

TPP 视野下上海自贸区的法治思维与问题

贺小勇

(华东政法大学 国际法学院, 上海 200042)

摘要:以TPP为代表的国际经贸新规则一方面在投资、金融、服务贸易领域强调放松管制, 另一方面则加强对劳工标准、环境、公平竞争的有效监管。上海自贸区的法治建设体现了主动与国际经贸新规则对接的特点。然而, 在权威的立法依据、地方立法与部委规章之间的关系、对抽象性行政行为的司法审查、加强司法审判中的商事思维、加大自贸区地方立法中使用国际通行规则的表述等问题上, 仍需要深入思考, 在法治框架下找到合理解决方案。

关键词: TPP; 上海自贸区; 法治建设

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2014) 04-0028-10

根据2013年9月27日国务院公布的《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》(简称《总体方案》), 国际水准的法制环境被列为中国(上海)自由贸易试验区(简称“上海自贸区”)总体目标之一, 也是上海自贸区建设重要制度保障和主要载体。当前, 在《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)、《跨大西洋贸易投资协议》(TTIP)等自由贸易谈判的推动下, 国际贸易投资规则体系面临重塑。建设上海自贸区, 就是要先行试验国际经贸新规则新标准, 积累新形势下参与双边、多边、区域合作经验, 为我国参与国际经贸规则的制订提供有力支撑; 以开放促改革, 为确立市场在资源配置中起决定性作用的国内经济体制改革做好制度准备。这就要求上海自贸区的法治建设应具有全球视野, 要与当前以TPP和TTIP等重塑国际贸易投资规则的谈判趋势相适应。

一、TPP为代表的国际经贸规则的新特征

14年前, 当中国加入WTO时, 人们普遍认为中国从此取得了制定21世纪全球经贸规则的参与权, 人们认为21世纪的经贸规则制定将在WTO平台上进行。^①然而, 目前WTO受到严峻挑战, 多边谈判举步维艰; 放眼全球, TTIP与TPP谈判进展得如

收稿日期: 2014-06-10。

基金项目: 上海市政府决策咨询课题“自贸区法治化建设研究”(项目编号: 2014-Z-B01-A)。

作者简介: 贺小勇, 华东政法大学国际经济法教授, 博士生导师, 中国自贸区法律研究院常务副院长, 研究方向: 国际经济法。

①刘光溪. 多哈会议与WTO首轮谈判[M]. 上海: 上海人民出版社, 2002: 1.

如火如荼。这两个跨洋协定一旦谈成，将成为主导制定21世纪全球经贸规则的基石。面对这种全球经贸规则格局大调整的时刻，中国不可能绕开、不可能置身事外，必须参与其中。这就不难理解中国政府对于是否参加TPP谈判，为什么从以前的消极应对变为现在的积极开放心态。上海自贸区建设不仅要形成可复制、可推广的制度，而且也要对接以TPP为代表的国际贸易和投资规则的重构。那么，当前全球经贸规则重构体现在哪些方面呢？

（一）TPP强调进一步放松管制

在放松管制方面，TPP主要表现为放松管制的领域更为广泛，程度更为深入。放松管制的广度方面：（1）货物贸易的关税，TPP要求谈判方将取消货物贸易关税作为原则，保留关税作为例外。（2）跨境服务，要求谈判方取消对跨境服务的限制，在WTO成立谈判时服务贸易基本上需要面对面，即消费者与生产者面对面。互联网出现后，绝大多数的服务可以通过互联网跨境提供，这就意味着互联网要进一步开放。（3）电子商务，不仅仅是我们现在理解的诸如淘宝网这种电商平台的电子商务，而且涉及能否给予数字产品贸易自由化的问题。（4）投资，以前没有形成实体性的全球投资规则，现在要谈如何形成一个高标准的投资规则。（5）金融，要求谈判国对外资金融机构进一步开放国内市场，进一步放开金融业务范围。

放松管制的深度方面体现在服务贸易与投资开放领域。TPP将服务贸易模式三“商业存在”与投资整合在一起。在GATS模式下，服务贸易谈判开放领域实行“正面清单”方式，即对开放的部门或分部门在承诺表中列出，未列出的则意味着不开放；而在TPP模式下，服务贸易及投资谈判采取“负面清单”（negative list）方式，即只能在承诺表中列出例外的、不开放的领域，凡是未列出的，则意味着开放。“正面清单”体现的是政府批准做什么才可做什么的管制理念，而“负面清单”体现的是“法无禁止规定即可为”的法治透明精神，放松管制程度更深。

（二）强调对私权利的保护，进一步抑制公权力

以前我国加入WTO谈判，主要是涉及关税上的管理，比如涉及关税、非关税管理措施等（当然服务贸易会涉及国内的管理措施）。但是，TPP谈判重点则将贸易与投资融为一体，而投资恰恰要进入东道国境内，投资后还要开展一系列商务活动，与东道国政府实施的管理措施密切相关。因此，在投资规则谈判中，TPP将制定详细的投资者权利保护条款，比如，非歧视待遇条款、最低待遇标准条款、征收规则、禁止扭曲贸易与投资流向的当地业绩要求等条款。特别值得注意的是，TPP要求建立高效、公正、透明的外国投资者与东道国政府争端解决机制。^①这些条款明显表现出在政府行使管理的公权力时要特别注重对投资者私权利的保护。

^① Outlines of the Trans-Pacific Partnership Agreement [EB/OL]. <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/fact-sheets/2011/november/outlines-trans-pacific-partnership-agreement>. (2014-06-11).

（三）特别强调金融领域的放松管制

金融服务是服务贸易和投资的重要组成部分，金融业不仅仅是一个创造经济效益的普通产业部门，它还是国家执行货币政策、调控宏观经济的一个重要中介工具，在国民经济中发挥重要作用。由于金融在一国经济中居于核心地位，因此，在成立WTO的乌拉圭回合谈判中争论异常激烈。各谈判方受其发展水平、金融实力和监管能力的限制，在金融服务开放方面存在较大的差距。即使在此后以美国投资协定模式为代表的双边投资谈判中，“金融”专门作为一个条款，但主要是规范金融开放中审慎监管措施与金融争议解决的条款，可以说是金融例外的条款，而有关金融进一步放松管制、开放市场的条款一直难以取得进展。^①TPP则试图在外资金融机构准入、金融服务范围的扩大方面进一步要求谈判成员方政府加大开放力度，给予金融主体和金融活动以更大的自由。

（四）强调政府实施有效监管

TPP一方面强调政府对货物贸易、服务贸易、金融、电信、电子商务、跨境服务等领域要进一步放松管制，让市场在全球资源配置中起决定性作用，让商人意思自治在市场交易中发挥主导作用；另一方面，TPP强调发挥政府对市场经济的有效监管作用。比如，TPP专章规定了“竞争政策”问题，要求谈判方严格有效执行国内竞争法规，形成统一开放、公平竞争的市场体系；专门规定“国有企业”条款，确保国有企业运作的商业目标而不是基于政治目标，防止不公平竞争。值得注意的是，TPP将环境保护议题和劳工议题纳入其中，要求政府要实施有效监管，不得降低环保标准和劳工标准作为发展经济、提升竞争力的手段。在此前的WTO谈判中，环境议题、劳工议题、投资议题和竞争政策议题都是WTO所关注的议题，且出现在1996年新加坡部长级会议宣言中，^②但在2003年的坎昆部长级会议上，有关核心劳工标准、投资、竞争政策问题，WTO成员间分歧巨大，最后没有列入WTO多哈回合谈判议题。^③比较而言，TPP比WTO更加严格要求成员方政府加强对与贸易和投资有关的价值标准的监管。此外，在投资领域，TPP承认政府为了公共利益有权对其监管；在金融领域，承认政府为了维护金融稳定与金融安全而进行的监管。总之，在“看得见的手”和“看不见的手”的问题上，TPP还是讲辩证法、两点论的，希望放松管制（市场作用）与有效监管（政府作用）相互补充、相互促进，推动贸易投资健康发展。

二、上海自贸区建设的法治特点

自2013年9月27日正式挂牌以来，上海自贸区进行了一系列制度改革，为了巩

① 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Article 20: Financial Services, <http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>.

② Singapore WTO Ministerial 1996: Ministerial Declaration, WT/MIN(96)/DEC, 18 December 1996.

③ 曹建明, 贺小勇. 世界贸易组织（第三版）[M]. 北京：法律出版社，2011:390.

固改革成果,日前上海自贸区地方立法工作正在紧锣密鼓地进行。从公布的《中国(上海)自由贸易试验区条例(草案)》(以下简称《草案》)内容看,一共分为九章,分别是:第一章“总则”;第二章“管理机构”;第三章“投资开放”;第四章“贸易便利化”;第五章“金融”;第六章“税收支持”;第七章“综合监管”;第八章“法治环境”和第九章“附则”。^①与TPP相比,从框架结构上看,有不少相似之处。比如说,“投资开放”和“金融”各作一章,与“贸易便利化”一起构成“放松管制”的主线;“综合监管”与“法治环境”一起构成“有效监管”的主线。从法律角度看,上海自贸区建设具有如下特点:

(一)体现了重大改革于法有据的特点

上海自贸区涉及的投资贸易便利化、资本项目兑换等事项都属于国家层面事权,且已有相关法律作出了规定。按照一般程序,对于已有国家法律作出规定、而上海自贸区需要突破相关法律规定的,应当先由全国人大或其常委会根据上海自贸区建设的需要,对相关法律作出修改。通过修法建设上海自贸区,不仅耗时长,而且全国人大常委会为一个区域专门立法,无论从立法成本还是从法制的统一性方面看可行性不大。2013年8月国务院向全国人大常委会提出《关于授权国务院在中国(上海)自由贸易试验区等国务院决定的试验区内暂时停止实施有关法律规定的决定(草案)》的申请,不是对尚未制定法律的事项申请授权先制定行政法规,而是申请授权在某一个区域内暂停法律的实施。显然,这与《立法法》第9条授权立法条件不符。^②不过,《立法法》第56条规定:“国务院的行政法规可以就下列事项作出规定:(一)为执行法律的规定需要制定行政法规的事项;(二)宪法第89条规定的国务院行政管理职权的事项。”而《宪法》第89条规定:“国务院行使下列职权……(十八)全国人大及其常委会授予的其他职权。”国务院依据《宪法》第89条就国务院管理职权向人大常委会提出职权授权申请,而非依据《立法法》第9条提出立法授权申请,再结合《立法法》第56条,基本上解决了国务院向全国人大常委会申请授权的法律通道问题。2013年8月30日第十二届全国人大常委会第四次会议通过《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》(以下简称《决定》);根据全国人大授权,9月18日国务院办公厅发布了《国务院关于印发中国(上海)自由贸易试验区总体方案的通知》。依据全国人大常委会的决定,上海市人大常委会于9月26日通过了《关于在中国(上海)自由贸易试验区暂时调整实施本市有关地方性法规规定的决定》。9月29日,上海市人民政府公布了《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》(以下简称《管理办法》)。从国务

①《中国(上海)自由贸易试验区条例(草案)》[EB/OL].2014,上海人大.<http://www.spcsc.sh.cn/shrdgzw/node5/node47/ulai56549.html>. [2014-04-23] (2014-06-11).

②《立法法》第9条规定,涉及应由法律规定的尚未制定法律的事项,全国人大及其常委会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规。

院申请授权到全国人大常委会授权、从国务院办公厅通知、上海市人大常委会授权到上海市政府发布管理办法，这一系列制度安排，充分体现了上海自贸区的创设是在现有的法制框架下进行的，是依法创新而非破法创新。

（二）外商投资领域终结全面的行政审批制

TPP要求对外商投资给予国民待遇，而在中国，外商投资与国内投资的显著差异就是所有外商投资都需要审批，不管是限制类、禁止类还是鼓励类、许可类的外商投资企业，都必须经过外商投资管理部门审批才能到工商管理部门进行注册登记。在实践中，又逐渐发展成为所有外商投资企业在设立前需要经过发改委的项目核准（审批）。这样，外商投资实际上需要经过双重审批：企业设立登记审批和项目核准的审批。^①上海自贸区设立后，对外商投资管理模式进行了根本性的变革。根据全国人大常委会《决定》，对国家规定实施准入特别管理措施之外的外商投资，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，改为备案管理。而对于外商投资的“准入特别管理措施”，《管理办法》以负面清单的模式加以列举，凡是列入负面清单之内的外商投资，则表示尚在实行特别管理措施。对于负面清单之外的领域，按照内外资一致的原则（国民待遇原则），将外商投资项目由核准制改为备案制；将外商投资企业合同章程审批改为备案管理。随后上海市政府公布了《中国（上海）自由贸易实验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）》（2013年版），《中国（上海）自由贸易实验区外商投资项目备案管理办法》等规范性文件。自此，上海自贸区外商投资跨出了由行政审批制转向备案制的第一步。

尽管上海自贸区2013年版负面清单在实践中颇受争议，但是，不得不承认，这是外商投资管理的根本性变革。如果说14年前加入WTO是中国对外货物贸易领域终结行政审批制、融入经济全球化的重要举措；那么，上海自贸区的建立、暂时调整“三资企业法”的实施，则预示着中国投资领域的管理模式将进行重大改革，是终结投资领域行政审批制的前奏，是中国进一步深入参与经济全球化的勇敢探索，吹响了新一轮改革开放的号角，制度创新意义深远。

（三）强调金融的开放与创新

与TPP类似，上海自贸区特别强调金融的开放与创新。“加快金融制度创新、增强金融服务功能”是国务院《总体方案》中规定的5项“主要任务和措施”之一，金融开放创新是上海自贸区最为引人关注的热点。资本项目可兑换、金融业全面开放、人民币跨境使用以及利率汇率市场化是自贸区金融开放创新的主要任务。《总体方案》公布后，为支持上海自贸区金融开放创新，银监会、证监会、保监会、人民银行等部门相继出台了支持政策文件，这些政策文件分别从金融机构市场准入、

^① 马宇. 我国外商投资管理体制亟需改革[J]. 大经贸, 2007, (2).

金融机构业务范围、资本项目可兑换等方面构建了上海自贸区金融开放创新的蓝图。随后,央行上海总部先后发布自贸区扩大人民币跨境使用、支付机构跨境人民币支付业务、反洗钱和反恐融资、放开小额外币存款利率上限、外汇管理支持自贸区建设,分账核算业务实施细则和审慎管理细则等7项操作细则,这7项操作细则为自贸区资本项目兑换、跨境投融资便利、人民币跨境使用提供了载体和平台,消除了阻碍金融创新的人为的制度障碍,为下一步资金进出自由奠定了良好制度基础,使得上海自贸区在本质上区别于其他的自贸区。除了资金流动放松管制外,对设立各类金融机构放松管制也是自贸区金融创新的重要基石。银监会、证监会、保监会在支持自贸区的政策当中都鼓励设立各类金融机构,包括允许符合条件的外资金融机构到自贸区设立外资银行,也允许设立中外合资银行,鼓励设立保险公司、金融租赁公司、金融消费公司和汽车金融公司。在对外开放的同时,也对内开放,鼓励民营资本到自贸区里设立各类金融机构。

(四) 强调透明度和有效监管

透明度是当前国际经贸规则中的基本原则之一,主要内涵包括:(1)涉及经济贸易方面的法律、法规及相关措施,未公开的不得予以执行;(2)涉及经济贸易方面的法律、法规及相关措施,在制定前要给予利益相关方以合理时间予以评论;(3)涉及经济贸易方面的法律、法规及相关措施,在公布与执行之间要留合理的政策适应期;(4)应以统一、公正和合理的方式实施上述法律、法规和相关措施。^①《草案》第52条“公众参与”与第53条“实施准备”体现了透明度要求,“除因紧急情况或者重大公共利益需要立即制定和施行外,本市制定的有关自贸试验区的政府规章、规范性文件应当主动公开草案内容,接受公众评论,征求相关行业组织、企业意见。”“本市制定的有关自贸试验区的政府规章、规范性文件应当在公布和实施之间预留合理期限,作为实施准备期。”

放松管制并不是放任市场,相反需要对市场进行有效监管。《草案》对此进行了机制创新。例如,《草案》第40条“信用管理”规定要求,“对信用良好的企业实施便利措施,对失信企业建立信用约束。”第41条规定,“自贸试验区实行企业年度报告公示制度和企业经营异常名录制度。企业年度报告向社会公示。发现企业未按照规定履行年度报告公示义务等情况的,应当载入企业经营异常名录。”这是监管理念的重大变化,以前政府通过审批方式由政府对市场主体进行判断,好的市场主体批准进入市场,坏的市场主体不予批准。事实证明,政府不可能判断出市场主体的好坏。现在政府无需对市场主体进行价值判断,政府要做的是督促市场主体披露真实信息,由市场交易对手根据这些信息自行判断,自己承担风险。

^① 例如, GATT1994第10条、GATS第3条、TRIPS第63条、美国2012年双边投资协定范本第10条等。

三、上海自贸区法治建设中还需进一步讨论与解决的问题

通过与TPP法治特征的比较,上海自贸区的法治建设的确表现出主动顺应全球经贸规则调整的趋势、主动先行先试国际经贸新规则的勇气。但是,我们也必须看到,上海自贸区法治建设过程中仍存在一些深层次问题需要讨论和解决。

(一) 上海自贸区建设的法律依据问题

TPP谈判所涉及的货物贸易、服务贸易、投资、金融、环境、劳工等议题,若达成协议,依照各谈判国批准程序进行批准,从而具有国际法层面的效力,属于国际条约的缔结,类似于国内立法。因此,TPP谈判可以概括为立法驱动。上海自贸区并非全国人大或其常委会通过立法设立,而是通过国务院转发上海自己制定的《总体方案》方式运作,上海自贸区属于行政推动。上海自贸区涉及的贸易、投资、金融、服务贸易等基本法律制度一般都属于法律层面规定的国家事权,上海自贸区作为我国境内设立的国家级的特殊经济区域,本应由国家立法予以保障。从其他国家或地区设立自贸区的经验来看,也基本上通过国会特别立法来授予自贸区特别权力。^①但基于国家立法需要实践前提以及时间因素考虑,全国人大和国务院近期立法尚无可能。目前除全国人大常委会暂时调整“三资企业法”中有关行政审批条款外,没有对上海自贸区功能定位、职权等基本权力以国家法律或行政法规的方式作出规定。国务院批准的《总体方案》第二部分第五方面要求“上海市要通过地方立法,建立与试点要求相适应的试验区管理制度”。尽管这被认为相当于国务院授权上海立法,但毕竟不是全国人大及其常委会立法,也不能算是真正的国务院行政法规,使得上海自贸区建设缺乏足够的法律权威性和稳定性,无形中增加了地方立法的难度。

(二) 地方法规与国务院部委规章的关系问题

上海自贸区涉及投资贸易便利化、金融开放创新、资本项目兑换等事项,国家要求上海在这些领域进行改革试点,而这些事项恰恰都是通过《立法法》与其他部门法赋予了国务院部委的管理权。国务院部委根据部门法的抽象规定,制定了大量的规则或规范性文件对贸易、投资、金融、外汇等领域进行管理。上海制定自贸区条例时,碰到让人非常困惑的问题就是如何处理地方立法与部委规章的关系。尽管按照《立法法》的规定,发生冲突时由国务院裁决,但在现有体制下,上海不可能挑战国务院部委规范性文件。从目前公布的《草案》来看,上海采取的是“政策入法”模式,即将各部委、一行三会等部门对上海自贸区支持政策进行概括抽象选择入法。由于政策具有天然的易变性,而法律具有较强的稳定性,如何确保自贸区条

^①例如,美国Foreign Trade Zone Act 1934、新加坡的《自由贸易园区法》、台湾《自由贸易港区设置管理条例》。

例出台后政策发生变化而条例不会显得滞后?上海地方立法采取“政策变我也变”的策略,即《草案》第51条“国家规定的自贸试验区投资、贸易、金融、税收等改革试点措施发生调整,或者其他区域改革试点措施可适用于自贸试验区的,按照相关规定执行。”这种规定虽能确保上海自贸区条例能符合国家政策,但问题在于若国家相关措施发生逆向调整,那上海自贸区怎么办?上海自贸区还要不要坚持已有的开放成果?因此,笔者建议加上一个限制条件,即“国家规定的自贸试验区投资、贸易、金融、税收等改革试点措施发生调整,且该调整与此前相比不是更有限制性的,按照相关规定执行。”上海自贸区条例必须给投资者一个明确的预期,即自贸区将来实施的法律法规或政策,比现在的更为开放,而投资者对自贸区的规则的信赖则是自贸区成功的基石。^①

(三)对行政规范性文件进行司法审查机制的缺失问题

目前对市场主体干预最多的还不是法律法规,而是政府通过发布规范性文件设置行政许可的方式进行管制。2003年实施的《行政许可法》第14条规定得非常清楚,对市场主体设置行政许可的,只有法律和行政法规才可以。但长期以来,《行政许可法》的这一规定形同虚设,根本起不到作用。各级政府、各个政府部门自我授权、自我设置行政许可,对投融资等微观经济活动进行审批。2014年3月份,国务院集中公布了所属部委保留的行政审批事项汇总清单。其中,正在实施的行政审批事项共计1,235项,其中行政许可861项,非行政许可审批374项,非行政许可审批所占比例为30.3%左右。这些非行政许可审批事项,既有属于政府内部管理事务的事项,也有以非行政许可审批名义变相设定的面向公民、法人或其他组织的行政许可事项。中央部委如此,地方各级政府部门违法设置行政许可的现象更是比比皆是。这种滥设行政许可现象的存在与我国缺乏对行政规范性文件进行司法审查机制密切相关。政府设置行政许可权力在实践中不会受到任何实质意义的挑战和审查,权力滋生和膨胀的意愿非常强烈。现在是由国务院通过壮士断腕、简政放权的方式强力清理、减少行政审批。这种行政推动能取一时功效,但难持久。如果建立了对行政机关设立审批权的规范性文件进行司法审查的机制,允许对行政机关的抽象性的行政行为提起行政诉讼,那么,行政机关发布各种规定、命令则会谨慎得多。在现有宪法框架下,同级法院对同级政府和下一级政府的抽象性行政行为进行司法审查没有法律障碍。^②上海自贸区的设立完全可以在抽象性行政行为的司法性审查方面进行改革尝试。至少可以规定,公民、企业或社会团体对上海市各级政府颁布的涉及自贸区事项事务的规范性文件可以向上海市法院提起行政诉讼。这样的先行先试,既符合习近平总书记提出的大胆试、大胆闯、自主改的要求,又符合重大改革于法有

^① Tiefenbrun, Susan. U.S. Foreign Trade Zones, Tax-Free Trade Zones of the World, and Their Impact on the U.S. Economy. *Journal of International Business and Law*, 2013, 12(149).

^② 郭百顺.抽象行政行为司法审查之实然状况与应然构造[J].行政法学研究, 2012, (3).

据的法治要求。

（四）关于加强商事审判思维的问题

商事审判不同于民事审判的关键在于商事审判中要特别尊重商人的意思自治、尊重商事行为的规律，法律和司法尽可能不要出于“父爱主义”对其进行干预，谨慎介入市场主体的自治领域，不轻率地以司法判断取代商业判断。“法官不是商人”的谚语表明，商事案件的审理要求法院在大多数情况下不是在做实体判断，而是在做程序判断，也意味着法院对商事纠纷的干预多为程序性干预。^①比如商事主体之间约定了违约金，违约金是高还是低，只有当事人知道，只要当事人协商一致，就表明这一特定交易中双方认可违约的成本，不存在过高或过低问题。但是《合同法》和最高院的司法解释却要对双方约定的违约金过高或过低进行调整。司法审判人员怎么能做出违约金高与低的价值判断呢？再比如，上海自贸区大力发展融资租赁产业，但新近出台的最高人民法院关于融资租赁的司法解释第21条规定，承租人违约情形下，出租人在要求承租人继续支付租金和解除合同收回租赁物之间必须做出选择。融资租赁合同中通常规定：“若因承租人违约导致合同解除的，出租人有权收回租赁物，并有权要求承租人支付剩余期间的租金”。双方这种约定符合融资租赁的实际。融资租赁的往往是特定物，价值高，不易再转租，双方在签订融资租赁合同时根据这个特点约定了特别违约条款。最高院这一司法解释将强迫出租人在收回租赁物与支付剩余期间租金中两者选其一，表面上公平，实际上损害了双方合意，不利于融资租赁事业的发展。在解决涉及自贸区商事纠纷中，要主动大胆适用国际商事条约，尊重商人意思自治、尊重国际惯例，注重诚信原则在商事裁判中的独特作用。

（五）上海自贸区条例应更多使用国际通行规则的表述

从目前《草案》条文用语来看，中国特色明显，国际通行规则语言不足。在国际投资和国际贸易的多边、双边、区域性的协定中都会有一些基本法律原则，比如说非歧视待遇原则、透明度原则、公平竞争原则等。这些基本法律原则是世界各地区政府干预国际经贸关系普遍应遵守的原则，也是我国政府愿意遵守的基本法律原则。在《草案》中，零散体现了这些原则，但因为分散规定，且用语不规范，不能充分体现这部条例与国际通行规则的接轨。建议将《草案》第52条、第53条、第55条内容合并成为“透明度原则”的一部分；第45条公平竞争条款、再加上一条“国民待遇”条款，放入总则部分。以国民待遇、透明度、公平竞争等基本法律原则统领自贸区贸易、投资、金融管理，可与国际经贸规则对接。

此外，《草案》中关于投资规则中有关国民待遇条款的规定有待进一步完善。《草案》第12条：“自贸试验区实行外商投资准入前国民待遇加负面清单管理模式”

^① 赵万一.法的独立性与商事审判的独立化[J].法律科学, 2012, (1).

式。”这种表述不符合国际通行规则。目前代表性的BIT中有关投资国民待遇的表述是：“缔约方给予另一缔约方投资者的待遇应不低于其在类似情形下在设立、获取、扩大、管理、经营、运营、出售或其他投资处置方面给予国内投资者的待遇。”我国在《中加投资协定》中已经承诺给予加拿大投资者在“扩大、管理、经营、运营和销售或其他投资处置方面的国民待遇。”这就意味着我国除设立、获取阶段（准入前）未给予外商国民待遇外，其他阶段已经给予了国民待遇。如果自贸区提出给予外商准入前的国民待遇，加上《中加投资协定》中其他阶段的国民待遇，实际上就构成了外商投资国民待遇的完整版，有什么必要区别“准入前”和“准入后”呢？建议参照国际通行的双边投资协定中的表述，修改为“自贸试验区在其管辖范围内给予境外投资者及其资本的待遇，不低于在类似情形下给予中华人民共和国投资者及其资本在设立、获得、扩大、经营、管理、维持、适用、享有、出售及其他处分等方面所享有的待遇。”

四、结语

上海自贸区法治建设要借鉴以TPP为代表的国际经贸新规则，但我们也要清醒认识到，自贸区不可能成为法律和司法的特区。既不能因为上海自贸区建设不能突破现有法制框架而悲观预计上海自贸区将无所作为，也不能因为提倡大胆试、大胆闯、自主制度创新而激进设计法治特殊区域。理性的思考是，在不能突破现有法律框架的前提下，设计转变政府职能的细则，改革对金融、贸易、投资等领域的不合理干预，建立发挥市场在配置资源中取决定性作用的机制，建立和完善对市场的有效监管规则，形成可复制、可推广的制度经验，这需要各界贡献制度创建的智慧。

Legal Review of Shanghai FTZ from the Perspective of the TPP

HE Xiao-yong

Abstract: Further deregulating the areas of investment, finance and service trade, and enhancing effective supervision on labor standards, environment and fair competition, characterize the new rules on international economy, which are represented by TPP. The construction of law in Shanghai Free Trade Zone embodies these features of new developments of international rules. However, deeper thoughts should still be given and reasonable solutions need to be found under the framework of law.

Key words: TPP; FTZ; deregulation; effective supervision

（责任编辑：金孝柏）