



第11卷

陈甦 罗东川 夏小雄 ■ 著

中国（上海）自由贸易试验区 建设的法治保障

陈甦 陈洁 夏小雄 ■ 著

上海自贸区金融监管体制的 建构和优化

主编 ■ 李扬 殷剑峰 本书作者 ■ 陈甦 罗东川 陈洁 夏小雄

REPORT OF LUJIAZUI INSTITUTE, CASS

基地报告



经济管理出版社

ECONOMY & MANAGEMENT PUBLISHING HOUSE

基地报告

REPORT OF LUJIAZUI INSTITUTE, CASS

主编 ■ 李 扬 殷剑峰 本书作者 ■ 陈 甦 罗东川 陈 洁 夏小雄

第11卷

陈 甦 罗东川 夏小雄 ■ 著

中国（上海）自由贸易试验区
建设的法治保障

陈 甦 陈 洁 夏小雄 ■ 著

上海自贸区金融监管体制的
建构和优化



经济管理出版社
ECONOMY & MANAGEMENT PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

基地报告. 第 11 卷/陈甦等著. —北京: 经济管理出版社, 2017.12
ISBN 978-7-5096-5492-7

I. ①基… II. ①陈… III. ①区域经济发展—研究报告—上海 IV. ①F127.51

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 279040 号

组稿编辑: 宋 娜

责任编辑: 许 艳

责任印制: 黄章平

责任校对: 董杉珊

出版发行: 经济管理出版社

(北京市海淀区北蜂窝 8 号中雅大厦 A 座 11 层 100038)

网 址: www.E-mp.com.cn

电 话: (010) 51915602

印 刷: 玉田县昊达印刷有限公司

经 销: 新华书店

开 本: 720mm×1000mm/16

印 张: 14.25

字 数: 200 千字

版 次: 2017 年 12 月第 1 版 2017 年 12 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5096-5492-7

定 价: 78.00 元

·版权所有 翻印必究·

凡购本社图书, 如有印装错误, 由本社读者服务部负责调换。

联系地址: 北京阜外月坛北小街 2 号

电话: (010) 68022974 邮编: 100836



中国社会科学院陆家嘴研究基地
Lujiazui Institute of Chinese Academy of Social Sciences

目 录

CONTENTS

中国（上海）自由贸易试验区建设的法治保障

陈 甦 罗东川 夏小雄 著 / 001

上海自贸区金融监管体制的建构和优化

陈 甦 陈 洁 夏小雄 著 / 135

中国（上海）自由贸易试验区
建设的法治保障

陈 甦 罗东川 夏小雄 著

- 一 导言 / 005
- 二 上海自贸区建设的时代背景、核心内容与法治挑战 / 010
 - (一) 设立上海自贸区的时代背景 / 010
 - (二) 上海自贸区建设的核心内容 / 012
 - (三) 上海自贸区建设带来的法治挑战 / 015
- 三 上海自贸区建设立法保障研究——国家立法层面的分析 / 024
 - (一) 自贸区建设立法保障的“中国问题” / 024
 - (二) 上海自贸区建设的立法保障：既有模式的总结 / 026
 - (三) 自贸区法律规则建构：既有模式的析评 / 031
 - (四) 自贸区法律规则建构：既有模式的改造 / 037
- 四 上海自贸区地方立法研究——地方立法如何最大限度地发挥能动性 / 043
 - (一) 自贸区地方性立法为何重要 / 043
 - (二) 自贸区地方立法需要考虑的问题 / 044
 - (三) 自贸区地方立法需要贯彻的原则 / 046
 - (四) 自贸区地方立法现状分析 / 048
 - (五) 自贸区地方立法有待解决的问题 / 053
 - (六) 自贸区地方立法完善的方案 / 055
- 五 上海自贸区行政改革法治保障研究——“简政放权”改革的法治构造 / 058
 - (一) “简政放权”：自贸区行政改革的基本要求 / 058
 - (二) 自贸区行政体制的改革 / 061
 - (三) 自贸区具体监管领域的制度变革 / 066
 - (四) 自贸区行政管理的优化 / 071

六 上海自贸区建设司法保障研究——建设具有“回应性”特征的法律 争议解决机制 / 076

(一) 上海自贸区建设带来的司法挑战 / 077

(二) 上海自贸区司法保障机制的完善 / 079

(三) “上海市一中院自贸区案件审判指引”评析 / 083

(四) 自贸区内的司法实践状况——以浦东法院审判白皮书
为核心 / 086

(五) 自贸区司法保障机制的继续完善 / 088

七 上海自贸区改革试点经验的复制推广——回归法治化的道路 / 094

(一) 自贸区改革试点经验推广复制基本概况 / 095

(二) 自贸区改革试点经验的复制推广：国务院的安排 / 098

(三) 自贸区改革试点经验的复制推广：其他方式 / 100

(四) 自贸区改革试点经验复制推广过程中的问题 / 102

(五) 如何完善自贸区经验推广制度——上海市方面的角色和
功能 / 105

附一 主要缩略语 / 109

附二 论我国统一的“自贸区法”的制定 / 110

一、统一的“自贸区法”的必要性论证 / 111

二、统一的“自贸区法”的制度性框架 / 116

三、统一的“自贸区法”的特殊性考量 / 122

结论 / 127

附三 自由贸易试验区建设的法治保障 / 128

一、上海自贸区内“法律法规暂停实施制度”的完善 / 128

二、负面清单制背景下国家安全审查制度的完善 / 130

三、上海自贸区内企业设立法制的完善 / 131

四、上海自贸区内金融创新的法治支持 / 132

五、上海自贸区内税收法制的更新完善 / 133

六、上海自贸区内法律争议解决机制的优化 / 134

一 导 言

中国（上海）自由贸易试验区（以下简称“上海自贸区”）的建立是中共中央、国务院的重大决策，是新形势下推进改革开放的重大举措，对于加快政府职能转变、积极探索管理模式创新、促进贸易和投资便利化具有重要意义，可以为全面深化改革和扩大开放探索新途径、积累新经验。

与其他国家自贸区有所不同，上海自贸区的建设不只涉及招商引资和贸易开放的问题，同时包含政府职能转变、监管制度调整、金融改革创新等更多全方位、深层次的命题。从根本上说，上海自贸区建设是在中国特色社会主义市场经济体制下和社会主义法治体系中，通过运行实态机制的试点实践，为市场与政府关系建构实验模型、筛选最优方案、塑型最佳模式。上海自贸区作为全国自贸区建设的“试验田”和“桥头堡”，其实践经验不仅对于其他地区自贸区的建设具有示范价值，而且对于未来全国范围内推行的深化改革、扩大开放和建构结构合理、功能有效的市场与政府关系等相关重大举措，也有以点带面、以面构体的系统更新牵动效应。“社会主义市场经济本质上是法治经济”。^① 中国特色社会主义市场经济体制和社会主义法治体系，既是上海自贸区建设的社会环境系统，也是上海自贸区建设内在的体制机制要素。为了确保上海自贸区的各项改革创新有序推进，必须正确处理深化改革与完善法治之间的关系，从法治视角建构和完善各项制度体系，既为自贸区试验预设提供充分的引领，又对自贸区建设活动加以有效的规范，还要对自贸区建设的经验成果加以切实的保障。上海自贸区在“先行先试”的过程中，必须要有完善的法治保障机制，并着

^① 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。

力为此培育一个法治化、国际化的营商环境。^① 具体而言,上海自贸区建设的“法治保障”可以从三个维度展开:首先是立法层面的保障,也即必须为上海自贸区建设提供完善的法律规则体系,使各项改革创新措施能够依法推进,“实现立法和改革决策相衔接,做到重大改革于法有据”;^② 其次是行政层面的保障,也即必须建构与上海自贸区建设实践需要相符合的管理体制、监管制度,在自贸区运作层面,做到“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”^③ 的有效结合;最后是司法层面的保障,也即必须在上海自贸区内确立高效公正的法律争议纠纷解决机制,这是地域市场效能的有机组成部分,其中起核心和示范作用的就是司法机制。

讨论“上海自贸区建设的法治保障”问题,可以着眼于两个层面进行分析:一是国家层面上海自贸区的整体制度建构;二是地方层面上海自贸区的具体改革试验。

从国家层面而言,全国人大常委会、国务院及各部委等已经通过特别授权、制定法规、制定规章、发布文件等各种形式,确立了自贸区的基本规则体系。但是,从上海自贸区建设与发展的法治实践需要来看,既有规则体系依然存在各种问题,有待继续优化完善。

从地方层面而言,上海市人大、上海市政府、上海市各级法院等按照自贸区运行与发展的法治建设要求,进一步完善了自贸区的规则,在立法、司法、行政等各个方面确立了更为具体的制度。但是,上海自贸区的建设依然面临着较多的法治难题,地方性的改革试验也需要更为系统、更为具体、更为有效的法治引领、规范与保障。

基于上述问题意识和论题逻辑,本书将重点讨论以下几个问题:

① 参见沈国明:《法治创新:建设上海自贸区的基础需求》,《东方法学》2013年第6期,第124-129页。

② 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。

③ 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》。

一是国家层面上海自贸区的法律规范形成机制。自贸区改革会影响经济社会发展的各个层面，很多创新措施都涉及基本法律的调整，但是全国人大、全国人大常委会并未制定专门的《自贸区法》对之加以规范。目前，上海自贸区的改革主要依据国务院颁布的《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》（以下简称“总体方案”）加以推进，各部委根据“总体方案”的要求制定了配套实施规则，上海市人大、上海市政府则相应制定了地方性的法规、规章。这种法律规则“形成”机制的存在无疑有其现实合理性，也确实有效地引导了上海自贸区改革“试验”的开展，但其应对需求上的急迫性导致其系统结构本身也存在较多问题。在此背景下，有必要对之加以深入的检讨，并就自贸区建设立法保障机制的完善提出建议。

二是上海自贸区建设过程中的“地方立法试验”。如同上文所说，在全国性自贸区立法“缺位”的情况下，上海市人大、上海市政府必须进行“补位式”法治措施，通过地方立法将国务院“总体方案”提出的原则性要求加以“具体化”和“实质化”。在此过程中，上海自贸区的地方立法必须充分发挥“能动性”，依据上海自贸区建设的特殊要求建构具体规则，有效解决各种实践难题。自上海自贸区设立以来，上海市人大、上海市政府已经制定了大量的地方法规、政府规章，对于上海自贸区改革创新推进给予了充分引导和有效规范。但是，上海自贸区在进行“地方立法试验”的过程中也面临较多难题，特别是体制限制和制度初创导致的问题，有待于通过完善相关制度加以解决。

三是上海自贸区行政改革如何深入贯彻“简政放权”的要求。上海自贸区是中共中央、国务院决定推行“简政放权”改革的试验田。自上海自贸区成立以来，上海市政府围绕自贸区管理的“简政放权”作出了许多改革尝试，实践已经证明，这些制度安排提高了自贸区行政监管的效率和水平。目前，在国务院的统筹安排下，上海自贸区内许多“简政放权”的改革措施已向全国加以推广，在很大程度上实现了可复制、可推广的试点方

案预设。在肯定成绩的同时，也需要注意到上海自贸区推行“简政放权”改革过程中可能需要面临的一些具体问题，比如行政权力下放如何纳入法治化轨道、行政审批权和行政处罚权的相对集中行使制度如何加以完善，这些问题同样值得深入探究。

四是上海自贸区司法保障机制的完善问题。在自贸区设立之后，上海各级法院、仲裁机构等围绕自贸区内法律争议解决机制的优化作出了很多工作，针对自贸区内法律争议纠纷的特点确立了相应的制度规则，以确保相应争议纠纷能够得到高效公正的解决。就上海自贸区已有的司法实践情况来看，这些制度规则为实践纠纷的解决提供了裁判规则和程序依据，使当事人的意思自治得到了充分尊重，也为各项创新改革的推进提供了有效保障。但若从另外一个维度加以观察，目前上海自贸区的司法保障机制是否有效回应了上海自贸区的实践需要，司法保障机制如何建构更为合理有效，这些也都是值得审视与阐释的问题。

五是解决目前上海自贸区经验复制推广的“法治化”问题。在上海自贸区运行一段时间之后，自贸区成熟制度经验的复制推广便成为理论界和实务界共同关注的话题。国务院对于自贸区可复制改革经验的推广工作已经作出了一定安排，将自贸区部分成熟的经验制度在全国范围内加以推广。此外，全国各地也兴起了学习上海自贸区经验的热潮，上海自贸区已经成为深化改革的重要经验来源。其实，“可复制、可推广”本身也应是法治化的对象，诸如可复制、可推广的经验如何识别与提取，自贸区经验应作为典型示范的例子复制推广还是应转化为一般规则后复制推广，如何对可复制、可推广的经验进行效用评估以及如何使之规则化等，都需要有一整套法治方法与法治机制对其加以规定。但是，对于应推广哪些自贸区经验、如何推广自贸区经验等问题，理论界和实务界尚未从可复制、可推广法治化的方法论视角加以深入思考，实践中上海自贸区经验的复制推广本身的问题未能得到有效解决，某种程度上存在以旧的方式复制推广新的经

验的不效率现象。在此背景下，对于上海自贸区经验复制推广的“法治化”问题亦应加以探究。

当然，在讨论这几个问题之前，有必要简要介绍下中国自贸区建设的时代环境、核心内容、实践挑战、法治回应等基本问题，这是讨论其他争议问题“走不出的背景”。

二 上海自贸区建设的时代背景、核心内容与法治挑战

(一) 设立上海自贸区的时代背景

上海自贸区的推出有其特殊的历史使命。若想深刻理解上海自贸区的重要地位、改革功能和法治效应,首先必须了解建设上海自贸区的时代背景。

1. 全面深化改革的时代要求

中共十八届三中全会通过了《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称《决定》),针对我国经济社会发展现状提出了“全面深化改革”的要求与布局,明确了“全面深化改革”的目的与思路,部署了“全面深化改革”的重点任务和实施路径。《决定》强调要把经济体制改革作为全面深化改革的重点,其核心问题是处理好政府和市场的关系,使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用。因此,既要大力培育市场、发展市场和优化市场,也要加快转变政府职能,深化行政体制改革,创新行政管理方式,增强政府的公信力和执行力。同时,随着全球经济竞争的日益加剧,《决定》强调我国在坚持世界贸易体制规则的基础上,必须扩大双边、多边、区域次区域开放合作,扩大同各国、各地区利益汇合点,构建开放型经济新体制。

在此时代背景下,中共中央、国务院决定设立上海自贸区,并在外商投资、服务贸易、金融制度、行政监管等方面推行全面改革措施。这一举措顺应了全面深化改革的时代要求,拓展了进一步对外开放的实践视野。^①

^① 对此更为深入的论述参见赵胜文、张富国:《论全面深化改革背景下上海自贸区的创新发展》,《经济问题》2015年第5期;肖林:《自贸区战略体现中央全面深化改革的决心》,《二十一世纪经济报道》2015年5月28日第007版。

2. 政府简政放权的应然体现

改革开放近 40 年来，我国的行政体制改革已经取得很大进步，政府角色已经发生很大的转变，从计划经济时代的无所不管已经转化为市场经济时代的有限干预。但是，由于历史传统和经验定式的影响，我国的政府管理制度与成熟市场经济体制的要求之间依然存在较大差距，强大的政府权限、烦琐的行政程序、宽泛的行政审批、强势的行政干预等因素，已经影响到了市场经济的发展活力。

在此背景下，国务院按照全面深化改革和全面推进依法治国相结合的改革逻辑，力推进一步“简政放权”的改革，减少行政审批、限缩政府权力已经成为重点改革方向。但是，由于地域广大、国情复杂，简政放权的全面改革有必要选择在局部区域先行试验，在经验成熟的情况下再推广到全国。上海自贸区的推出即是响应此种改革需求。在上海自贸区内，力推以弱化审批权限、强化市场监管为内容的行政体制变革，这既是政府简政放权改革的应然体现，^①更是我国改革能力提高、改革路径改善、改革质量优化的具体表现。

3. 全球经济竞争的迫切需要

进入 21 世纪之后，全球经济发展经历了很多变化，也面临很多新问题。在经济全球化趋势下，全球市场进一步融合，各国之间的贸易壁垒逐渐缩减。为了维持在全球市场中的竞争力，各国纷纷调整本国的贸易、投资等管理制度，使得商品、资金、人力等资源要素的流转更为便利，一些新的区域性贸易规则得以形成并发展。例如，美、欧、日三大经济体先后发起 TPP（跨太平洋战略伙伴协议）、TTIP（跨大西洋贸易与投资伙伴协议）、PSA（多边服务业协议）的多边贸易谈判，力图形成新一代高规格的

^① 参见刘杰：《自贸区是简政放权的“试验田”》，《文汇报》2014 年 1 月 23 日第 005 版。

全球贸易和服务规则进而取代目前的 WTO 规则。^①对此,我国必须采取系统性的应对措施,进一步加强社会主义市场经济体制改革就是最为根本性的应对措施。

近年来,我国的外商投资和对外投资也面临越来越多的新问题,既有的投资管理制度和对外投资制度已经不能适应新时代的需要。随着中国经济发展的转型和全球经济竞争的深化,中国需要在世界政治经济秩序格局中扮演越来越重要的地位,人民币的国际化、利率市场化等都是全球经济竞争背景下中国必然的战略选择。

上海自贸区的推出就是为了实现上述目的而采取的重要措施,从而使我国的经济的发展能够更好地适应全球经济发展新形势,使对内对外开放相互促进、“引进来”和“走出去”更好的结合,促进国际国内要素有序自由流动、资源高效配置、市场深度融合,进而加快培育国际经济合作竞争新优势。^②

(二) 上海自贸区建设的核心内容

与曾经出现或目前存在的其他国家自贸区建设有所不同,上海自贸区的改革视野更远、目的限阈更宽、体制作用力更大,不仅包括吸引外资与发展贸易等内容,同时也包括创新金融制度、转变政府职能、调整管理模式等内容。对于上海自贸区改革的主要任务和核心内容,“自贸区总体方案”已经作出了详尽安排。若想理解上海自贸区建设法治保障工作的独特性,有必要了解上海自贸区建设的核心制度内容。^③

1. 投资领域开放,消除外商投资审批的弊端

上海自贸区改革的首要重点便是投资领域的开放。上海自贸区率先以

① 蒋政音:《上海自贸区:全面深化改革的试验田》,《江南论坛》2014年第10期,第7页。

② 参见郑永年、王璐瑶:《全球经济新规则下的自贸区试验》,《文化纵横》2013年第6期,第61-67页;何伟文:《自贸区:全球经济格局重构的新赛场》,《中国投资》2015年第4期,第64-69页。

③ 以下各个领域的具体制度措施参见《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》的规定。