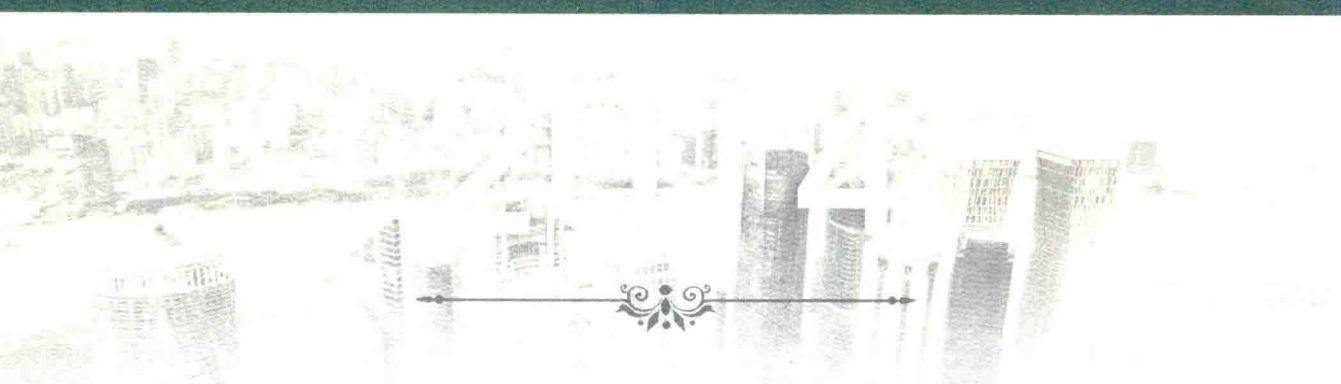


自由贸易法治论丛

自由贸易区司法评论



第一辑

陈立斌 主编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

自由贸易区司法评论

第一辑

《自由贸易区司法评论》编辑委员会

主 任：	罗东川	陈立斌	
副主任：	汤黎明	郑少华	刘言浩
委 员：	杨兴业	周杰普	崔 婕
	杨 峰	葛伟军	胡 凌
主 编：	陈立斌		
副主编：	汤黎明	郑少华	刘言浩
编 辑：	崔 婕	陆文奕	凌 捷
	吴慧琼	成 阳	



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

自由贸易区司法评论. 第1辑 / 陈立斌主编. —北京: 法律出版社, 2014. 9 (2014. 12 重印)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6841 - 1

I. ①自… II. ①陈… III. ①自由贸易区—贸易法—文集 IV. ①D996. 1 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 208195 号

自由贸易区司法评论
(第一辑)

陈立斌 主编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
版本 2014 年 10 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 20 字数 472 千
印次 2014 年 12 月第 2 次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6841 - 1

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

2013年9月29日,中国(上海)自由贸易试验区(以下简称上海自贸区)正式挂牌成立,这是党中央、国务院在新形势下推进改革开放的重大举措。在上海自贸区,改革的力量再次聚合,承载着加快政府职能转变、扩大投资领域的开放、推进贸易发展方式转变、深化金融领域的开放创新、完善法制领域的制度保障等一系列制度创新的试验与示范。上海自贸区实行准入前国民待遇和负面清单管理模式,深化行政审批制度改革,建立完善事中事后监管制度和投资权益保护机制;扩大服务业领域开放,探索贸易投资自由化、便利化的管理制度、监管模式和相关法律法规规范;推进金融制度创新,建立国家金融经济全面深度开放的试验区和测试平台,建成具有国际水准的投资贸易便利、监管高效便捷、法制环境规范的自由贸易试验区,形成在全国可复制、可推广的管理制度和监管模式。在这一过程中,上海自贸区改革所涉及的投资、贸易、金融、综合监管等领域,很多方面需要通过对原有法律的突破来实现改革的目的,而相关法律法规的修改必然有一个滞后的过程,为此,如何为上海自贸区提供良好的法治环境,着力培育国际化和法治化的营商环境是一项重大课题,是人民法院在审理涉上海自贸区案件时不可回避的问题。为此,无论是法律理论界还是实务界都需要进行前瞻研究和创新突破,需要不断深入探索理论创新、制度创新、管理创新。

上海自贸区地处上海市浦东新区,位于上海市第一中级人民法院辖区内。上海市第一中级人民法院自上海自贸区成立伊始,以为试验区提供优质的司法保障和服务为目标设立了专业的自贸区合议庭,成立了自贸区应对小组和研究小组,并在梳理可能出现的法律适用问题的基础上,结合现有立法及法学研究成果,制定了《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》,旨在为建设中的试验区已经和可能出现的各类诉讼案件的受理、审理、裁判及执行等环节提供指引、参考。为加强上海自贸区司法应对的理论储备,汇聚理论界与实务界的真知灼见,集聚融合理论和实践优势,上海市第一中级人民法院与上海财经大学合作,共同成立了自由贸易区司法研究中心,并就涉上海自贸区的相关法律问题研究深入开展合作课题。最高人民法院民四庭、上海财经大学及上海市第一中级人民法院于2014年4月29日联合举办了“中国(上海)自由贸易试验区制度建设与司法保障”论坛,深入研讨了上海自贸区法制建设与司法保障问题。上海自贸区是改革的产物,在先行先试的过程中,会遇到大量的法律问题,需要司法予以积极的回应。为深入推进涉上海自贸区司法问题研究,上海财经大学、上海市第一中级人民法院联合创办《自由贸易区司法评论》作为连续出版物,刊载上海自贸区司法研究的最新成果及动态。

本书是《自由贸易区司法评论》的第一辑,记录了上海自贸区相关法律问题的学者思考和实践探索。本书由三部分组成,第一部分收录了与上海自贸区相关的专题论文近30篇,就上海自贸区

的法律适用展开深入探讨;第二部分收录了专题研讨会的会议纪要或综述多篇;第三部分收录了《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》和条文解读,为司法应对提供对应思路。我们期待《自由贸易区司法评论》的出版,能引起中国法学理论界对上海自贸区相关法律问题与司法改革路径的讨论。

上海市第一中级人民法院院长 陈立斌
二〇一四年六月

自由贸易区司法评论

自由贸易区司法理念

- 3 法律与政策的统一正确实施是自贸试验区司法的首要理念
陈立斌
- 11 浦东法院在自贸区司法保障中的责任与担当
郭 俭
- 15 关于涉自贸区“溢出”案件若干问题的思考与应对
樊长春 杨雪龙 张 静
- 22 中国(上海)自由贸易试验区的司法应对
刘言浩
- 31 关于上海自贸区暂时调整实施有关法律规定的分析
周 欣

自由贸易区司法改革

- 39 论中国(上海)自由贸易试验区司法改革推动边际革命的制度基础
单素华 张文婷
- 46 社会力量参与自贸区案件执行试点研究
奚强华 唐荣刚 康邓承
- 54 涉自贸实验区案件审理中专家陪审制度的构建
崔 婕
- 61 自贸区涉外民、商事案件长臂管辖权运用研究
乔 林 孙 飞
- 68 从国际经验看我国紧急仲裁员制度的完善
沈志韬
- 76 自由贸易试验区框架下国际商事仲裁临时措施制度研究
毛海波

自由贸易区民商事审判

- 87 上海自贸区对金融行业未来发展的影响及其司法应对
汤黎明
- 94 自贸试验区商事裁决的探索
汤黎明
- 101 定牌加工中的商标侵权问题再认识
刘军华
- 106 涉自贸试验区民商事纠纷趋势预判及应对思考
包 蕾
- 114 论商誉的资本能力
胡震远
- 120 关于完善自贸区集体协商制度的思考和建议
王剑平 倪 鑫
- 127 企业年度报告公示制度与企业经营异常名录管理制度的相关问题研究
吴慧琼
- 136 中国(上海)自由贸易试验区注册登记制度改革对公司法适用之影响
任明艳
- 145 试论上海自贸区对我国商事登记制度的改革与促进
杨斯空
- 151 自贸区金融创新应坚持市场化导向的适度宽松监管理念
任静远
- 160 上海自贸区融资租赁法规范接轨与创新的法律思考
凌 捷
- 167 自贸区内证券内幕交易民事责任制度设计初探
盛宏观
- 173 中国(上海)自由贸易试验区内知识产权保护的价值抉择
徐文进

自由贸易区行政、刑事审判

- 183 中国(上海)自由贸易实验区刑事司法问题初探
周 强 冯国波
- 188 自贸区政府职能转变对行政审判的影响和对策
岳婷婷

196 公司法及自贸区法规变动对出资类犯罪认定之影响
于书生

202 自贸区内反洗钱问题研究
陆文奕

自由贸易区规范性文件

211 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)
232 《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)》
新闻发布会纪实

自由贸易区司法论坛

241 中国自由贸易区司法论坛
303 中国(上海)自由贸易试验区司法论坛综述

308 后 记
309 《自由贸易区司法评论》征稿
310 《自由贸易区司法评论》稿件技术规范

自由贸易区司法理念

法律与政策的统一正确实施是 自贸试验区司法的首要理念

陈立斌*

【内容提要】国务院总体方案将“着力培育国际化和法治化的营商环境”作为上海自贸试验区总体目标之一。法治是上海自贸试验区建设的重要组成部分,在率先建立符合国际化和法治化要求的跨境投资和贸易规则体系时既需要改革者的超凡智慧,更需要法治的及时跟进。法治既包含有立法机关依法制定涉及改革创新的法律制度,也包括人民法院依法行使审判权对涉自贸试验区案件作出公正的裁判。在涉上海自贸试验区案件的审判工作中,人民法院肩负着重要的使命,首要的就是在改革性、政策性文件上升为法律规范前的“立法真空期”内正确适用法律和政策。本文以法律与政策的统一实施为视角从多层面探讨上海自贸试验区案件的审判理念。

【关键词】自由贸易试验区 法律 政策 辩证统一 法律方法

前言

建立中国(上海)自由贸易试验区(以下简称自贸试验区),是我国在新形势下推进改革开放的重大举措。在自贸试验区先行先试的过程中,如何为自贸试验区提供良好的法治环境是人民法院不可回避的问题。法治的首要价值在于法的安定性,但在自贸试验区改革所涉及的投资、贸易、金融、综合监管等领域,很多方面需要通过对原有法律的突破来实现改革的目的,而相关法律法规的修改必然有一个滞后的过程,为此,如何确保法律与政策的统一实施是人民法院面临的重大实践命题。

一、把握好法律与政策的辩证统一关系

现代国家的治理,主要仰赖法律与政策。在不同的经济社会发展阶段,总是同时由法律与政策各展所长、相辅相成,共同促进经济与社会的稳定发展。稳定的宏观经济社会环境是各国通过法律或政策为市场经济有序运行提供的最重要的公共物品。^①当决策者、立法者决定对特定领域内的个人行为进行干预时,通常可以在法律和政策间作一抉择。在某些场合,制定法律当属必要,但在其

* 作者系上海市第一中级人民法院党组书记、院长。

① 叶姗:“稳定发展之政策与法律促进研究”,载《经济论丛》2009年第17期。

他场合,或是因相关事项涉及的技术性较高,或者是相关事项处于变动状态,法律无法满足其应变需求,此时由政府出台规范性文件是较为合适的方式。^② 在自贸试验区,即面临着这一问题,有很多改革设想还未成熟到可以由法律来调整规范的阶段,需要在实践中不断摸索、尝试,故而在立法确定总体方向的前提下(如全国人大常委会暂停实施三资企业法),由政府出台相关的规范性文件等来落实政策,人民法院在审理涉自贸试验区案件时就面临着如何将此类规范性文件与现有法律相结合,正确适用的问题。应该说,法律规则是规范体系中最主要的因素,因为它能发挥明确的指引作用,能增加法的可操作性,量化或比较量化地规定法律制裁。但政策也是不可或缺的,它可以巩固规则的效力,弥补规则之不足,使规则保持连续性、稳定性、协同一致性。^③ 因此,法律与政策间的相互关系表现为:法律作为主导力量,但需要合乎法治原则的政策来支持配合。

(一) 法律与政策具有紧密的联系

就民主政治、法治国家之观点而言,政策往往必须经由法律之制定、施行,才得以推行。然而,法律常表现出特定政策目标与政策内容,而政策则每每表现在法律规定之中,法律与政策有着非常密切之关系。^④ 这种密切的联系主要表现在两个方面:

一是政策具有解释法律制定背景的功能。任何一项法律的创制都具有一定的政策背景,都要受到国家政策影响。民主法治国家依法行政,国家要施行任何重大政策,大都必须以法律为执行依据,同时执政者往往将法律作为达成特定目的之工具,因此研究特定立法多半可以告诉执政者、决策者所欲达成之政策,或隐藏在特定法律背后之公共政策。^⑤ 德国比较法学家茨格威特·克茨在讨论社会主义国家政策对法律的影响后指出,“这绝不是西方法律体系中法律不受政策的影响。恰恰相反,即使在西方国家,每一项法律规则也都具有或明确或模糊的政策背景,否则几乎不可能理解法律是如何产生或在实践中是如何适用的。实际上,许多制定法都有意地寻求推进重建社会生活的某些经济或社会的政策”。^⑥

二是政策具有填补法律空白和漏洞的功能。社会是发展变化的,而法律制定出来后就会固定下来,成为一种与社会生活现实相对分离的制度。再准确的语言、再严密的逻辑、再完备的条文都无法与不断变化的现实相一致。^⑦ 再加之,法律在制定过程中无法做到完全周延,在现实中可能会出现无法可依的情形。所以,法律需要其他灵活有效的社会规范形式及时修正、补充、协调、完善。政策有较强的针对性、灵活性、及时性和一定的权威效力,可弥补法律调整的空当。从法治发展阶段来看,我国正处于建立法治和不断完善的阶段,故在此阶段,政策填补法律空白和漏洞的功能更为凸显。

(二) 应在法治原则下适用政策

尽管政策具有解释法律以及填补法律空白和漏洞的功能,但应在法治原则的指导下适用政策。

第一,法律有明确规定的,仍应依法裁决。由于目前颁布的涉及自贸试验区的法律主要是纵向的监管法和行政法,并不涉及平等民事主体之间的横向交易法(如《合同法》、《涉外民事关系法律

② 陈铭祥:“立法政策——将政策转化为法律之理论与实践”,载《月旦法学》2002年第7期。

③ 张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第60页。

④ 陈铭祥:“立法政策——将政策转化为法律之理论与实践”,载《月旦法学》2002年第7期。

⑤ 陈铭祥:“立法政策——将政策转化为法律之理论与实践”,载《月旦法学》2002年第7期。

⑥ 汪琳、张志勋:“从身份到契约的成长——新中国成立以来民法的发展与完善”,载《江西社会科学》2009年第9期。

⑦ 刘金国:“浅论法律适用过程中法律与政策的关系”,载《商业文化》2011年第7期。

适用法》等),因此在横向交易法的适用上,区内和区外的企业应当受到同样的法律制约。否则,将可能导致“超国民待遇”的乱象。为避免当事人可能通过制造连结点,从而选择区内的法院进行管辖等“挑选”法院问题,根本的做法就是区内、区外的法院在审理同类商事交易纠纷案件时,按统一的法律适用规则办案,避免出现同案不同判的后果。

第二,法律未有规定的,而政策有规定的,则可考虑适用政策,但所适用的政策必须是合法的政策,即政策的制定过程应符合法定的程序,政策的实体内容不得与宪法和法律精神相冲突。

第三,法律与政策有冲突时,应坚持法律本位,但适用法律会明显导致不公平的,则可通过政策适当突破法律过时的规定。法律至上原则是法治的基本和核心原则。根据法律至上原则,当法律与政策发生冲突时,法律优先,这是由法律自身地位决定的。但法律具有局限性和滞后性,法律跟不上经济社会的快速变迁,当适用法律将明显违反社会一般公平正义观念时,可以通过适用政策突破法律一些过时规则的规定,对一些突发性的热点、难点、重点问题及时有效地加以解决。

(三)要全面正确理解各种政策间的关系

政策是国家关于必须达到的目的或目标,或实现某一时期、某一方面任务而作出的政治决定,是一国在一定历史时期的行政准则。^⑧ 准确认识和理解各项政策,是人民法院确保法律与政策统一适用的前提。人民法院在理解政策时,要弄清整体政策安排与某一具体政策的关系、系统政策链条与某一政策环节的关系、政策顶层设计与政策分层对接的关系、政策统一性与政策差异性的关系、长期性政策与阶段性政策的关系。既不能以局部代替整体,也不能以整体代替局部;既不能以灵活性损害原则性,又不能以原则性束缚灵活性。要防止一知半解、断章取义、生搬硬套;防止徒成空文、等待观望、急功近利;并注意避免合意则取、不合意则舍的倾向。

二、更新审理涉自贸试验区案件的司法理念

目前,全国人大常委会暂时调整了外资企业法、中外合资经营企业法和中外合作经营企业法规定的有关行政审批,2014年新修改的《公司法》将注册资本实缴登记制改为认缴登记制。除此之外,有关金融、投资、贸易、知识产权、合同、劳动等法律均未作修改,而且短期内亦无明确的修改计划。国务院的总体方案以国办文件的形式下发,严格意义上讲,连行政法规都够不上,其效力位阶也只是行政规章。学者多认为无论是《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》还是各部委出台的一系列支持自贸试验区的意见,以及上海各委办局制定的细则,均属政策性规定。^⑨《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》也属地方规章,难以单独成为判案依据。因此,法院面临着在改革性、政策性文件上升为法律规范前的“立法真空期”内如何正确适用法律的新问题。这不仅需要法律方法上的创新,而且更需要进一步解放思想,更新观念。

(一)以法治思维确保在自贸试验区内法律与政策的统一适用

1. 用政策调和法律阶段性与改革前瞻性间的紧张关系

法律作为上层建筑根植并受制于特定历史时期的经济基础,带有一定的历史痕迹和鲜明的时

^⑧ 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第383页。

^⑨ 丁伟:“中国(上海)自由贸易试验区法制保障的探索与实践”,载《法学》2013年第11期。

代烙印,阶段性、滞后性是法律的固有特征。改革发展无限的前瞻性要求改革者大胆试验、大胆突破,在不断实践探索中推进,也要求作为上层建筑的法律不断适应改革发展的新形势,解决新问题,引领新发展。^⑩但在自贸试验区所涉及的各类改革中,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。^⑪此时,“政策在法律制度与法律实践之间增添了一条关键的纽带,调和法律的稳定性与滞后性的冲突”,^⑫将改革的内在要求和坚持法治原则有机地结合起来。具体表现为,一方面,在现行法律制度资源内推进改革创新,充分发挥原有的制度优势;另一方面,对于改革中法律和法规未规定的事项,由合法主体通过合法程序制定的政策在法治原则指导下再进一步推进改革创新。通常遵循先取得授权,后出台政策性规定,再付诸实践的改革路径。

2. 通过法律和政策的正确适用实现深化改革与依法办事间的“正和博弈”

法律固然具有稳定性,但这种稳定性是建立在一定时期法律与经济基础基本相适应的基础上。不能片面地认为先行先试就是对法律的不断突破,以法治思维、法治方式推动改革开放,必须摒弃将依法办事与改革开放两者截然对立的零和思维。用辩证思维来思考,改革开放与依法办事是一对对立统一的辩证关系,在一定条件下可以形成相辅相成、相得益彰的“正和博弈”状态。^⑬这种“正和博弈”的形成主要依赖于政策,之所以用政策来拉近法律与改革间差距,就在于政策相较于其他社会规范形式,更具有针对性、灵活性、及时性和一定的权威效力,并且符合法治原则的政策是由合法主体通过合法程序制定,既可以及时满足改革的应变要求,也可以有效防止改革的随意性。

3. 要正确处理法律与政策的适用边界

法律是对“法”这一客观存在的表述,而非制造、发明出来的东西。法律作为强制性社会规范的一种,具有普适性的特征。但自贸试验区先行先试有着其特殊的需求。这种需求的满足是一个循序渐进的过程,无法一蹴而就,因此,难以通过法律的形式来为先行先试提供标准,国家更多的是结合具体情况通过制定相关政策来规范和指导现实的改革创新。因此,人民法院在适用法律与政策时,要处理好遵循规律与立足国情间的关系,在已有的法律规定中甄别出具有普遍意义的规律,而这些规律无论在自贸试验区内还是区外,均应予以遵守;同时也要区分出具有阶段性特征的规定,这些规定受制于已有的经济和社会发展的影响,在先行先试的过程中需要结合具体国情,通过政策的适用来适应改革的实践要求。人民法院要避免两种错误的倾向:一种是过分强调政策,漠视法律的基本规律,造成司法的随意和不公,损害司法权威;另一种是过分强调法律,僵化、机械地适用法律,妨碍改革的进一步深化。

(二)革新法律方法确保在自贸试验区内法律与政策的统一适用

当代法解释学承认制定法、法律价值、事物的本质、公共政策、善良风俗等都可以通过发现、论证、解释、衡量进入作为裁判规范的法律,都可以作为法官法源。^⑭我国《民法通则》第6条规定:“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。”《民法通则》将“国家政策”作为制定法的补充,赋予了其法源地位。然而,政策毕竟异于法律,有着强烈的目标指向性和任

⑩ 丁伟:“中国(上海)自由贸易试验区法制保障的探索与实践”,载《法学》2013年第11期。

⑪ 刘言浩:“中国(上海)自由贸易试验区的司法应对”,载《一中审判实务》2014年第4期。

⑫ 齐恩平:“民事政策的困境与反思”,载《中国法学》2009年第2期。

⑬ 丁伟:“中国(上海)自由贸易试验区法制保障的探索与实践”,载《法学》2013年第11期。

⑭ 陈金钊:“再论法律解释学”,载《法学论坛》2004年第2期。

意性,因而被认为应仅作为“非正式法源”。^⑮当适用某种法律正式渊源与正义和公平的基本要求发生冲突时,或者正式法律文件表现出可能会产生不同解释时,又或者正式法律未作规定时,非正式法源是重要的参考依据。因而,政策在法律解释和填补法律空白方面发挥着重要的作用。

1. 发挥政策在法律解释上的功能

在法律适用解释过程中进行政策性考量具有正当性,有利于深化立法原意,契合现时代经济社会发展的需要;法官援引国家政策适用法律解释,能有效规范司法审判自由裁量权的适用,从而弥补社会有机体法律之治的欠缺。^⑯从有关的政策性文件中获取的“政策解释”,对于法律解释起着重要的导引作用。^⑰“法律适用解释中对相关政策的检视,可以克服法律在应付诸多新问题、力图保障一个正在变化的经济社会生活中各种利益之间平衡等方面的局限性。”^⑱政策对于法律解释所产生的影响主要是通过目的解释来实现的。目的解释,是指“依可得认识的规整目的及根本思想而为之解释”,具体来说就是,“在个别规定可能的字义,并且与法律之意义脉络一致的范围内,应以最能配合法律规整之目的及其阶层关系的方式,解释个别规定”。^⑲政策之于目的解释,能够提供所追求的能动的、规范化的方向,从而使法官在进行法律解释时“按图索骥”,避免简单地机械释法,克服成文法带来的弊端。

2. 将政策作为填补法律漏洞的依据之一

政策对填补法律空白也起着重要的作用。在填补法律漏洞时,往往会出现不同的利益纠葛,需要对呈现多元性的价值作出符合公平与正义之理念的取舍。依据政策填补法律漏洞,主要是因其所具有的灵活性,对于迅速演变的社会生活具有明显的调节性,特别是“某些政治或社会紧急措施的准则”,在特殊情况下,“法律机关应当以执行那些可能对正义造成最小侵损的紧急措施为原则”。^⑳此外,政策往往与以公平正义为最高指导原则的法律具有一致的价值追求,司法机关依托政策来弥补法律漏洞,较易达到裁判所要追求的社会公义。^㉑

3. 明确规范性文件的适用方法

政策种类繁多,如从制定主体来区分,可以有国家政策和地方政策,但无论是何种政策,其主要表现形式即为规范性文件。因此,人民法院在裁判过程中多以参考规范性文件的方式来适用政策。掌握科学的规范性文件适用方法是实现法律和政策统一运用的前提。

首先,要知晓规范性文件具有法定的依据效力。根据宪法和法律的规定,规范性文件可以作为行政主体实施行政行为的依据。《宪法》第107条规定,县级以上地方各级人民政府有权发布决定和命令,乡、民族乡和镇人民政府有权执行上级国家行政机关的决定和命令。《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第51条第1项规定,县级以上的地方各级人民政府应执行上级国家行政机关的决定和命令;该法第52条第1项规定,乡、民族乡、镇人民政府应执行上级国家行政机关的决定和命令。《行政复议条例》第41条规定,复议机关审理复议案件,以法律、行政法规、地方性法规、规章,以及上级行政机关依法制定和发布的具有普遍约束力的决定、命令为依据。

^⑮ 齐恩平:“民事政策的困境与反思”,载《中国法学》2009年第2期。

^⑯ 齐恩平:“民事政策的困境与反思”,载《中国法学》2009年第2期。

^⑰ 李超:“政策解释在民法适用中的价值——兼评《民法适用解释的政策检视》”,载《西部法学评论》2013年第6期。

^⑱ 齐恩平:“民事政策的困境与反思”,载《中国法学》2009年第2期。

^⑲ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第210页。

^⑳ [美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第489页。

^㉑ 李超:“政策解释在民法适用中的价值——兼评《民法适用解释的政策检视》”,载《西部法学评论》2013年第6期。

此处对“决定、命令”应做宽泛解释,应理解为以各种形式表现出来的规范性文件。宪法和法律所称的“执行决定、命令”,就是以规范性文件为依据实施行政行为。《行政复议条例》的明确规定,使得行政复议机关既可以以决定和命令即规范性文件作为依据实施行政复议行为,也可以以规范性文件为标准评判被申请人具体行政行为的合法性和合理性,也就是允许行政主体以规范性文件为依据实施具体行政行为。《行政诉讼法》虽未明文规定人民法院可以以规范性文件为依据审理行政案件,在行政诉讼中行政规章也只有“参照效力”。但是,《行政诉讼法》却明文规定,人民法院审理行政案件应以行政法规为依据。这是一条准用性法律规范,而被援用的行政法规即《行政复议条例》已规定规章和规范性文件可作为具体行政行为的依据。因此,在没有法律、法规依据时,人民法院就不能撤销行政主体以规章或规范性文件为依据而实施的被诉具体行政行为。^②

其次,要清楚规范性文件具有被援用的依据效力。有许多行政法规范是准用性规范。所谓准用性规范,是指未直接规定行为规则的内容,只规定在适用此项规范时准予援用有关规定的法律规范。被援用的有关规定,可以是一条行政法规范或者其他部门法的法律规范,也可以是规范性文件的规定,甚至还可以是其他社会规范的规定。这样,当规范性文件因准用性规范而被行政主体援用时,该规范性文件也就成了行政行为的实施依据。当然,当规范性文件作为准用性行政法规范的被援用规范时,规范性文件只是行政行为的补充依据而不是唯一依据或独立依据。也就是说,行政主体在适用行政法规范的同时,还应适用被援用的规范性文件,而不能仅仅适用准用性行政法规范或者被援用的规范性文件,否则即为适用法律、法规错误。^③

最后,要明确各规范性文件的效力等级。规范性文件主要是由各行政主体依职权制定的。因此,各行政主体间严格的行政隶属关系决定了规范性文件间的效力等级关系。就地域行政主体规范性文件间的效力等级而言,地域行政主体的规范性文件的效力,低于上级地域行政主体的规范性文件,同时低于上级地域行政主体所属的公务行政主体(即上级政府的职能部门)基于该上级地域行政主体授权所制定的规范性文件。就公务行政主体规范性文件间的效力等级而言,公务行政主体的上下级间有领导关系的,则下级规范性文件的效力低于上级规范性文件。不相隶属的地域行政主体与地域行政主体、公务行政主体间、公务行政主体与地域行政主体,所制定的规范性文件的效力不分高低,不存在效力等级。^④

三、实现法律与政策的统一适用的主要途径

(一)相关案件实行集中管辖

自贸试验区是全新的探索和尝试,也对司法提出了更高的专业性要求。上海三级法院积极研究专门审判机构的设置,上海市浦东新区人民法院成立了自由贸易区法庭、上海市第一中级人民法院成立了自贸区专项合议庭,与自由贸易区法庭相对接,以有效满足自贸试验区对审判功能的综合性需求和专业化要求。就当前而言,亟须解决的是案件的管辖问题。自贸试验区的改革要求法官

^② 叶必丰:“论规范性文件的效力”,载《行政法学研究》1994年第4期。

^③ 叶必丰:“论规范性文件的效力”,载《行政法学研究》1994年第4期。

^④ 叶必丰:“论规范性文件的效力”,载《行政法学研究》1994年第4期。

重新掌握相关法律规则以及与别处不同的政策。^⑤ 因此,在自贸试验区相关立法尚未到位,新类型纠纷处理规则尚未明朗阶段,确立集中管辖更符合自贸试验区对司法保障的需求。一是有利于法律和政策的统一适用。民事诉讼法关于地域管辖规定了多个连结点对当事人选择,并非所有涉自贸试验区的涉诉纠纷均由浦东新区人民法院管辖,况且自贸试验区中有部分属于浙江省辖区,这就意味着全国各地法院均可能受理涉自贸试验区案件,这种管辖的分散化会使政策的解读、法律的适用受到严峻的挑战,而集中管辖可以确保法律和政策适用的统一口径。二是有利于案件裁判的精品化。通过高起点配齐配强审判力量专项审判,确保相关案件得到公正高效处理。三是便于审判经验的总结和审判信息的集中。一方面,通过新类型案件的集中研究,便于上级法院的审判指导、监督,可为最高人民法院制定相关司法解释提供实践经验;另一方面,通过风险发现与预警,便于监管部门、立法机关及时汲取司法经验,为自贸试验区经验的复制推广提供司法支持和案例指引。四是有利于锻炼培育出一支精通自贸试验区相关法律和政策的职业化、专业化的法官队伍。

(二)深化商事审判理念

正确理解和认识商事审判与传统民事审判在理念上、价值追求上的差异。^⑥ 民事审判在价值追求上侧重于以人为本,体现对人的生存与发展的特殊保护;商事审判则侧重于鼓励交易,增进财富,系以交易的安全和快捷为目的。^⑦ 促进自贸试验区率先建立符合国际化和法治化要求的跨境投资和贸易规则体系,应当是审理涉自贸试验区案件的立足点。人民法院在审理涉自贸试验区案件时必须遵循商法思维,尤其当“制度创新”带来的纠纷在法律缺乏明文规定时,要以商法思维解读政策,具体包括:尊重意思自治与公权适当介入、尊重商事营利性和商人职业特点、尊重商事交易规则和惯例、促进交易效益与保障交易安全。

对于司法实务中多发、已发类型且不涉及自贸试验区改革的案件,如买卖、货代、运输、仓储、借款等纠纷,在总结既往经验的基础上将商法思维与商事裁判理念充分融入审判中。对于司法实务中已发类型,但涉及自贸试验区服务业扩大开放的领域、法律法规调整实施的领域以及商事登记制度改革的案件,必须注意自贸试验区的特殊性,正确确定行为效力、合同效力,依法平等保护市场主体各项合法权利,促进诚实守信,并以此引导确定的市场预期,维护交易稳定和安全。对于因自贸试验区改革创新而出现的新类型案件,如商业保理、金融衍生品品种交易、电子商务等,应正确理解相关的政策,充分注意新型业态的行业惯例和自治性规范,形成合理的审判规则以引导市场秩序的建立。对于涉外案件,要坚持平等保护、法制统一、审判独立和公开透明的原则,正确行使司法管辖权,准确运用冲突规范,正确适用国内国际两种法律渊源,平等保护中外当事人的合法权益,维护自贸试验区的国际信誉和我国的对外开放形象。对于外国仲裁裁决的承认与执行,在坚持我国司法主权和维护主权利益的前提下,要认真履行我国承诺的国际条约义务,依法审查合同中涉外仲裁条款的效力,依法承认和执行外国仲裁裁决。

^⑤ 缪因知:“上海自贸区可设级别较高法院”,载《法制日报》2013年12月15日A43版。

^⑥ 张娜:“周强就全国商事审判工作强调不断拓展商事审判服务经济社会发展的广度和深度 奚晓明出席会议并讲话”,载《人民法院报》2013年9月18日第1版。

^⑦ 李志刚:“由规范到思维:商法研究的转向及其对商事审判的意义——中国商法学研究会2013年年会评述”,载 <http://www.law-lib.com>,2014年4月9日访问。