》授予上海市人民代表大会及其常务委员会“根据浦东改革创新实践需要”制定“浦东新区法规”，其条件中并没有《海南自由贸易港法》第十条中“就贸易、投资及相关管理活动”的限制。^①因而，虽然浦东新区不属于经济特区，但鉴于引领区高度的政治站位，其在立法授权方式上比照经济特区，而在授权范围和变通对象上较《海南自由贸易港法》更为广泛。因此，引领区在功能定位上应体现为制度创新的不可复制、不可推广性，而在立法特点方面则最大程度地采取了“中央总体立法授权，地方创制、变通立法”之模式。

再从地域范围检视，引领区涵盖整个上海市浦东新区，而上海自贸试验区及临港新片区的绝大部分与引领区重合。基于此种地域范围上的包含关系，引领区除却自身的特性外，还叠加了自贸试验区与自由贸易港的制度效应。《引领区意见》第（十）项任务指出：“更好发挥中国（上海）自由贸易试验区及临港新片区‘试验田’作用，对标最高标准、最高水平，实行更大程度的压力测试，在若干重点领域率先实现突破，相关成果具备条件后率先在浦东全域推广实施。”该项任务表述概括了三种特殊经济功能区之间的关系：上海自贸试验区的制度创新通过“以暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定”的立法方式，实现在引领区乃至全国范围内的复制、推广与辐射；临港新片区根据“参照经济特区管理”的要求，未来可能通过中央立法的授权

^①《决定》第一条：授权上海市人民代表大会及其常务委员会根据浦东改革创新实践需要，遵循宪法规定以及法律和行政法规基本原则，制定浦东新区法规，在浦东新区实施。

取得类似自由贸易港的地位，^①故临港新片区的制度创新可以作为引领区建设的“试验田”，但对引领区之外的区域不具有可复制、可推广之功能；引领区全方位、新探索的授权立法方式，一方面代表着其引领全国、不可复制的特殊性，另一方面这些特殊制度的打造须有赖于上海自贸试验区及临港新片区的先行先试。

二、司法保障社会主义现代化建设引领区的理念传承

从传统的司法理念来看，法院应秉持中立、被动的基本立场，面对不断更新迭代的社会变动，司法应当在相当程度上保持自身的稳定性，以尽力维护法治给公众带来的可预期性。但通过前文对引领区立法定位的分析，不难看出在未来的改革进程中，引领区政策变动之频繁、制度更新之剧烈、立法更改之立体必将要求人民法院变革相对稳定之司法理念，转而树立一种更加主动、更为迅捷、与时俱进的新理念，并以之指导整个引领区司法保障的制度安排。基于上海自贸试验区及临港新片区与引领区之间先行先试的关系，因而引领区司法保障之理念建构应当首先建立在传承此前自贸试验区、自由贸易港经验的基础之上。总体而言，引领区的司法保障应当以“法治化、市场化、国际化”为价值导向，从以下四个维度积极回应制度创新所带来的新问题与新挑战，在动态化的改革进程中作出不断的调整与更新。

（一）立法变动与司法回应

制度创新需要立法引领，而立法变动必将引致司法应对。虽然上海自贸试验区和临港新片区的建设过程中也存在不同程度的地方立法变动，但此次引领区特别授权方式的开启，标志着浦东新区将进入到“一区三法”的状态，即浦东新区未来除了适用中央立法机关制定的全国范围内的法律，以及适用上海市地方立法机关制定的上海市范围内的法律外，还将适用上海市人民代表大会及其常务委员会依据全国人大常委会《决定》授权制定的“浦东新区法规”。

可以预见，引领区立法层面更为剧烈的变动将给司法保障的法治化理念带来不少新挑战：第一，立法的改变要求人民法院的裁判规则随之而变，而鉴于“浦东新区法规”在我国属于首创，因而应对此种立法变革并无先例可循，人民法院在回应中必须平衡改革创新与于法有据之间的关系；第二，引领区改革创新之高目标、高要求前所未有，涉及的领域与产业又极为广泛，因此在反应时间与场域方面无疑对人民法院提出了巨大考验；第三，鉴于立法抽象性与滞后性之特征，未来引领区的立法总会与中央每一阶段制度创新的要求存在一定的距离，此时便会出现所谓“立法真空”的现象，这种现象将对人民法院的审判工作造成巨大障碍；第四，立法之改变基本限于条文，但司法随之改变的却不仅限于裁判规则，专业法官队伍、类案统一裁判机制以及

^① 2019年7月27日《中国（上海）自由贸易试验区临港新片区总体方案》第二十一条（加大赋权力度）：赋予新片区更大的自主发展、自主改革和自主创新管理权限，在风险可控的前提下授权新片区管理机构自主开展贴近市场的创新业务。新片区的各项改革开放举措，凡涉及调整现行法律或行政法规的，按法定程序经全国人大或国务院统一授权后实施。

司法文书公开等相关制度也必须同步更新，可谓牵一发而动全身。

面对引领区立法快速多变的特点，人民法院必须积极转变思路，采取主动应对的司法理念，创制一套承前启后的引领区适法方案。其一，建立“浦东新区法规”优先适用规则，即在未来的审判工作中如果遇到“浦东新区法规”与上位法相抵触之情形，应当主要依据变通规定的基本原理，确定“浦东新区法规”在法律适用中的位阶（林圻和李秋悦，2021）。其二，司法主动对接法律变动，将司法政策的把握和法律适用的调整有机统一。借鉴上海自贸试验区司法保障的经验，在引领区立法创制趋于稳定后，适时推出统一引领区法律适用的规范性文件，为涉引领区案件中因法律调整而引致的裁判规则变动打下统一实施的基础。^①其三，司法主动面向“立法真空”，通过立法建议的方式弥补立法不足。例如在“浦东新区法规”的制定方面，目前上海市和浦东新区两级人大常委会均已通过相关的法律文件，明确“浦东新区法规”立项、起草、审议等工作规程和制度安排，并特别强调了立法需求征集、重要制度论证、执行评估机制等工作。^②因此，人民法院应当将审判实践中因“立法真空”所导致的司法困境及时转化为立法需求的建议，从而实现与引领区立法创制的同频共振；最后，积极开展司法互动与资源公开，实现涉引领区法律适用的协调一致。因为涉及引领区的案件目前并未采取专属管辖的方式，所以原则上全国各地、各级法院均有可能受理此类案件，也均有可能遇到引领区特殊法律适用的难题。因此参考此前自贸试验区司法保障之经验，通过由最高人民法院发布《司法保障意见》，上海各级法院定期发布规范性文件、司法保障白皮书和引领区典型案例等方式，共同构筑起引领区司法保障层面法律适用的统一机制。^③

（二）政策先行与依法审判

在现代社会治理的过程中，法律与政策构成了两类调整社会关系、解决社会矛盾的主要工具。新中国成立后的很长一段时间内，一直存在以政策替代法律的现象，随着中国特色社会主义法律体系的初步建立，这种现象虽有所缓解，但每当面对剧烈的制度变动，政策本身所带有的灵活性、时效性特点，使其仍然具备了很强的指导功能与现实价值。以《引领区意见》为例，无论是其发布的主体还是发布的内容，都表明了其应当在政策层面成为引领区建设的纲领性文件。但假如换之以立法的视角，以《引领区意见》为代表的一系列规范性文件只能定位为较低位阶的“法律”或纯属引领区政策的范畴，故这些政策在司法实践中如何准确运用便成为摆在法院面前的“难

^① 如上海市第一中级人民法院为促进涉自贸试验区案件法律适用的统一，于2014年出台《涉中国（上海）自由贸易试验区案件审判指引》，该份《审判指引》于2017年完成最新修正。参见：<http://shfy.chinacourt.gov.cn/>。

^② 2021年6月23日上海市人民代表大会常务委员会《关于加强浦东新区高水平改革开放法治保障制定浦东新区法规的决定》，2021年7月29日上海市浦东新区人民代表大会常务委员会《关于打造社会主义现代化建设引领区加强浦东新区高水平改革开放法治保障的决定》。

^③ 如最高人民法院2016年12月发布《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》、2019年12月13日发布《关于人民法院为中国（上海）自由贸易试验区临港新片区建设提供司法服务和保障的意见》。参见：<http://www.court.gov.cn/>。

啃的骨头”。^①

在引领区“政策先行、立法后进”的大背景下，人民法院在实施司法保障方案时，应当如何处理法律与政策之间的适用关系？当法律与政策发生冲突之时，何者应当具有优先地位？当法律出现空白或漏洞时，政策应以何种身份扮演司法的助益者？这些问题的解答，均需要辩证对待引领区政策与法律在司法审判中的关系问题。其一，在引领区未对法律、行政法规、部门规章作出变通规定的情形下，坚持法律优先政策的适用理念，维护公平统一的市场规则。例如，《引领区意见》中多次提到了金融开放的措施，包括支持浦东发展人民币离岸交易、跨境贸易结算和海外融资服务等内容。但由于金融领域的特殊性，我国现有的法律对于上述改革事项均有着明确的限制性或禁止性规定，因而在引领区法律未做变通规定的前提下，人民法院应当践行法律优于政策的原则。其二，注意政策的填补性功能，在法律出现漏洞或者空白情形时，人民法院可以运用政策指导自由裁量权的行使。从法律渊源的角度，我国1986年《民法通则》第六条曾规定：“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策”。这一条文说明在《民法通则》尚未被废止的时期，政策可以作为我国民事裁判的补充性法源。但在2021年《民法典》实施之后，国家政策已经不再作为直接的民法渊源。这种立法变化并不能完全否定政策的填补性功能，人民法院在审判过程中仍可以通过不可抗力、诚实信用、公序良俗等原则、规则的运用，间接性地实现国家的政策目的。其三，重视政策对引领区法律的解释功能，在审判实践中涉及引领区法律调整的解释问题时，可以将相关政策作为体系解释、目的解释等法解释方法的基础，并形成一定的司法裁判规则。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（陈立斌，2018）。

（三）市场创新与司法谦抑

“引领带动上海‘五个中心’建设”是《引领区意见》提出的重要目标之一，而这一目标的实现必须打造法治化、市场化的营商环境。良性市场创新的本质在于放松对市场的管制的同时，守住交易风险的法治底线。因此，法治化、市场化营商环境的建设需要立法、执法与司法三面施力，也需要营商主体的创新意识。在引领区建设之前，上海自贸试验区曾先后采取了负面清单管理、事中事后监管、鼓励金融创新等宽松性措施，这些措施的实施使得自贸试验区内的市场充满了创新活力，各种新兴行业业态、交易方式层出不穷。以金融领域为例，“上海自贸试验区设立后，随着利率市场化与货币自由兑换的推行，花样繁多的金融产品和交易工具应运而生，种种新型

^① 这一问题由来已久，以2013年上海自贸试验区初创时国务院批准的《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》为例，其虽为国务院批准发布，但制定该《总体方案》的主体并非国务院而是上海市人民政府与商务部。故当时便有学者指出：“就《总体方案》的法律位阶、法律效力而言，我国《立法法》未对国务院批准发布的规范性文件作出规定，国务院批准《总体方案》并不等同国务院制定《总体方案》，亦不改变《总体方案》系商务部、地方政府联合拟定的事实。因此，单纯从规范性文件的制发主体来考量，《总体方案》的位阶属部门规章或地方政府规章。”（丁伟，2016）

的金融纠纷亦层出不穷，甚至许多属于‘无名合同’纠纷。在金融服务业全面开放已成不可逆转之势的自贸试验区内，涌动的大量资本与生俱来的创新冲动，倒逼司法体认、促进和维护金融创新。”（罗培新，2013）

比照已经运行8年的上海自贸试验区，此次《引领区意见》对于鼓励市场创新而言，无疑是一针剂量加倍的“强心剂”。然而，在市场活跃度空前提升的背景下，法治化、市场化营商环境的建设要求也为司法保障带来了不少新议题。如某些商事业务的开展现行法律并未有明确的规定，对于这些游离在“灰色地带”的商事行为应当采取鼓励抑或限制的司法政策？商事主体在从事商事交易的过程中可能形成以合同为载体的“商事惯例”，那么在依法裁判原则之下如何认定商事惯例的效力？商事主体的董事、经理、高级管理人等在进行商业决策和企业治理时做出的一些商业决策，假如这些决策后续对他人造成损害时，司法对于这种商事主体内部治理的事宜是否应当予以介入？这些新议题的回答其实主要围绕一对矛盾展开，即引领区的司法政策如何处理好风险控制的法治底线与市场创新的司法支持之间的关系。

面对上述这组矛盾关系，引领区的司法理念应秉持自贸试验区建设以来一贯的谦抑立场。一方面，以依法维护市场创新、充分尊重商事自治为基本原则，减少商事主体决策的司法干预，尊重商事主体的自主判断。商业判断规则的本质是通过避免法院的事后判断以保护董事等商主体决策者基于诚信而为商业判断，最终达到减轻决策者责任、鼓励商主体大胆创新的目的。这种源于英美法院司法实践的裁判规则应当成为法院的一项重要司法规则，其要求“法院对公司治理领域的介入，主要应以程序性审查为主，而非以实质的司法判断取代商业判断”（郑少华，2013）。当然所谓司法尊重商事自治，除了商事主体内部治理的自治之外，对外部商事行为规律的司法肯认也极为重要。主要体现在实际的审判过程中，要认识到“商事惯例”的补充性法源地位，在交易合同未与法律强制性条款相抵触的情形下，尽力发挥商事惯例对合同争议的解释与漏洞填补作用，维护商事契约的约束力。另一方面，司法应当平衡营业自由与交易安全的关系，严守法治风险的底线。在投资、贸易、金融等案件的审判过程中，既要坚持“法无明文禁止即可为”的负面清单理念，也要注意因为放松管制而可能带来的知识产权侵权、金融系统风险甚至新型犯罪行为的泛滥，将严守风险防控底线作为践行市场化司法理念的基石（许凯，2021）。

（四）对标国际与涉外审判

引领区既是我国自主改革的试验田，更是面向世界、面向全球的开放性蓝图。《引领区意见》明确将“率先建立与国际通行规则相互衔接的开放型经济新体制”作为战略定位，因而引领区在外资、外贸、金融、航运等领域的各项促进措施均应以对标国际高标准为实质性目标，而这一目标同样适用于司法保障的国际化理念。具体而言，随着引领区人才政策等领域的逐步放宽和便利，外国投资者、境外商主体将以各种形式参与到引领区内外外的商事交易和国际经济交往之中，这种态势将对人民法院的

保障能力提出国际化的拷问。例如从法律适用的角度，涉外案件数量的上升意味着法院不能拘泥于纯粹国内法的视角，国际条约、国际商事惯例的适用需要审判者具备国际法的技能，而外国法的适用则考验着审判者运用冲突规范和查明外国法的能力。又如即便在不涉及国际条约、国际商事惯例或外国法适用的案件中，国际性交易过程中当事人也多会使用外语形成交易文本、履行依据或支付方式，此类案件对法官在证据审查方面的语言能力也提出了高要求。

因此，面对引领区对标国际的战略定位，人民法院在实施司法保障方案时必须同步更新国际化理念，在明晰国际法与国内法适用关系的基础上完善国际化的审判机制与审判团队。其一，明晰适用国际条约与国际惯例的一般原则。虽然我国1986年《民法通则》因《民法典》的实施而废止，但《民法通则》第一百四十二条所采取的在涉外民事案件中“国际条约有条件优先适用，国际惯例有条件补充适用”的基本态度，仍应作为引领区调整国际法与国内法适用的一般原则而得到一体遵循。^①其二，树立平等适用本国法与外国法的理念。法院在审理涉外案件时应当建立起国际私法意识，充分运用《涉外民事关系法律适用法》等国际私法规范，防止未经冲突规范指引而径直适用本国法的属地主义倾向。其三，统一国际法的适用方式。有学者曾对我国自贸试验区法院适用《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）的案件进行实证分析后得出，各地法院在适用CISG的问题上分歧极大，各种类型的适用情况均存在，并进而建议应当建立准确适用国际条约的一般性规则，以增强法律适用方面的统一度（贺小勇，2017）。同理可见，人民法院在保障引领区建设中，更应对国际条约、国际惯例的适用依据形成统一的司法规则，防止出现“同案不同判”的情形，影响司法的国际公信力。其四，加强专业法官队伍建设，提升法官队伍的国际化水平。这一点在后一部分中将专门涉及，故在此不再赘述。

三、司法保障社会主义现代化建设引领区的路径创新

在全面传承自贸试验区、自由贸易港司法保障理念与经验的基础上，引领区的司法保障还应体现出国家政策定位方面的专有属性。党中央支持浦东打造社会主义现代化建设引领区，就是要其在全面建设社会主义现代化国家新征程上，敢为人先、走在前列，承担国家重大战略任务，继续发挥引领作用（何立峰，2021）。据此，引领区的司法保障也务必反映出全国首创、接轨世界的特点，就当下而言，这种司法保障的创新应首先体现为构建国际商事法院的努力。

（一）引领区设立国际商事法院的必要性与可行性分析

探讨国际商事法院在引领区设立的议题，必须首先澄清两个互有关联的问题。一

^① 1986年《民法通则》第一百四十二条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”需要注意的是，在《民法典》的条文中并没有保留该条的内容，因此在《民法典》实施后，关于国际条约和国际惯例在中国法院审判中的适用将出现困境，有待《涉外民事关系法律适用法》的及时修订。

是从比较当今各国司法机构设置的基础上, 讨论一国或者一国内的特殊区域有无必要对于国际商事案件设立专门的审判机构? 这一问题的趋势是无争议的, 除却国内学者们对国外专业化司法机构的统计研究外,^①我国最高人民法院自2018年起也开启了国际商事法庭建设的改革。二是立足于我国实际以及《人民法院组织法》, 讨论引领区的国际商事争议解决究竟应采取现存的最高人民法院专门法庭模式, 还是另辟蹊径地采取专门法院模式? 事实上, 两种模式的辨析早在上海自贸试验区初设时便已经存在。在我国, 专门法院是与普通法院相对立的一个独立的法院类型, 其并不隶属于任何一个平级的人民法院。在级别管辖上, 专门法院往往对应于中级人民法院这一管辖层级。而专门法庭并不是一类独立的审判组织机构, 其属于人民法院的一个部分, 因而专门法庭的设立、管辖事项、职能范围等均依赖于其所属的法院(许凯, 2015)。囿于2013年上海自贸试验区设立时的背景, 当时仅采取了在上海市浦东新区人民法院内设自贸区法庭的专门法庭模式, 但此次引领区的定位与时代背景已经不同往日, 这些变化为专门法院模式的打造提供了充分的建构空间。

设立国际商事法院的必要性讨论聚焦于引领区的双重发展目标, 即对标国际与引领国内。从对标国际的角度来看, 《引领区意见》第(十)项任务中明确了具体的要求: “加强商事争端等领域与国际通行规则接轨。”如前所述, 为国际商事争议设置专门审判机构已然成为一项国际通行规则, 虽然各国现行之做法也分为专门法庭和专门法院两类模式, 但至少为引领区国际商事法院建设提供了接轨的依据。再从引领国内的角度, 尽管最高人民法院已经先后在西安、深圳、苏州设立三个国际商事法庭, 但历年来国际商事法庭受理案件的统计反映, 其在国际司法领域的实质影响力有限(黄进等, 2020)。更为现实的是, 由于苏州国际商事法庭的地理位置毗邻上海, 故假如引领区也采取专门法庭的模式, 则必生叠床架屋之感。因此, 在否定专门法庭模式的适用性后, 专门法院模式便成为引领区商事争端等领域与国际通行规则接轨的应然选择。

至于在引领区内设立国际商事法院的可行性, 则主要来自于我国四级法院近年来服务保障国际商事领域的成果。这些成果可以分为三类: 一是从国际商事法院各项制度设计而言, 以2018年最高人民法院《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》为代表的一系列司法解释、规范性文件已经提供了借鉴、移植或批判的蓝本; 二是从引领区继受、包含上海自贸试验区及临港新片区的历史沿革而言, 上海自贸试验区历年以来的实践探索将成为国际商事法院坚实而厚重的实证支持;^②三是从涉外商事审判专业法官的人才储备而言, 从自贸试验区“元年”便开始的队伍建设计划现已基本实现

① 截至2018年, 采取商事法院或商事法庭模式的国家包括但不限于以下国家或地区: 传统的英国(英国商事法院)、美国(如特拉华衡平法院)、法国(商事法院系统)、澳大利亚(维多利亚州最高法院商事法庭), 以及新兴的卡塔尔(卡塔尔国际法院与争议解决中心)、阿联酋(迪拜国际金融中心法院和阿布扎比全球市场法院)、新加坡(新加坡国际商事法庭)、印度(新德里最高法院商业法庭)、哈萨克斯坦(阿斯塔纳国际金融中心法院)、荷兰(荷兰商事法庭)等(何其生, 2019)。

② 据笔者统计, 四级法院在2013年至2018年的5年间, 共发布涉上海自贸试验区司法解释、重要的规范性文件5部, 审判白皮书10本, 典型案例50个(许凯, 2020)。

目标，各级法院应当选拔、培育一批既精通国内外法律、熟悉国际通行投资贸易规则和惯例，又懂经济发展规律，并且具有国际视野、丰富审判经验和较强审判能力的专家型、复合型法官，以有效担当起自贸试验区司法保障的重任，在有效提升司法保障能力的同时，也向世界展示中国法官良好的专业素养和形象（郭俭，2014）。

（二）引领区设立国际商事法院的操作性建议

在引领区内设立国际商事法院的总体设想下，笔者以下提出四点具体的操作性建议：

1. 依法设立国际商事法院，贯彻重大改革于法有据原则

如前文所辨析，国际商事法院与现存的最高人民法院国际商事法庭不同，其并非某一级法院的内设机构，而应定性为专门人民法院。根据《人民法院组织法》第十五条第二款的规定：“专门人民法院的设置、组织、职权和法官任免，由全国人民代表大会常务委员会规定。”因此，国际商事法院的设置、组织、职权和法官任免，必须依据全国人民代表大会常务委员会的决定进行。^①

2. 合理界定管辖围界，放宽协议管辖成立要件

国际商事法院作为专门法院，在级别管辖上应确定为中级人民法院，而在具体管辖围界方面应在充分参考最高人民法院2018年《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》的基础上，制定新的司法解释：第一，在管辖地域方面，建议将国际商事法院的管辖区域首先扩张至上海市所有辖区，即管辖上海市辖区内应由中级人民法院受理的第一审国际商事案件，以及当事人对上海市基层人民法院作出的第一审国际商事案件判决、裁定提起的上诉案件和申请再审案件；第二，关于第一审国际商事案件的界定，既要符合《民事诉讼法》“重大涉外案件”的标准，^②也应包含申请仲裁保全、申请撤销或者执行国际商事仲裁裁决的案件；第三，承继上海自贸试验区以及临港新片区司法保障的新机制，对《民事诉讼法》第三十四条协议管辖中“与争议有实际联系”的限制性条件予以适度放宽，探索国际商事法院受理没有实际联系但当事人约定管辖的国际商事案件。^③

3. 立足上海司法审判实践，厘清国际商事案件边界

在受理案件的类型方面，关于“国际”与“商事”两个重要定语的定义，应当分别对待。一方面，“国际性”案件的界定已有定论，借鉴《涉外民事关系法律适用

^① 在这一点上，上海金融法院的筹建过程可资借鉴：2018年3月28日，中央全面深化改革委员会第一次会议审议通过了《关于设立上海金融法院的方案》；2018年4月27日，第十三届全国人大常委会第二次会议作出《关于设立上海金融法院的决定》；2018年8月20日，上海金融法院正式挂牌成立。

^② 2012年《中华人民共和国民事诉讼法》第十八条：“中级人民法院管辖下列第一审民事案件：（一）重大涉外案件……”；2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一条：《民事诉讼法》第十八条第一项规定的重大涉外案件，包括争议标的额大的案件、案情复杂的案件，或者一方当事人人数众多等具有重大影响的案件。

^③ 2019年12月31日上海市高级人民法院发布《上海法院服务保障中国（上海）自由贸易试验区临港新片区建设的实施意见》，在第12项措施中明确提出：“探索受理没有连接点但当事人约定管辖的国际商事案件，强化我国法院对与新片区相关的离岸交易、跨境交易等国际商事交易的司法管辖权。”参见：https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_5383205。

法》以及司法解释,可以认定为四种情形:(1)当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或者组织的;(2)当事人一方或者双方的经常居所地在中华人民共和国领域外的;(3)标的物在中华人民共和国领域外的;(4)产生、变更或者消灭商事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外的。另一方面,有关商事案件的界定必须考虑到上海法院现有的海事法院和金融法院已然设置的现状,分类采取“国际商事、国际海事和国际金融”案件三分法,重点突出国际商事法院在国际投资、贸易、商事仲裁等领域内的专业性。^①

4. 借鉴经验与开拓创新并存,接轨国际商事审判新规则

在审判机制的创新方面,既要考虑到最高人民法院国际商事法庭已有的司法保障经验,持续开展外国法查明、境外证据采信、专家委员会选聘、专业陪审制度、“一站式”国际商事纠纷解决机制建设等既有成果,更要具备前瞻性和国际性视野,大胆探索国际商事审判新规则:其一,结合互联网审判技术与新冠疫情态势,将2021年最高人民法院《人民法院在线诉讼规则》适用于国际商事案件;其二,通过完善庭前诉答程序、借鉴域外证据开示制度、研判海牙《取消认证公约》等方式,率先成为商事争端司法改革的测试点;^②其三,重视外语尤其是英语的国际化接受程度,在庭审语言、证据采信、裁判文书等方面适度给予英语“国民待遇”。当然,充分考虑外方当事人方便的同时,注重中外当事方诉讼权益的平衡,慎重运用外语开庭或者放开外国律师诉讼代理范围(张新庆,2021)。

虽然引领区的布局尚处于起步阶段,但面对深度改革的制度探索和与日俱增的立法变动,引领区的司法保障任重道远。对标8年以来上海自贸试验区的司法保障,引领区的司法理念应当始终延续、秉持“主动作为、适法统一、尊重市场、面向国际”的基本立场,同时聚焦国际商事法院这一全新平台的建设,确保中国的改革开放之舟在法治的轨道上砥砺前行。

参考文献

- [1] 曹广伟,宋利朝.全面深化经济体制改革的“试验田”——中国(上海)自由贸易试验区的制度创新[J].中国特色社会主义研究,2013(6):78.
- [2] 陈立斌主编.中国(上海)自由贸易试验区法律适用精要[M].北京:人民出版社,2018:29.
- [3] 丁伟.担当新使命,开启新征程[J].上海人大,2021(8):3.
- [4] 丁伟.自贸试验区法治创新与实践探索——以上海自贸试验区的实践为视角[M].上海:上海人民出版社,2021:345.
- [5] 丁伟.上海自贸试验区法治创新的轨迹——理论思辨与实践探索[M].上海:上海人民出版社,2016:38.

^① 例如在最高人民法院2018年8月7日公布的《关于上海金融法院案件管辖的规定》中,已经对于上海金融法院的案件管辖范围进行了明确的界定,并且对于这些案件的国内性与涉外性并未作区分。参见:<http://www.shjrfy.gov.cn/jrfy/gweb/seconds.jsp?type=fyjj&dm=aRIIRU1cxNTMzMzcyNj10NTU0z&english>About%20the%20Court>.

^② 2019年12月31日上海市高级人民法院发布《上海法院服务保障中国(上海)自由贸易试验区临港新片区建设的实施意见》,在第15项措施中提出:“探索完善庭前诉答程序,明确当事人提出诉讼主张和进行答辩的权利义务及其程序、格式、时限、法律后果等;探索借鉴域外证据开示制度的有益经验,强化当事人在庭前及时、广泛、充分披露和交换证据的义务,防止‘证据突袭’。”参见:https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_5383205.

- [6] 郭俭. 浦东法院在自贸区司法保障中的责任和担当[C]//陈立斌主编. 自由贸易区司法评论: 第一辑. 北京: 法律出版社, 2014:10.
- [7] 何立峰. 支持浦东新区勇当更高水平改革开放开路先锋打造社会主义现代化建设引领区[N]. 人民日报, 2021-07-16(7).
- [8] 何其生主编. 国际商事法院研究[M]. 北京: 法律出版社, 2019:39-74.
- [9] 贺小勇, 许凯. 上海自贸试验区立法实践与思考[J]. 地方立法研究, 2019(2):27-28.
- [10] 贺小勇. 自贸试验区法院适用CISG的分歧及对策[J]. 国际商务研究, 2017(1):28-29.
- [11] 黄加宁. 经济全球化背景下的中国自由贸易区之路[J]. 时代法学, 2012(3):93-94.
- [12] 黄进, 刘静坤, 刘天舒. 中国国际商事法庭制度改革探析[J]. 武大国际法评论, 2020(6):1-2.
- [13] 林圻, 李秋悦. 浦东新区法规: 法规家族新成员[J]. 上海人大, 2021(7):10.
- [14] 罗培新. 约束行政与体认创新: 上海自贸区的司法变革[N]. 中国社会科学报, 2013-12-25(11).
- [15] 王琳. 全球自贸区发展新态势下中国自贸区的推进战略[J]. 上海对外经贸大学学报, 2015(1):41-42.
- [16] 王战. 国家对上海提出更高要求, 即高水平开放、高层次改革、高质量发展[N]. 解放日报, 2021-07-21(1).
- [17] 许凯. 自由贸易港司法保障的理念定位[N]. 人民法院报, 2021-07-08(8).
- [18] 许凯. 中国(上海)自由贸易试验区司法保障的远景透析[J]. 江西社会科学, 2015(1):161.
- [19] 许凯主编. 中国(上海)自由贸易试验区司法保障问题研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2020:13.
- [20] 张新庆. 中国国际商事法庭建设发展路径探析[J]. 法律适用, 2021(3):146-147.
- [21] 郑少华. 中国(上海)自由贸易试验区的司法试验[J]. 法学, 2013(12):141.

【作者简介】许凯: 华东政法大学国际法学院副院长, 副教授, 法学博士。研究方向: 国际私法学、民商法学。

The Judicial Protection of Pioneer Area for Construction of Socialist Modernization

XU Kai

(International Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: The legislative orientation of “the pioneer area for construction of socialist modernization” has the superposition effect of the free trade zone and the free trade port in China, it is manifested in the authorized legislative mode of “comparing with the special economic zone”. The judicial protection of the pioneer area should also take into account two aspects of inheritance and innovation. On the basis of the concept of “legalization, marketization and internationalization”, the future path comes from four aspects. Firstly, the court should actively response to legislative changes to fill the “legislative vacuum”. Secondly, the court should accurately dialectically grasp the judicial application of the innovation policy. Thirdly, the court should implement the principle of judicial humility to protect market innovation. Fourthly, the court should fully meet the needs of internationalization and enhance the international credibility. The realization of the above path needs to build a new support platform. Therefore, the establishment of the international commercial court is not only in line with the policy positioning of the pioneer area, but also has considerable necessity and feasibility. In terms of jurisdiction of the international commercial court, we need to fully consider the reform direction such as “relaxing the jurisdiction by agreement”, and in terms of the innovation of trial rules, we should fully connect with the international prevailing rules in the commercial field.

Keywords: the pioneer area for construction of socialist modernization; legislative orientation; judicial protection; legalization; marketization; internationalization; international commercial court

(责任编辑: 马莹)