



上海研究院
智库报告系列

丛书主编 李培林

SHANGHAI



上海自贸区 法治建设探索

EXPLORATION OF RULE OF LAW CONSTRUCTION
IN SHANGHAI FREE TRADE ZONE

主 编：高全喜
副主编：郭日君



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



上海研究院
智库报告系列

丛书主编 李培林



上海自贸区 法治建设探索

EXPLORATION OF RULE OF LAW CONSTRUCTION IN
SHANGHAI FREE TRADE ZONE

主 编：高全喜

副主编：郭日君

撰稿人：（以姓氏拼音字母为序）

高全喜 郭日君 黄 韬 蒋红珍

王 彬 叶名怡 张军旗



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

上海自贸区法治建设探索 / 高全喜主编. -- 北京:
社会科学文献出版社, 2017. 12
(上海研究院智库报告系列)
ISBN 978 - 7 - 5201 - 1607 - 7

I. ①上… II. ①高… III. ①自由贸易区 - 社会主义
法制 - 建设 - 研究 - 上海 IV. ①D927. 513

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 256193 号

· 上海研究院智库报告系列 ·

上海自贸区法治建设探索

主 编 / 高全喜

副 主 编 / 郭日君

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 任文武

责任编辑 / 杜文婕

出 版 / 社会科学文献出版社 · 区域与发展出版中心 (010) 59367143

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367018

印 装 / 北京季蜂印刷有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 22.75 字 数: 292 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 - 5201 - 1607 - 7

定 价 / 88.00 元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010 - 59367028) 联系

 版权所有 翻印必究

“上海研究院智库报告系列”编委会

主 编 李培林

副主编 李友梅 文学国 周国平

编 委 熊 厚 杨会军 陈 瑶 朱 承

序 言

上海自贸区的设立及发展，作为国家一项深化经济改革、探索产业升级的重要举措，其实质是我国法治经济的一次制度创新，它创设的“上海制度”和“上海模式”，担负着“深化经济体制改革、提高行政审批效率、进一步与国际市场接轨”的历史使命，经过四年的探索，业已取得了显著成效。2015年4月，中国（广东）自由贸易试验区、中国（天津）自由贸易试验区、中国（福建）自由贸易试验区同步挂牌。2017年3~4月，陕西、辽宁、浙江、河南、湖北、四川、重庆等第三批自贸区挂牌。至此，我国已形成11个自贸试验区梯度发展的新格局。但与此同时，我们也应该看到，上海自贸区的发展也存在自身不足，包括改革举措推进的协同性不够、对外开放的力度有待加强，以及事中、事后监管体系仍需探索等。因此，对于上海自贸区的制度探索与法治经济的关系问题，即上海自贸区的制度探索是否符合法治经济建设的要求，如何体现市场经济的法治化要求，如何达到国际化的高标准；四年来上海自贸区的法治化探索究竟有哪些经验可以总结；从国内与国际市场经济的法治化要求和标准看，上海自贸区在制度探索中还存在哪些不足和缺陷，需要以后进一步加以完善；如何贯彻市场经济法治化、国际化要求，进一步推进上海自贸区的制度创新；如何结合当前国际国内大背景，进一步推动



上海自贸区的制度探索与创新，便成为亟须探讨和解决的重要理论课题。

上海自贸区在筹建之初就吸引了众多学者的关注，他们纷纷提出构想方案。上海自贸区正式设立后，对国务院以及上海市政府颁布的政策性文件的解读，对未来上海自贸区制度的创新与完善等方面的内容成为学者们研究的重点。伴随着上海自贸区的不断发展，学者们对这一课题的研究还将不断拓展与深入。

目前，由于上海自贸区还处在建设初期，相关的法律法规并不完备、法律制度也未完善，上海自贸区法学研究方面的成果并不多，主要集中于对上海自贸区法律制度宏观方面的构想与展望，以及对“负面清单”管理模式、金融监管等具体某一项内容的法律分析这两个方面。当然，其他领域的学者也有各种关于上海自贸区的有益探讨，涉及政治、经济、法律、社会、文化等方面的内容。

我们在吸收前述各种研究成果的基础上，主要从一个历史发展与法治制度交会结合的综合视角来考察分析上海自贸区四年来的法治建设历程，尤其是在国际化与法治化的变革动力以及上海自贸区的制度实践上，具体而深入地研究与分析了上海自贸区法治变革的制度创新，总结它们出台的一些富有实践性与操作性的法治化举措，试图从中挖掘出一个由外到内再由内到外的法治化与国际化相互促进的经贸改革的新模式或新思路，从理论上为上海自贸区在全国经济体制改革中的推动作用提出相应的论证和解释。当然，我们的研究并非为上海自贸区的法治建设画上一个句号，而是带着问题加以分析研究的。我们认为这四年来上海自贸区在法治化与国际化方面虽然取得了很大的成就，时至今日，已经抵达一个制度上的“天花板”，也就是说，现有的国家相关法律文件为上海自贸区法治化和国际化提供的探索空间已经不是很大。因此，要实现上海自



贸区的进一步发展，并且达到习近平总书记提出的上海自贸区要“着眼国际高标准贸易和投资规则，使制度创新成为推动发展的强大动力”这个目标，就迫切需要中央与国家层面的法律制度有一个更大的放权简政的行政体制变革，这样才能真正调动地方制度创新的积极性并使之充满巨大活力，为中国经济的进一步升级换代，为把上海自贸区建设为国际金融中心，为实现国家治理的现代化，提供新的法治蓝图。

鉴于上述缘由，本书分为如下几章。

导论。我们从上海自贸区法治建设的定位和历史发展的大视角，审视与解读国家的重大体制改革，为自贸区的法治探索寻找一个法治化、国际化以及行政体制改革的突破口，并在试图结合上海自贸区法治经验的基础上为未来中国法治与行政体制的全方位改革提供一种改良主义的变革之路。

第一章上海自贸区法治建设与政府职能转型。我们集中探讨了上海自贸区的法治建设对于行政体制改革的有益促进作用，尤其是考察分析了上海自贸区如何在行政审批、负面清单制度和事中、事后行政监管模式等方面所进行的主动探索与实践，进而厘清了政府与市场以及国际化与法治化的关系，为上海自贸区的真正启动与四年来的发展提供一个基础性的法制变革的路线图。围绕着政府职能的转变，上海自贸区上上下下做了多方面的可贵探索，取得了丰硕的成果，但也引发了巨大的制度反弹，触及了国家及相关部门的旧有法制权益。如何解决这些涉及多个层面的法律关系，还有待中国行政体制的进一步简政放权和依法治国深入推进。

第二章上海自贸区与中国金融法制变革路径。我们重点分析了中国金融体制变革的几个升级换代的演变路径，挖掘出其内在的国际化与法治化接轨的动力机制，进而总结出以上海自贸区为代表的中国金



融法制化变革的内外部环境压力以及建立各种创新机制的重要性和迫切性。上海自贸区在建设国际金融中心以及人民币国际化自由兑换方面,对中国深度融入全球经济一体化和实现新一轮经贸关系的改革开放,具有举足轻重的促进作用。为此,加大国际化与法治化的力度,建设一个高标准、国际化的法治监管体系是十分必要的,也是刻不容缓的。我们认为,应该把上海自贸区的法治建设提到国家新一轮改革开放的高度,探索一种基于国际信托机制的信托法演变路径,为作为国际金融中心的上海自贸区的自主发展提供法制助力。

第三章上海自贸区法治建设与商贸制度改革创新。我们分别分析研究了四年来上海自贸区在外资准入管理和企业注册制度、税收优惠制度、知识产权边境执法以及汽车平行进口制度等一系列涉及国际商贸关系中的法制管理等制度创新,具体指出了这些法律制度和行政管理的新举措为上海自贸区建设带来的促进作用。我们认为,没有这些具体而重要的涉及经贸双方利益的法制管理的简政放权和高效透明,上海自贸区的快速发展是不可能实现的。这里实际上涉及两个层次和三个方面,两个层次是国内与国际,三个方面是政府、中方企业(国资和民企)和外资企业。公正而合理地厘清两个层次和三个方面的商贸关系,迫切需要一整套法律规章与制度的支撑。上海自贸区之所以取得丰硕的成果,就是因为在国际化方面与一条法治化的通道接轨,并且在维护国家利益方面,政府职权做了重大的调整,政府能够作为第三方为中外企业的商贸往来提供法制环境的服务和行政方面的监管,从而促进了商贸经济的发展。当然,目前还只是一个良好的开始,今后按照国际化和法治化的标准,还有很多方面需要进一步改革和完善。

第四章上海自贸区反垄断、环保和劳工制度创新。我们考察了上海自贸区建设工程所引发的一系列连带问题,以及对于这些问题自贸



区是如何通过法治制度重新予以解决的。现行的行政体制对于这些问题基本上是采取传统的政府主导的行政管控的模式,相比之下,上海自贸区在新的形势下,勇于创新,不再延续旧有做法,而是利用国际化的新契机,在法治创新方面探索出一系列有效的新办法和新经验,从而为全国层面解决上述问题提供了一个参考学习的范本。我们发现,在上海自贸区的上述创新中,最突出的一点就是加大国际化的力度,把法治化与国际化密切地结合在一起,从而形成了一股强劲的动力,进而打破现有的固化模式,引入世界新的标准和争端解决机制,在反垄断、环保和劳工权益保障等方面,都展现出一种前所未有的制度创新的自主性。这就与既有的政府主导、行政强制的社会被动模式形成了很大的反差,为我国今后的反垄断、环保和劳工制度的法治改革提供了有益的借鉴。

第五章上海自贸区贸易制度的发展。我们集中分析了上海自贸区为中国经济社会中的贸易制度带来的巨大推动作用。首先,我们厘清了贸易制度中的自由化问题,即贸易自由化是当今国际经贸往来的基本规则,它表现在货物贸易自由化、服务贸易自由化等多个方面,上海自贸区要实现中国经贸与国际的接轨,贸易自由化就是一项必须予以解决的制度问题。其次,自贸区的发展还有一个贸易便利化的问题。现代贸易的突出特征是高效益和低成本,上海自贸区要真正富有生机和世界竞争力,同时也需要在政策、管理和服务等方面尽可能实现与国际接轨的便利化。因此,无论是贸易自由化还是贸易便利化,最终都要落实在法治与管理的改革创新方面,因为传统的国内经贸受制于行政的条条框框太多,不仅自由化的尺度很低,而且效率低下,各个利益主体相互扯皮,严重影响了贸易双方的积极性,致使经济发展的力度减弱。上海自贸区在国际化的推动下,逐渐在贸易自由化和便利化方面采取了一系列强有力的改革措施,为自贸区的蓄势待发打



下了法制基础。

第六章涉上海自贸区纠纷多元解决机制创新。我们分析了涉上海自贸区纠纷多元解决机制中的改革创新，考察了涉上海自贸区司法审判与商事仲裁等方面的一系列政策与制度的创新，这些方面不仅包括审判领域，还包括涉自贸区商事仲裁制度以及司法与仲裁、调解相衔接等制度。我们认为，有经贸就会有纠纷，出现商事等方面的纠纷如何解决，在上海自贸区是一个新问题，依据现有的法律规章，还不可能在自贸区成立专门的司法机制，如何在有限的制度空间内最大化地解决商事纠纷，并达到国际化和法治化的标准，这就需要上海自贸区探索一条审慎而务实的途径，对此，自贸区充分利用了现有司法制度的改革空间，积极推进仲裁制度的扩展，为司法与仲裁的衔接提供便利的通道，这样就开发出一套行之有效的多元纠纷的解决途径，配合了上海自贸区的法治创新的制度实践。

总的来说，上述六章较为全面地考察和研究了上海自贸区四年来法治探索的有效经验，尤其是总结了他们在法治化、市场化和国际化方面的突出成就以及在行政体制改革创新和经贸服务领域的政府职能转变等方面的具体实践，可以说，上海自贸区基本完成了党中央、全国人大常委会和国务院以及各级领导部门所赋予它的总体规划的目标。这些法治经验值得深入研究和系统总结，并作为促进中国新一轮改革开放的动力和样板，不失时机地应用于全国层面的经济体制与行政体制的改革。但是，正像前文所指出的，上海自贸区作为一个试验区虽然硕果累累，但是也面临进一步发展的瓶颈问题。作为试验，它们闯出了一条道路，尤其是在建设国际金融中心 and 实现人民币国际化方面，构建了一套与之匹配的法制体系的创新构架，不过，这条探索之路要进一步走下去，单靠上海自贸区乃至全部自贸区的试验点自身的努力是不够的，新一轮改革开放需要更大的国家助力，需要更大的



政治魄力和捕捉制度变革的契机。

上海自贸区作为一条破冰船已经起锚远航，就只有一路前行，在中国改革开放的大潮中乘风破浪，英勇前进。正像习近平总书记所指出的：改革开放是当代中国发展进步的活力之源，是决定当代中国命运的关键一招。为此，必须以更大的政治勇气和智慧，不失时机深化重要领域改革，攻克体制机制上的顽瘴痼疾，突破利益固化的藩篱，进一步解放和发展社会生产力，进一步激发和凝聚社会创造力。

本课题组成员分工如下：

高全喜（哲学博士，上海交通大学凯原法学院讲席教授），撰写《序言》《导论》。

蒋红珍（法学博士，上海交通大学凯原法学院副教授），撰写第一章。

黄 韬（法学博士，上海交通大学凯原法学院副教授），撰写第二章。

叶名怡（法学博士，上海财经大学法学院教授），撰写第三章。

王 彬（法学博士，上海交通大学凯原法学院副教授），撰写第四章。

张军旗（法学博士，上海财经大学法学院教授），撰写第五章。

郭曰君（法学博士，华东理工大学法学院教授），撰写第六章。

高全喜

2017年6月15日

目录

CONTENTS

导论 上海自贸区法治建设纵览 / 1

第一章 上海自贸区法治建设与政府职能转型 / 19

第一节 上海自贸区法治建设的定位 / 20

第二节 以负面清单为契机启动审批制改革 / 32

第三节 上海自贸区法治建设对政府职能转型的影响与展望 / 47

本章小结 / 64

第二章 上海自贸区与中国金融法制变革路径 / 67

第一节 上海自贸区金融改革的沿革历程 / 67

第二节 上海自贸试验区的金融法制变革需求 / 106

第三节 人民币国际化战略的法律环境构建 / 116

第四节 以信托法完善为契机中国金融法制结构优化 / 120

本章小结 / 132



第三章 上海自贸区法治建设与商贸制度改革创新 / 133

第一节 企业登记制度及外资准入管理制度改革研究 / 133

第二节 上海自贸区税收优惠制度研究 / 151

第三节 上海自贸区过境货物知识产权边境执法 / 169

第四节 上海自贸区汽车平行进口制度的发展与完善 / 183

本章小结 / 191

第四章 上海自贸区反垄断、环保与劳工制度创新 / 193

第一节 上海自贸区的反垄断制度 / 193

第二节 上海自贸区的环境保护制度 / 206

第三节 上海自贸区的劳动政策 / 222

本章小结 / 246

第五章 上海自贸区贸易制度的发展 / 249

第一节 上海自贸区建设中的贸易自由化 / 250

第二节 上海自贸区建设中的贸易便利化 / 260

第三节 贸易转型升级方面的制度创新 / 275

本章小结 / 292

第六章 涉上海自贸区纠纷多元解决机制创新 / 294

第一节 涉上海自贸区审判政策和制度的创新 / 295

第二节 涉上海自贸区商事仲裁制度创新 / 310

第三节 涉上海自贸区商事调解、仲裁与审判制度之间的衔接 / 333

本章小结 / 346

导论 上海自贸区法治建设纵览*

中国的改革开放始于 1978 年，至今已经走过将近 40 年，经济、政治、社会与文化等方方面面都发生了一系列重大的变革，尤其是法制建设，经历了一个推陈出新的历程，起到了为经济社会的改革开放提供制度支撑的作用。有论者指出，中国 30 年来，从经济社会的视角来看，大致有过三次比较大的法律体制的变革。第一次是改革开放初期（20 世纪 80 年代），中国的一些基础性法律制度得以制定和确立；第二次是 20 世纪 90 年代初期，市场经济的合法性与合宪性地位被确认之后所引发的法律制度的变革；第三次大的法律制度变革发生在 21 世纪初期，这是中国加入世界贸易组织所引发的。从时间节点看，过去三个体系性的法律制度变革间隔时间都在 10 年左右，各自都有代表性的法律制度的变迁，其发挥的作用都是根本性的，对于中国社会经济发展，对于中国全方位的改革开放，都起到了继往开来、融通中西的法律制度保障作用。

中国经济社会的进一步发展，以及深度融入经济全球化，势必要求中国的经济体制以及相配套的法律体制展开新一轮的变革和创制。

* 本导论的撰写，主要参考了胡加祥教授、杨力教授在《上海自贸区成立三周年回眸》一书中的观点，还参考了蒋红珍、黄韬、郭曰君、王彬、张军旗、叶名怡等教授的观点，在此表示感谢。



在新一届党中央的领导下，一个建设中国（上海）自由贸易试验区（以下简称“上海自贸区”）的重大战略决策被制定出来，一种新型的经济创新模式应运而生，与此相对应，一个服务于上海自贸区的法律体系也就逐渐被构建起来。上海自贸区的建设不单单是一个经济事件，也不单单是中央的一个重大的经济决策，它的创建标志着中国的改革开放进入一个深水区，中国经济社会的变革从国内进入国际，从经济步入法政，一个涉及中国政治、经济、社会的全方位的变革由此拉开大幕。考察上海自贸区四年来的法制探索的历程以及制度实践，我们可以把这次刚刚开始的法律变革视为自改革开放以来我国法律体系的第四次大规模变革，是中国法律制度与世界接轨、走向世界的一次重大跨越式发展，当前上海自贸区的法治试验会在未来相当长的一段时期内形成一个从局部改革探索逐渐扩展为全国性的法律制度变迁的渐进演化过程，并对中国的法治现代化具有举足轻重的意义。

一 上海自贸区创设的法制前提

中国加入世界贸易组织以来，国际与国内的形势都发生了深刻的变化。如何进一步应对国际经济的挑战以及调整与改革国内经贸结构，寻找新的增长点，成为中央经济工作的一个中心内容。为此，中央决定把经济改革的步伐加速，把改革开放向深水区跨越，以破除由于利益固化所导致的经济下滑。2013年7月3日，国务院常务会议原则通过《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》（下文简称《总体方案》）；8月22日，国务院正式批准上海自贸区成立；8月26日，十二届全国人大常委会第四次会议审议通过决定，授权国务院在上海自贸区等国务院决定的试验区内暂时停止实施外资、中外合资、中外合作企业设立及变更审批等相关法律规定，并确定于当年10月1日起施行，同时授权国务院对上海自贸区内实施的新的法律、法规



负责解释；9月29日，上海自贸区正式挂牌；11月15日，中共十八届三中全会在《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中又专门提出切实建设好、管理好上海自贸区，为全面深化改革和扩大开放探索新途径、积累新经验，使得上海自贸区建设终于获得最高的政治认同，正式上升为一项国家经济社会发展的新战略。

《总体方案》赋予上海自贸区建设的历史定位是“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”。应该看到，党中央、全国人大常委会和国务院对于上海自贸区的定位是有深刻含义的，它是中国经济社会应对国内外各种挑战的一个必然选择，是中国全面融入全球和区域经济一体化过程中的一次深度的“试水”。上海自贸区肩负着中国经济体制变革中“制度创新、先行先试”的历史使命，自贸区的试验既包括对国内旧体制的突破，也包括对国际新标准的借鉴，是一个中外体制在新的水平和制度空间内的融合，由此探索出来的机制、模式和经验乃至教训，都具有示范性的价值，都成为今后在全国拓展的强有力的依据。为此，习近平总书记在2015年3月5日召开的十二届全国人大三次会议上海代表团审议会中特别强调指出，上海自贸区要“着眼国际高标准贸易和投资规则，使制度创新成为推动发展的强大动力”。

上海自贸区作为一个自由贸易的试验区，其涉及的领域是多方面的，在投资、贸易、金融、监管等领域构成了一个系统性的经济体制，但所有这一切都需要有一个法治化的制度保障，因此，作为自由贸易试验区，首要的一个基础就是法制构建，如果说上海自贸区是一个制度创新的新领域，那么法制创新则是其中最重要的拱心石。对于法制创新的重要性，《总体方案》中是有明确规定的。它要求上海自贸区“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制化的营商环境，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”。

检点上述上海自贸区建设总体目标中的法治内核，我们可以看到，它既包含着对现有法律制度的挑战以及后者的抵抗，又孕育着法治创新的勃勃生机，它是危机与新生二元对峙的一个试验区，是改革开放的一个新领域，是中国探索面向国际经济和市场经济的一次大转折的前沿阵地，其成败利钝关系着中国改革开放的未来前景。

首先，上海自贸区因应世界经济的新变化，需要重新调整中国现行央地权力配置格局，激发地方自主创新的活力，变革现行中央政府的权力配置，加快政府职能的转变，更新政府管理方式，实现国际化、法治化的新权力配置，从而探索建立一个与高标准国际贸易和投资规则相适应的行政管理体系。这样一来，实际上就意味着面临一个突破原有制度架构内的法律授权之难题。作为国务院批准的规范性文件，《总体方案》确定的先行先试事项指向的是制度创新与进一步改革开放，为此需要调整的法律内容涉及税收、海关、金融、外资、贸易等国家事权，它们专属于中央立法权，而地方事务上的权力配置与调整，要达到自贸区所要求的制度创新，就需要突破现有国家法律和行政法规的规定，尤其是必须获得全国人大常委会和国务院的“双层授权”。然而，授权地方停止适用现行有效的法律之合法性、必要性和合理性，并没有形成恰切的整全性途径和正当性依据，涉及行政审批等有关部门的核心权力，很多早就被一些国家法律和行政法规所