

营商司法组织论

● 郑少华 *

【内容摘要】《中国(上海)自由贸易试验区临港新片区总体方案》明确表示“支持新片区加强国际商事纠纷审判组织建设”。为推动上海营商环境的优化,应从营商环境论与组织论的角度,通过构架韦伯理想类型方法,提炼商人理想型与居民理想型的司法组织新的分析方法,借以检视国际商事法院,并构建上海国际商事法院具体框架。

【关键词】 营商司法组织 商人理想型 居民理想型

《中国(上海)自由贸易试验区临港新片区总体方案》(国发〔2019〕15号)业已由国务院印发,并于2019年8月6日公布。该方案中明确表示:支持新片区加强国际商事纠纷审判组织建设。中国(上海)自贸区新片区建设要“对标国际上公认的竞争最强的自由贸易园区,选择国家战略需要、国际市场需求大、对开放度要求高但其他地区尚不具备实施条件的重点领域,实施具有较强国际市场竞争力的开放政策和制度,加大开放型经济的风险压力测试,实现新片区与境外投资经营便利、货物进出、资金流动便利、运输高度开放、人员自由执业、信息快捷联通,打造更具国际市场影响力和竞争力的特殊经济功能区,主动服务和融入国家重大战略,更好服务对外开放总体战略布局”。^{〔1〕}因此,上海自贸区新片区的国际商事纠纷审判组织必然是能与之相适应的新型营商司法组织。

一、商人理想型与居民理想型:司法组织的新分析类型

在我国,新型“营商”司法组织如何建设,至少有三个探索的维度:其一,我国涉外审判与自贸区司法建设的经验。始自1978年我国改革开放,在涉外商事审判中积累了大量经验,并拥有大量成功

* 作者单位:上海财经大学法学院、最高人民法院自贸区司法研究基地。本文系国家社科基金重点项目《政府与社会资本合作(PPP)模式的法律机制理路及其衡量方法研究》(15AZD064)的阶段性成果,上海财经大学都市共建项目《中国(上海)自由贸易试验区条例修订研究》的阶段性成果。

〔1〕《中国(上海)自由贸易试验区临港新片区总体方案》的总体要求。

的涉外司法体制机制创新,特别是,自2013年8月中国(上海)自贸区作为国内首家自贸区挂牌运转以来,已先后获批18家自贸区,除掉新近获批6家外的12家,都在司法实验方面对专门审判机制的设置、整合多元纠纷解决机制、法律适用等内容进行了诸多有益的探索。^[2]其二,商人法院以及国际商事仲裁的运作机理。公元9至13世纪盛行于地中海沿海的商人法庭,以及脱胎于中世纪商人法庭的现代国际商事仲裁,其运行机理应是营商司法组织建设的重要参照。其三,境外自由贸易园(港)区的司法经验。纽约、伦敦、新加坡、迪拜、香港等境外自贸区的国际商事法院(庭)的建设与运作机制,其成熟的司法经验已然成为这些地方便捷的营商环境一个不可或缺的组成部分。

上述三个维度的探索,固然可采用历史分析与比较分析的方法,但欲透过纷繁杂乱的历史与现实,推演出其中的因果逻辑,这两种方法略显单薄。本文的趣旨在于探究新型营商司法组织的历史脉络与现实轨迹,在于探索在新片区成立这种新型司法组织的运作机理以及体制机制的创新。采用作为社会科学的主要解读工具之一——韦伯的理想类型方法,并进一步在此基础上运用赵鼎生整合理想型方法与笛卡尔的分析几何学而形成的理想类型集的演绎推理方法可能更加恰当。“社会科学之运用基于理想类型集的演绎方法,其逻辑可类比于自然科学之运用对比试验。二者的区别在于自然科学家是从变量严格控制的实验环境中归纳科学原理的,而我们社会科学家做的则是思想上的对比试验,即从理想型场景中推导出社会机制。”^[3]而且,马克斯·韦伯的理想型分析应该包括了林毓生先生所言的三定义^[4]:其一,普遍化的“理想型分析”,即为了展示研究对象的特色,普遍化的“理想型”是把研究对象的一些有关成分,特别强调出来加以综合。这样的综合乃是具有一致性的。没有矛盾的分析建构,而不是对事实完全忠实的反映。其二,隐含的“理想型分析”。即反映事实,与事实有关系。而非纯粹的分析建构。其三,明说的“理想型分析”。是指人的理性的力量强迫(逼使或命令)历史非按照理性轨迹发展不可,所以人的理性使理性的分析与历史事实有一个相互呼应的关系。这样的理性力量已经在历史上以重要的方式出现过,所以不是乌托邦。而且,米尔伊安·R·达玛什卡教授毕竟在司法和国家权力方面采用了理想型分析方法,以建构科层式理想型和协作式理想型的分析框架,做出了杰出而具有示范性的贡献。^[5]当然,由于达玛什卡教授的科层式理想型和协作式理想型的分析框架采用国家法的立场,以及在更多意义上采用韦伯理想型分析的第一层含义等原因,本文并不使用其分析框架,但就其采用理想型分析方法以及对司法组织的分析进路,亦为本文提供了重要参考。

按照马克斯·韦伯的理想型分析,用商人理想型与居民理想型作为司法组织的新分析类型可以成立:首先,符合普遍化的“理想型分析”。为了展示司法组织的特色,商人理想型/居民理想型是将各类司法组织的一些有关成分,特别强调出来加以综合,这种综合具有一致性,商人理想型与居民理想型并非事实的完全忠实反映,只是一致性的分析建构;其次,符合隐含的“理想型分析”。商人理想型与居民理想型是对一定事实的反映,绝非纯粹的分析建构;最后,符合明说的“理想型分析”。商人理想型与居民理想型分析,属于理性的分析,其与历史事实具有相互呼应的关系,并非乌托邦。

[2] 笔者在中国(上海)自贸区挂牌之时,就对这些相关问题称为“司法试验”进行了专门讨论,而6年来的自贸区司法实践恰恰回应了这些司法试验。参见郑少华:《论中国(上海)自由贸易试验区的司法实验》,载《法学》2013年第12期。

[3] 赵鼎新:《〈儒法国家〉与基于理想类型集的理论构建》,载《开放时代》2019年第4期。

[4] 林毓生先生于2009年9月23日,在北京大学国家发展研究院发表的题为“如何形成问题意识”的讲座。参见林毓生:《如何形成问题意识?——韦伯理想型/理念型分析三定义》,载《上心传播》微信公众号,2019年8月8日访问。

[5] 达玛什卡教授在其书中并未明言采用韦伯的理想型分析方法。但该氏提炼的“权力的组织:科层式理想型与协作式理想型”即暗含了韦伯命题。参见[美]米尔伊安·R·达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔比较视野中的法律程序》(修订版),郑戈译,中国政法大学出版社2015年版,第21-61页。

商人理想型与居民理想型司法组织无论在历史镜像,还是在归纳建构与演绎推理方面,其脉络毫无疑问清晰可见:管辖权、参与制、公开审理机制、裁判依据、审级机制、司法类型、裁决实施机制等。

二、商人理想型:营商司法组织的一个坐标系

理想型分析类型,首先来自是否有这些类型的历史镜像。

(一)商人理想型司法组织历史镜像

上溯至公元前2或3世纪时,在海上贸易中心的罗得岛地区发展起来的罗得岛法。与公元6至8世纪盛行的罗得海事法和公元9世纪末发布的旨在解释优士丁尼《民法大全》的Basilica^[6],特别是随着地中海沿岸开始的商业复兴,公元11至13世纪开始的罗马法重新注释与传播,新商法体系开始形成。^[7]随着公元17世纪民族国家的出现,“国际政治、经济格局的巨变和社会生产力与科学技术的迅猛发展,国际商事法律关系越来越复杂,以致国内法律体制在调控这种跨国性的商事交易时,愈来愈感到捉襟见肘,从而就要求重新建立和完善一种新的国际商事法律秩序,以保障从事国际商事交易的当事人的合法权益,维护国际商事关系的正常运转。于是,国际商事团体或机构为使其所从事的国际商事活动摆脱国内法的桎梏,就呼吁、提倡并通过自己的商事实践来推动一种带有‘自治’性质的新法律——现代商人法的产生。”^[8]“现代商人法是在中世纪商人法的基础上发展起来的,在某种程度上说,它是中世纪商法人的‘复活’或‘再现’。”^[9]随着中世纪新商法体系形成前后的封建法、庄园法、城市法、王室法等世俗法律体系的形成,构成西方法律传统,^[10]并深受新教改革和德国法律科学的转型以及17世纪英国革命等因素的影响,^[11]通过商业扩张与文明传播,在人类版图中出现了如下景致:

1. 中世纪商人法的诞生与发展。随着航海贸易的发展,在地中海、大西洋和北海的贸易中心港口,商人们编纂了海事惯例,构成了当时商人法的主要内容。^[12]其中有三部著名的海事法规集。以著名的海事习惯法《维斯比法》来说,维斯比当地执政官员给予外国商人与本国商人相同的待遇。^[13]13世纪中叶开始,包括维斯比在内的北欧港口,被称为“汉萨城市群”,这里的商人已开始组织起来对抗海盗,并很快演化成商业团体,世称汉萨联盟。^[14]汉萨联盟自始摒弃了“民族基础”而取得了相当高强度的“统一”,在商人们的“自治”下,汉萨联盟高效率地管理商事活动,公平互利,其商事方面在当时已远超单个国家的“管理能力”。^[15]而汉萨联盟规则主要来自《维萨比法》和《奥列陆规则》,直至

[6] 参见[意]朱基佩·格罗索:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第455-456页;黄进、胡永庆:《现代商人法论》,载《比较法研究》1997年第2期。

[7] 参见[美]哈罗德·J·伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》第1卷,贺卫方、高鸿钧、夏勇译,法律出版社2008年版,第333-334页。

[8] 郑远民:《现代商人法研究》,法律出版社2001年版,第28页。

[9] 同上注。

[10] 同前注[7],哈罗德·J·伯尔曼书,第267-504页。

[11] 参见[美]哈罗德·J·伯尔曼:《法律与革命——新教改革对西方法律传统的影响》第2卷,袁瑜璋、苗文龙译,法律出版社2008年版。

[12] 参见司玉琢:《海商法》,法律出版社2003年版,第22-23页。

[13] 参见孙希尧:《国际海事商人法断思——一个民商法的高度》,载《甘肃政法学院学报》2007年第6期。

[14] 同上注。

[15] See Gordon W. Paulsen, A Historical Overview of the Development of Uniformity in International Maritime law, 57 Tul. L. Rev., 1983, p.1070, 转引自前注[13],孙希尧文。

十七世纪民族国家出现,汉萨联盟影响开始日渐式微。^[16]

2. 商人法庭的诞生与发展。随着商人习惯法的发展,商人自发地通过自主创立的商人法庭来解决他们间的纠纷。^[17]商事法庭,亦称为商事法院或“灰脚法庭”,包括市场法院和集市法院、商人行会法院和城市法院。虽然行会法院和城市法院并非只是涉及商事案件,但他们所拥有的广泛的商事管辖权使他们有理由被当作商事法院。^[18]英国在1303年颁布的《商人宪章》中给予外商商人很多特权,并明确规定:所有市集、城市和市场城镇的行政官和管理者,都要对前来申诉的商人实行快捷司法。^[19]

3. 现代商人法的兴起。尽管近代意义上的国家并非在17世纪才出现,但近代主权国家第一次有意识地控制贸易是始自17世纪。^[20]彼时,著名的重商主义成为欧洲近代国家的普遍政策。重商主义对贸易的重大影响有三^[21]:一是,国界意义的凸显;二是,以国家权力为支撑,全面介入和控制了国际贸易;三是,国家对国内贸易与生产的控制的出发点始终是为国家贸易服务的。未见国界与国家力量的中世纪商人法开始以别样的方式寄居于国际贸易与国内贸易中。17至19世纪,中世纪商人法先后被各国纳入国内法。但并非按统一的方法进行,而是出于不同的政治和社会原因,采用不同的实施方法:法国与德国通过商法典编纂方式完成,英国则纳入普通法体系。^[22]“把商法统一到各国国内法律制度中的一个显著的特点是:没有任何一个国家把商法完全纳入国内法,即便在这一时期,商法的国际性的痕迹依然存在,凡是了解商法的渊源和性质的人都能看到这一点。”^[23]嗣后,各主权国家因国际贸易无法完全纳入国内法的调整范畴,而开始地区性统一立法与全球统一立法。国际贸易的迅速发展,以国际公法为表现特征的国际经济法不能完全吸纳这种“国际性”的商事关系。“我们正在开始重新发现商法的国际性,国际法—国内法—国际法这个发展圈子已经完成,各地商法发展的总趋势是摆脱国内法的限制,朝着国际贸易法这个普遍性和国际性的概念发展。”^[24]“作为政治和经济领域中国际主义概念的恢复和补充,法学领域中则恢复了国际商法的概念,出现了旨在发展为国际商业自治法的新的商业习惯法。它是具有普遍性的法律,尽管由各主权国家的主管机构适用,却在试图摆脱各国国内法的民族色彩,这一发展值得密切注意。”^[25]现代商人法所依存的国际社会是由主权国家组成,有组织有计划造法行为发挥了重大作用,它所调整的是跨越国界的行为和社会关系,而其渊源又广泛分布于国内法和国际法,具有跨国法性质。^[26]它对国内法与国际法具有一种补缺功能,其渊源包括一般法律原则、国际商事统一法及示范法、国际贸易(商事)惯例,是一个自治的法律体系。^[27]全球商人法的复兴,形成一个完全迥异于以民族国家为局限、以政治等级结构为基础的实证法形态的商人

[16] 同前注[13],孙希尧文。

[17] 同上注。

[18] 同前注[7],哈罗德·J·伯尔曼书,第339页。

[19] 参见赵立行:《论中世纪的“灰脚法庭”》,载《复旦学报》(社会科学版)2008年第1期。

[20] 参见陈颐:《从中世纪商人法到近代民商法典——1000—1807年欧陆贸易史中的法律变迁》,中国大百科全书出版社1993年版,第8-10页。

[21] 同上注。

[22] 参见[英]施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社1993年版,第8-10页。

[23] 同上注,第10-11页。

[24] 同上注,第12页。

[25] 同上注,第4-5页。

[26] 参见黄进、胡永庆:《现代商人法论——历史和趋势》,载《比较法研究》1997年第2期。

[27] 同前注[22],施米托夫书,第650-673页。

法。^[28]

4. 国际商事仲裁的发展。虽国际争议除提交各国法院处理外,还存在协商、申诉、调解、仲裁等诸多处理路径。^[29]但国际商事仲裁日益成为国际商事争议的主要处理渠道。现代商人法在仲裁中得到更多适用:首先,一些国家的立法明确仲裁中现代商人法的适用。如法国《民事诉讼法典》第1496条规定:“仲裁员应依照当事人选择的法律规则来处理争议;当事人未做如此选择的,仲裁员应依其认为适当的法律来处理案件。但在任何情况下,仲裁员都应考虑贸易惯例。”荷兰在该《仲裁法案》所附的解释性报告中,明确肯定仲裁员在国际商事仲裁案件中,经当事人授权或在当事人未进行法律选择时,可适用现代商人法。^[30]其次,仲裁裁决会发展出国际商事的一般原则。尽管商人选择国际商事仲裁的主要原因是其相较于法院的保密性。但特别是国际商事仲裁裁决,原则上都应附具理由,除非当事人双方另有规定。在一些大的仲裁中心,如国际商会仲裁院等机构的资助下,对于这些附具理由的裁决应该有选择地采用匿名方式公开。这样才能从这些附具理由的裁决中产生跨国商业习惯性做法的一般原则。^[31]其三,现代商人法在国际商事仲裁中的补缺功能。当仲裁员在国内法、国际法都无法涵盖所争议的商事关系时,会运用国际商事惯例或一般法律原则进行“补缺”,借以裁判争议事项。

从中世纪的商人法至现代商人法的历史图景大致勾勒出商人理想型司法组织的特质:其一,以当事人“合意”为基础,形成的自治的商人法体系。中世纪商人法和现代商人法,规则与体系都源于商人的合意。这种“合意”超越了具体当事人人格,形成了非人格化的一般规则与体系,演变成商人阶层的共同规则与体系。随着商人阶层的扩大,它们成为跨越血缘地缘的社会共同规则。其二,以商人法庭或商事仲裁庭为基点,形成商人裁决机制。根据当事人的“合意”,由商人同行或商人代理人依商人法的规则与体系对商事争议进行裁判。其三,以商人信用为中心,形成商人自我实施机制。无论在中世纪,还是近代以来,商事合同的履行和商事裁决都存在一种以商人信用声誉为中心的一种商人自我实施机制,这种商人自我实施机制不依赖于国家权力或商人同行外的第三方力量为实施的后盾。

(二) 商人理想型的塑造

商人理想型司法组织作为一种分析司法组织的理想型类型,其构成因素包括以下方面:

1. 以约定管辖为基础的属人管辖权。商人理想型司法组织之所以以约定管辖为基础的,是因为商人作为一个存在阶层,其身份的辨识很难从行为类型来进行,而以身份登记来辨识,又会存在行为类型与身份登记并不吻合的情况。因此,采用约定管辖——交易双方当事人以“合意”为基础,选择商人理想型司法组织,无疑是成本最低的一种选择。强调属人管辖权的原因,则是因为作为流动的阶层,属地管辖反而会降低纠纷处理的效率,而且作为商人的技艺会因属地管辖而流失。

2. 商人或代理人参与审理机制。商人理想型司法组织的参与审理机制,表现为商人本人或其代理人参与诉讼,其法官亦由商人选择。作为商人选定的法官,兼具代理人与裁决者身份,而且裁决者身份首先来源于代理人身份,即来源于商人选定。

3. 非公开审理机制。商人理想型司法组织的非公开审理机制是基于商人的商业机密成为其财产权的一部分及作为商人技艺保密的需要。这种商人技艺的长期保有,有助于商人作为一个阶层存在。

[28] 参见[德]贡塔·托依布纳:《托依布纳法的系统理论评述——中译者导言》,译伟江、高鸿钧等译,载《魔阵·剥削·异化——托依布纳法律社会学文集》,清华大学出版社2012年版,第19页。

[29] 同前注[22],施米托夫书,第650-673页。

[30] 参见郑远民:《现代商人法理论的提出及其对我国的影响》,载《法学评论》2002年第3期。

[31] 同前注[22],施米托夫书,第668页。

4. 以商人法为裁判依据,商人理想型司法组织是以商人法为裁判依据的。首先,商人将法官视为自己的代理人,以当事人合意的结果作为裁判依据。其次,作为法官的商人精通商人法。

5. 一审终局制。商人理想型司法组织采取一审终局制的理由在于:一是在于迅速便捷处理纠纷,以免诉累影响了商事交易的进一步发展;二是在于商人世界中,没有也无须存在一个高于商人的机构来进行终局裁决,因为商人法庭的存在是商人合意的结果。

6. 纠纷解决型司法。“根据其中的一种观念,法律程序应服务于解决纠纷的目的;根据另一种观念,它应当服务于实施国家政策。”^[32]而商人理想型司法则表现为纠纷解决型司法类型。因为其合法性来源于当事人自治与商人法官严格的中立性,这符合纠纷解决型司法的法律程序。^[33]

7. 裁决的自我实施机制。商人理想型司法组织的裁决通过全体商人的信誉为基础实施,若商人不遵守裁决,则会受到其他商人的驱逐或抵制。

上述七个方面大致勾勒出商人理想型司法组织的面孔。作为营商司法组织的一个参照坐标,其作用十分明显,具体而言:

其一,改革的参照系。现实的营商司法组织应如何改革,商人理想型司法组织作为一种理想型的司法组织,提供了改革的路径与框架。

其二,司法组织的补缺。现实的司法组织尽管类型多样,但在如何优化营商环境,提高所在国家与地区的竞争力上,尚有努力的空间,而商人理想型司法组织的提出,有助于检视现实的司法组织,为新的营商司法组织诞生提供了理论与制度设计依据,有助于司法组织的补缺。

其三,现代商人法实施组织的健全。现代商人法虽可通过国内商事法庭与国际商事仲裁庭作为组织保障实施,但商人理想型司法组织的提出,为现代商人法实施新的组织保障的进一步完善,提供了理论与制度设计之依据。

三、居民理想型:营商司法组织的另一个坐标系

居民理想型司法组织的塑造,亦如商人理想型司法组织一样,得首先从居民理想型司法组织的历史镜像进行梳理。

(一)居民理想型司法组织的历史镜像

当我们以商人理想型司法组织的历史镜像作为一条主线投递至人类商业版图中,就会发觉与此对应的另一种司法组织,我们姑且将之命名的“居民理想型”司法组织历史镜像开始清晰凸现。

当中世纪商人在地中海沿岸开始开疆拓土时,相较于流动的以交易为生的商人而言,以自然经济为体系的本地居民已经大量存在,他们在庄园主或领主的保护下过着日出而作、日落而息的生活。主权国家先是作为居民庄园主或领主的替代而出现,于是,“国家、领土、居民”的结构性体系化法律呈现。

1. 居民法的发展。中世纪地中海沿岸的商业复兴,其基础之一恰是在11世纪以来,在政治上复归平静的欧洲大陆上掀起了一次农耕的高潮。土地的大面积垦殖,“重型”等农具的发明、“挽马”耕作方式的推广和“三田轮作制”的普及使农业劳动生产率大大提高。^[34]因此,相较于商人法的发展,

[32] 同前注[5],米尔伊安·R·达玛什卡书,第114页。

[33] 同上注,第126-190页。

[34] 参见朱慈蕴、毛健铭:《商法探源——论中世纪的商人法》,载《法制与社会发展》2003年第4期。

用于调整与管辖当地市民、面包工人、农民等其他社会人群的封建法或庄园法并未式微。相反,这些法律还得到进一步的发展。除了当时勃兴的商人法,其他法律——包括封建法、庄园法等,皆具有属地性的特点,即市民、面包工人、农民等社会人群皆因居于某地而受该地法律所管辖。因此,我们可以将这些具有属地性的法律称之为居民法。

2. 居民法庭的兴起。在欧洲的中世纪,庄园法庭与英国普通法法院皆为居民法庭。前者作为“公地共同体”的最高权力机构,具有指定与执行村规与选任共同体管理人员的职能,自由农与非自由农、领主皆为庄园法庭的主角。^[35]而英国普通法法院包括王(后)座法院、民间诉讼法院及财务法院:王座法院之管辖权,原来仅限于犯罪及其他直接涉及国王利益之纷争,惟嗣后不断扩张其管辖权而逐步扩及所有普通法之“对人诉讼”,民间诉讼法院剔除了管辖若干对人的诉讼外,亦得管辖“对物诉讼”;财务法院则管辖与国王税收有关之案件。^[36]作为位于首都伦敦的三个法院既可受理各地领主法院上诉之案件,又可接受各地方“事实审法院”(即为“巡回法院”)上诉的案件,可以对于其所认定之事实进行审理。^[37]这些居民法庭具有属地管辖与非一审终审制的特点,而且在英国“当事人愿意而且也可以将他们的争议提交给一个离他们住所较近,又适用他们熟悉的习惯法的法庭审理”。^[38]

从中世纪的领主统治到近代的国族统治,有赖于近代民族国家的法律兴起。在中世纪,无论巴黎巴列门等王室法院,还是伦敦的普通法法院三部皆通过侵蚀各领主法庭(庄园法庭)的管辖权及上诉制度的设置,将司法主权转移至国王手里,形成中世纪的司法治理国家模式。再经习惯法编纂,人文主义法学的转向与立法主权论证等智识准备及主权立法者的塑造、法典编纂、官僚的崛起与法律人的贡献,实现近代欧洲从中世纪的司法治理国家模式到近代立法主权国家治理模式的转型。中世纪的庄园法庭、领主法庭被近代国家主权法庭模式取代,且居民型法庭特质进一步强化:其一,法庭成为近代国家主权统治的重要工具,法官的造法功能得到进一步抑制,法官的首要任务是适用立法者的法律;其二,通过属地与属人管辖权的强化与垄断,排除其他国家法庭对于自己领域与国民的管辖权。

3. 居民法庭对商事领域的影响。在中世纪向近代转型过程中,居民法庭亦向近代主权国家法庭转型,其对商事领域产生了深远影响:其一,居民法庭开始排斥商人法庭的管辖权,通过国家主权的塑造,接管商业事务;其二,通过上诉制度设置,强化主权国家的统一意志;其三,通过国家法律的适用或衡平法的发展,强调体现主权国家意志法律的一体适用。

通过上述观察,我们可以看到无论是中世纪的庄园法庭、领主法庭,还是近代主权国家的常设法庭,皆具有居民型法庭的特质。具体而言:其一,这类法庭具有属地管辖兼具属人管辖性质,在特定的时空取得司法管辖权的垄断性;其二,通过上诉制度,这类法庭维护国王(国家)司法裁量的独一性;其三,通过国家法律适用的唯一性或遵循先例原则的塑造,这类法庭使国家或国家意志得到彻底贯彻,并成为国王或国家统治的重要工具。

(二)居民理想型司法组织的塑造

居民理想型司法组织像商人理想型司法组织一样,作为一种分析司法组织的类型,其塑造必然包含了历史事实与逻辑推理的因素,其构成如下:

1. 以庇护为基础的属地管辖权兼具属人管辖。在领主对领地内居民庇护基础上,形成了居民理

[35] 参见赵文洪:《庄园法庭、村规民约与中世纪欧洲“公地共同体”》,载《历史研究》2007年第4期。

[36] 参见王泽鉴主编:《英美法导论》,北京大学出版社2012年版,第55-56页。

[37] 参见潘维大编著:《英美法导读讲义》,(台)瑞兴图书股份有限公司2009年版,第8-10页。

[38] [英]德瑞克·罗德立:《普通法历史上及当代中国的法院、法官和仲裁裁决》,载《法学家》1995年第5期。

想型司法组织对属地居民的管辖及延伸至虽已离开领地,但仍是具有该领地身份的居民或国民。

2. 居民参与审理机制。居民理想型司法组织的法官皆为职业法官,居民作为诉讼参与人参与审判机制,亦作为陪审团成员参与事实审,或作为陪审员具有职业法官一样的权利义务,体现司法的民主化。

3. 公开审理机制。居民理想型司法组织主张公开庭审机制,主要是基于对法官的公开监督与以公开庭审作为凝聚居民共同体成员的一种手段。

4. 以国家法律为裁判依据。居民理想型司法组织的法官在审理商事纠纷时,主要是依据国家立法或判例法进行,以体现国家法治的统一性。

5. 上诉制度。国家通过建立上诉制度,使居民理想型司法组织的裁判可以经由上诉法院完成国家法制的统一,以及国家对辖区居民的控制。

6. 纠纷解决型兼具政策实施型。在居民理想型司法组织中,尽管首要任务表现为纠纷解决,但通过上诉制度的设置,职业法官的遴选等方式,使纠纷解决在某种程度上也体现了国家政策的实施。

7. 裁决的国家实施机制。居民理想型司法组织的裁决,是通过居民共同体的代表——国家,以国家暴力为后盾来实施。

在商事领域,居民理想型司法组织亦是营商司法组织的另一个坐标系:其一,有利于国家(居民共同体)内商事体制的统一,降低国家领土内商事交易成本;其二,有利于商事裁判的实施。可以从国家暴力作为裁决实施之后盾;其三,有助于商业技艺在共同体内的传播。由于采用公开审理机制,便于商人间的商业技艺在共同体成员间传播。

四、商人理想型与居民理想型之间:国际商事法院(庭)的选择

随着国际商事交往的愈益频繁,国际商事法院(庭)的设立,已成趋势。除了传统的英国商事法院^[39]、法国商事法院^[40]、美国特拉华衡平法院、纽约南区法院、澳大利亚维多利亚州最高法院商事法庭外,新兴的国际商事法院还包括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与阿布托比全球市场法院、新加坡国际商事法院、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、荷兰商事法院等。

中国改革开放以来,也相继设置了专门的商事法院,如北海、大连、广州、海口、宁波、青岛、上海、天津、武汉、厦门、南京等 11 家海事法院,作为行使海事司法管辖权而设立的专门审判一审海事、海商案件的专门人民法院,亦管辖涉外案件,可以理解为广义的国际商事法院。特别是党的十八大以来,随着中国欲在国际经贸舞台上扮演更为重要的角色,陆续设立了知识产权法院(庭)、互联网法院(庭)、破产法庭、上海金融法院。这些法院(庭)作为商事法院的一种类型,亦管辖相关领域的涉外案

[39] 英国商事法院成立于 1895 年,应当时伦敦社会及商事团体之需求而建立一个专门法庭,其法官具备审理商事争议的专长与经验,使相关争议便捷地得以解决。其世界范围内具有崇高的声誉和重要的影响力,成为一些国家与地区建立国际商事法院(庭)的标杆。2017 年 7 月起,英国将隶属于英国高等法院王庭分庭及大法官分庭各专门法院集结并赋予整体一个新名称——英国商事与财产法院,具体包括英国高等法院下的三类专门法院:(1)商事法院、海事法院、巡回商事法院;(2)技术与建筑法院;(3)大法官分庭下的各专门法院如知识产权法院、反不正当竞争法院、破产法院等。这些专门法院虽属“英国商事与财产法院”,但仍保留已有名称,并保留原有司法程序和司法实践。参见何其生课题组:《当代国际商事法院的发展——兼与中国国际商事法庭比较》,载《经贸法律评论》2019 年第 2 期。

[40] 法国有 134 个商事法院,并于 2018 年正式设立巴黎国际商事法庭。同上注。

件,也应属于广义上的国际商事法院。尤其是2018年6月29日,最高人民法院第一国际商事法庭、第二国际商事法庭分别在深圳与西安揭牌,更标志着中国加入了国际商事法院(庭)设立的趋势。

对于上述商事法院(庭),特别是国际商事法院(庭)的分析,近几年国内成果不少。^[41]但缺乏将国际商事法院(庭)纳入商事法院(庭)体系中去考衡的视角,更缺乏采用理想类型集的演绎推理方法。笔者拟采用上文提炼出的商人理想型与居民理想型的分析方法,针对司法组织的机构设置、管辖、法官、律师、语言、适用法律、庭审、上诉、判决的承认与执行等九个方面,从理想型场景中推导出社会机制,以提供未来中国营商司法组织改进的空间。

(一)机构设置

国际商事法院(庭)的机构设置涉及到形式、级别与审级等。1. 形式。国际商事法院(庭)的形式分为两类:一类是专门法院,一类是专门法庭。另外,又可按是否为专门国家商事法院(庭)分为两种:一种系专门的国际商事法院(庭),另一种兼具国内与国际商事法院(庭)。2. 级别。而级别又可分为三类:一类是级别最高的国际商事法院(庭),如中国的第一与第二国际商事法庭,直接隶属最高人民法院;一类是级别较高的国际商事法院,如新加坡国际商事法庭和英国商事法院等;一类是分级设立的商事法院,如迪拜国际金融中心法院和法国商事法院。3. 审级。一般的国际商事法院(庭)都采取两审制,新加坡国际商事法庭采用一级两审制,上诉审由新加坡最高法院上诉法庭负责审理。迪拜国际金融中心法院实行两级两审制,迪拜国际金融中心初审法院负责审理第一审案件,对其作出的判决,当事人可上诉至迪拜国际金融中心上诉法院。法国商事法院的审级为三级两审制。法国范围内的134个商事法院处理商事一审案件,上诉法院的商事法庭处理其辖区内的商事上诉案件,法国最高法院中的商事法庭作出司法解释性的规定。^[42]中国商事法院的审级情况比较特殊。有四级两审制的,如广州知识产权法院、杭州互联网法院、深圳前海法院(自贸区法院);有采三级两审制的,如上海金融法院;有采一级一审制的,如第一、第二国际商事法庭。

商人理想型司法组织是采一审终局制的,并不设置上诉制度,而居民理想型司法组织,则采用了上诉制度,采用非一审终局制。因此,世界上绝大多数国际商事法院(庭)在审级上都倾向于居民理想型,而非商人理想型。而中国商事法院从四级两审制、三级两审制、至一级一审制的组织架构实有必要进行认真的反思,从整个法院系统角度来进行顶层设计,以改进商事法院系统。

(二)管辖

国际商事法院(庭)管辖权依据主要包括:1. 专属管辖。国际商事法院(庭)在专属管辖权的实质性要求是该案件为“国际性”与“商事”案件。对于“国际性”通常都以广义上理解,只要求案件的当事人等主要因素具有“涉外性”即可,即对于“商事”亦倾向于认为具有财产性与交易性,且当事人为企业即可。2. 协议管辖。当事人无论是事前还是事后有管辖约定即可。国际商事法院(庭)会选择协议管辖。3. 属地管辖。一些国际商事法院(庭)会要求当事人一方须在境内。4. 属人管辖。一些国内

[41] 参见何其生课题组:《论中国国际商事法庭的构建》,载《武大国际法评论》2018年第3期;同前注[40],何其生课题组文;石静霞、黄暖:《我国国际商事法庭的若干核心问题》,载《西安交通大学学报》(社会科学版)2019年第5期;沈伟:《国际商事法庭的趋势、逻辑和功能——以仲裁、金融和司法为研究维度》,载《国际法研究》2018年第5期;蔡伟:《国际商事法庭:制度比较、规则冲突与构建路径》,载《环球法律评论》2018年第5期;唐宇昇:《论“一带一路”倡议下中国国际商事法庭的定位》,载《经贸法律评论》2019年第2期等。

[42] 上述新加坡、迪拜及法国相关商事法院情况,同前注,何其生课题组论文,《当代国际商事法院的发展——兼与中国国际商事法庭比较》。

商事法院(庭)或者要求当事人明确同意其管辖权,或者要求当事人具有商人资格。

那些以约定管辖为基础确定管辖权的国际商事法院(庭)是倾向于商人理想型司法组织的,而以属地管辖为基础确定管辖权的商事法院(庭)是倾向于居民理想型司法组织的。还有一类国际商事法院(庭)是以属地管辖+协议管辖来确定管辖权的。至于专属管辖,以“国际性”来区分是国际商事法院与国内商事法院的依据;“商事”是区分商事法院与普通法院的依据。当然,在学理上亦会将一些在审理商事案件出名的普通法院,如纽约南区法院也列为商事法院来研究。

我国最高人民法院的第一与第二国际商事法庭通过协议管辖确定管辖权,其他商事法院以属地管辖来确定管辖权。我国商事法院管辖权确立如下改革:其一,应采用完全的协议管辖。国际商事法庭尽管以协议管辖来确定管辖权,但须受《中华人民共和国民事诉讼法》第34条规定限制,该条要求协议管辖对协议选择的法院有“实际联系”要求。实际上在我国协议管辖是限制性的协议管辖,而非完全意义上的协议管辖。由国际商事法院(庭)作为独立第三方受理与本国(或本司法管辖区)无实际联系的案件,可消除当事人对法院(庭)独立性的顾虑。^[43]其二,应放开协议管辖。除国际商事法庭外的全国商事法院(庭)应在属地管辖外,加入协议管辖,作为确定管辖权的依据。如此,可以强化商事法院(庭)间的竞争机制。其三,参照国际商事案件受理。国际商事法庭应将涉港澳台商事案件通过协议管辖纳入受案范围。^[44]其四,重新确定商事法院(庭)的专属管辖。我国现有商事法院(庭)除国际商事法庭外,在专属管辖方面存在划分过细、界限不清晰等问题。如知识产权融资纠纷到底是归属知识产权法院,还是金融法院?网络版权纠纷是放在知识产权法院还是互联网法院?从长远角度考虑,有必要整合商事法院,将知识产权法院、互联网法院,甚至是海事法院作为法庭归属于商事法院。

(三)法官

法官是法院(庭)赖于高效运转的关键。国际商事法院(庭)中的法官的国际性与专业性比较能体现商人理想型与居民理想型司法组织的特质:1. 国际性。从国际商事法院(庭)来看,传统或司法大国的商事法院,法官一般均要求有本国国籍,如美、英、法等国,体现居民理想型司法组织中法官的“本土性”特质。新兴的国际商事法院,如新加坡、迪拜、阿布扎比、卡塔尔、阿斯塔纳等地国际商事法院(庭)则吸收了国际法官,即这些国际商事法院(庭)法官不受国籍限制,较好地体现商人理想型司法组织法官“国际化”特质。2. 专业性。商事法院(庭)的法官的专业性体现在除有商事纠纷处理中皆具有丰富的经验要求外,还体现在采用普通法系的法官皆来源于律师,而且主要是经验丰富的商业律师,而商事法院法官源于中世纪商人法庭的传统来源于商人。^[45]就上述的法官专业性而言,符合商人理想型法官的“商人或商人代理人”的特质,职业法官的出现,体现了居民理想型司法组织对法官的要求。3. 选择性。在商人理想型司法组织中,法官作为商人或商人代理人,是基于双方当事人选择的结果,即当事人可基于合意选择自己案件的法官,而在居民理想型司法组织中,法官为职业法官,不允许当事人选择法官。一些新型国际商事法院(庭)允许当事人选择法官,体现商人理想型司法组织特征。

在中国,包括国际商事法庭在内的所有商事法院与普通法院一样,其法官任职资格均属于职业法官,符合居民理想型法官特质。从提升中国商事法院的竞争力及优化营商环境的角度来看,有必要在国际商事法庭及涉外民商事法庭中强化法官的“国际性”,即吸收国际法官,而在整个商事法院系统

[43] 同前注[41],石静霞、黄暖文。

[44] 同上注。

[45] 法国商事法院的法官由企业中高望重、富有经验的商人组成,其法官全部通过商人选举产生。商人法官成为被选举人需要满足的条件。同前注[39],何其生课题组论文。

中应强调法官的“专业性”,即从商业律师甚至从商人中选拔法官。由此拓宽案源,通过审判输出本国法律,并提升本国商事司法的国际竞争力与影响力。

(四)当事人与律师

当事人作为案件的诉讼提起者与参与者,其广义上的适格问题是确定法院管辖权的重要依据,因此,国际商事法院(庭)的运行效果必须考虑当事人及其代理人适格问题:1. 当事人适格。国际商事法院(庭)在司法管辖上具有这些类型:其一,属地管辖。即双方当事人或至少一方当事人必须是具有本国国籍或在本司法辖区拥有住所或注册的,这符合居民理想型特质,以居所地确定管辖权。其二,协议管辖,双方当事人约定该国际商事法院(庭)管辖。协议管辖是符合当事人合意自治的,具有商人理想型司法组织特征。其三,属人管辖与专属管辖。无论是属地管辖,还是协议管辖,对于国际商事法院(庭)来说,当事人还必须是商人,而且受理的案件必须是“国际性”商事案件。2. 律师。作为商人代理人的律师,从居民理想型司法组织来看,必须是本国或本司法辖区律师,而商人理想型司法组织才允许外国或本司法辖区外的律师参与。对于国际商事法院(庭)而言,传统的国际商事法院(庭)要求是本国律师参与,而新型地区的国际商事法院(庭)则可以允许外国律师参与。^[46]

在我国,除了国际商事法庭,其他商事法院都采属地管辖,即要求当事人双方或至少一方具有中国国籍或在中国注册或具有居所地,符合居民理想型司法组织特点;而国际商事法庭则采协议管辖,但是目前的国际商事法庭并未将港澳台商事案件纳入。对于律师,我国则不允许外国律师从事诉讼代理工作,从改革的角度来说,我国商事法院涉及到当事人与律师方面,宜作如下改进:1. 将港澳台商事案件纳入国际商事法庭管辖范围内;2. 对外国律师采用注册制。可以参照新加坡国际商事法庭的律师注册制。目前因没有“离岸案件”,仅采限制注册。即经注册的律师仅就外国法问题提交书状,当然,若相关法律得到修改,受理“离岸案件”,即可采用定点注册,允许律师代理“离岸案件”。

(五)语言

英语作为全球商事交往最为广泛的语言,国际商事法院(庭)基本上将其作为唯一的审判语言或可供当事人选择的主要审判语言。但在我国,由于目前法律的限制,英语并不能作为审判语言,供当事人选择。从营商司法组织建设的角度来看,应该将其列为主要的审判语言的一种,供当事人选择。

(六)庭审

国际商事法院(庭)作为法院的一种,通常采用公开审理。但新加坡国际商事法庭允许进行不公开审理,即当事人有权选择是否公开审理,这就等于在庭审的公开与否上,加入了商人理想型司法组织的特质。我国的国际商事法庭,甚至其他商事法院亦可考虑是否公开审理权限交由当事人来决定,有助于当事人选择商事法院审理案件。

(七)上诉

上诉制度的设置是居民理想型司法组织的一种典型制度设计,其目的在于强化国王或国家对基层法院的控制,实现其控制居民统一体的欲望与强化政策实施司法功能。世界上大部分国际商事法院(庭)都设置了上诉制度。但是新加坡国际商事法庭进行了创新,允许当事人通过约定来取消或限制上诉权。^[47]加入了商人理想型司法组织的元素。

[46] 外国律师要想获得在新加坡国际商事法庭和迪拜国际金融中心法院的案件代理资格,必须通过注册获得。同前注[39],何其生课题组论文。

[47] 同前注[41],蔡伟文。

在我国,国际商事法庭采取的是一审终局制,符合商人理想型司法组织的特征,其效果有待进一步验证。而其他商事法院则采用两审终审制,其改革方向宜可参照新加坡模式,通过当事人约定取消或限制上诉权。

(八) 判决

国际商事法院(庭)判决在域外的承认与执行是一个关键问题。从本质上说,国际商事法院(庭)判决是基于双方合意而选择的纠纷解决方式,对抗性大为减弱,因此,其判决在域外的承认与执行,应该基于商人间的互信,具有良好的承认与执行基础。这符合商人理想型司法组织判决自我实施的机理。还有国际商事法院(庭)借助于国家间的司法协助条约以及国际商事法院(庭)间的互助承认和执行备忘录等制度安排,来提供判决与执行的国家与司法机构之力予以保障。此外,新加坡国际商事法庭与迪拜国际金融中心法院允许经双方当事人同意,将其判决转化为仲裁裁判,借助《纽约公约》,为跨国执行提供便利。

在我国,国际商事法庭通过“诉讼、仲裁、调解”一站式纠纷解决机制,经当事人同意,亦可通过一站式内的仲裁,强化跨国承认与执行效力。也可参照新加坡等地国际商事法院(庭)与其他国家国际商事法院(庭)签署合作备忘录的制度安排,强化判决在域外的承认与执行。

总之,国际商事法院(庭)可以根据商人理想型与居民理想型在上述至少八个方面通过当事人约定等方式进行组合,寻找合适本国国际以及最具竞争力的司法组织类型。对于我国商事法院来说,根据商人理想型与居民理想型的特质,参酌境外国际商事法院(庭)的新发展,寻求最具国际竞争力与符合我国国情的司法组织类型,将是未来改革方向。

五、营商司法组织:上海国际商事法院构造

《中国(上海)自由贸易试验区临港新片区总体方案》“支持新片区加强国际商事纠纷审判组织建设”,这种新型的国际商事司法组织建设必须符合营商司法组织的一般机理,并回应国际商事纠纷审理的司法需求,弥补当前上海商事审判的不足。

(一) 上海国际商事司法需求

上海正在持续建设国际经济中心、国际贸易中心、国际金融中心、国际航运中心以及全球科创中心。2013年上海开始了中国大陆首个自由贸易试验区建设;自2018年始,中国国际进口博览会永久落户上海;2018年,增设上海自贸区新片区,在上海证交所设立科创板并试点注册制,实施长江三角洲区域一体化发展国家战略第三项中央交付给上海的三项任务。并且,上海正致力于成为卓越的全球城市。由此,构成了上海国际商事司法需求:

(1) 成为亚太,乃至是全球的国际商事纠纷处理中心的需要。高效而公正的国际商事纠纷处理是上海国家战略任务完成的基础和保障;国际商事纠纷处理中心的建设是上海五个中心建设与卓越全球城市建设的题中之义。因为上海上述任务的落实须完成开放型经济新体制的构建或必须借助开放经济新体制来予以落实。而开放型经济新体制建设,需要国际商事纠纷处理中心通过整合诉讼、仲裁、调解,提供高效而公正的处理机制,吸引全球资源最佳配置。

(2) 投资者权益保护的需要。在全球经济一体化的时代,投资的流向,取决于一个国家或地区是否能提供高效与公正的司法保护机制,上海欲成为全球资本流向的最佳聚集地,存在着对投资者权益有效司法保护机制的需求。

(3) 提供有国际影响力判决的需要。在一定程度上,参与甚至引领国际经贸规则的形成取决于是否能通过法院判决,输出本国法律,以有国际影响力与竞争力的判决,维护或塑造国际经贸规则,促进国际经济治理更加合理。

(二) 上海商事司法的格局及不足

上海是全国商事法院最为聚集的城市:上海海事法院、上海知识产权法院、上海金融法院、上海破产法庭、浦东新区人民法院自贸区法庭等。这些商事法院(庭)不仅为上海营商环境的打造与上海商事纠纷的处理都提供了良好的司法环境,而且也为中国营商环境的改善作出了重要的贡献。^[48]同时,也为中国司法赢得了良好的国际声誉。但是,随着上海新的任务承担与在国家战略中地位的更加强化,上海商事司法存在下列不足,已无法满足国际商事司法需求:

(1) 专属管辖划分过细。专属管辖是以属人管辖与集中管辖为基础。上海商事法院细的类别导致专属管辖划分过细,一些商事案件势必要有不同的划分标准,会归属于不同法院管辖。这样,一方面不利于案件的专属管辖,另一方面也不利于提高法院效率。

(2) 属地管辖的局限。尽管上海商事案件采取专属管辖,但其是以属地管辖为基础的,即以上海作为本司法管辖区,而非国际商事法院(庭)而通常所采纳的协议管辖。而属地管辖最大的局限之一就是不方便当事人选择,使那些愿意选择上海商事法院管辖的当事人丧失选择的机会,也导致商事法院丧失优质案源。

(3) 缺乏国际司法竞争力。上海商事法院由于采取属地管辖为基础的专属管辖,排斥协议管辖,因此,在国际商事纠纷审判中缺乏国际司法竞争力,进而难以提供具有国际影响力的判决,难以建立吸引投资者的国际司法保护机制,从而使上海很难成为亚太国际商事纠纷处理中心。

(三) 上海国际商事法院:上海商事法院格局变革与制度创新

上海欲成为伦敦、纽约、巴黎等一样的全球城市,并希冀在全球资源配置中成为最佳聚集地,有必要整合现有的商事法院(庭)系统。或采用伦敦模式,成立一个新的法院,将现有商事法院(庭)纳入其中,但保留这些商事法院(庭)的名称,并保留原有司法程序和司法实践。^[49]或采用巴黎模式,新设巴黎国际商事法院,以管辖国际商事案件。^[50]鉴于上海各商事法院(庭)案件受理量大且除海事法院外其他各商事法院(庭)成立时间并不长而效果有待进一步验证等因素,建议采巴黎模式,先行成立上海国际商事法院,以改变上海商事法院格局,进一步优化上海营商环境,推进上海营商司法组织变革。

正如上文所述,我国,包括上海在内的商事法院(庭)系统,除了最高人民法院的第一、第二国际商事法庭以外,基本上是具有居民理想型司法组织特质,很少考虑商人理想型司法组织元素。因此,上海国际商事法院的设立,应该弥补现有上海商事法院格局之不足,满足上海国际商事司法需求,参酌境外国际商事法院(庭),并以商人理想型/居民理想型的司法组织分析类型,推导上海国际商事法院机制,理性地设计其运作机理。

1. 机构设置

上海国际商事法院宜按一级两审制设计,即将上海高级人民法院商事庭作为上诉庭。如此,即使凡上海国际商事法院管辖的案件,就该法院内审理完毕且符合“两审终审”要求,而且该上诉庭

[48] 世界银行营商环境报告把上海和北京作为样本城市,其中,上海权重为55%,北京为45%。《中国营商环境全球排名提升32位,世界银行营商报告把上海和北京作为样本城市》,上海市政府网站,2019年10月1日访问。

[49] 同前注[39],何其生课题组文。

[50] 同上注。

作为上海海事法院、上海知识产权法院、上海破产法庭、上海金融法院相关案件的上诉机构,将它们所管辖的案件纳入上海国际商事法院上诉庭的上诉审理范围,有利于相关案件裁判规则的统一。

2. 管辖

上海国际商事法院管辖宜以协议管辖+属地管辖来确定管辖权,即虽不在该司法管辖权区域内的案件,经由当事人约定管辖,可受理该案件,甚至可以引进“离岸案件”^[51]概念。属地管辖,可以确定上海自贸区临港新片区的所有涉外商事案件皆由上海国际商事法院管辖。

经由协议管辖,上海地区(不含自贸区新片区)的案件、长三角地区相关案件,甚至全国其他地区案件,皆可以由上海国际商事法院管辖。其他上海商事法院(上海海事法院、上海知识产权法院、上海金融法院、上海破产法庭)按属地管辖与专属管辖来确定管辖的案件,会因协议管辖,成为上海国际商事法院管辖案件,如此,可经由当事人约定管辖来创造上海国际商事法院与相关法院在相关案件管辖的竞争机制。而科创板试点注册与长三角一体化国家战略的相关案件,亦会因协议管辖,引入相关国际通行规则,以促进开放力度。

3. 庭审与判决

(1)当事人约定机制。在上海国际商事法院,是否公开审理、是否采用英文、是否上诉以及法官的选择,皆可以通过双方当事人的约定来选择。如此,将庭审形态最大限度地由当事人进行选择,法院在商人理想型与居民理想型司法组织间进行最符合当事人意愿的自由组合,以最大限度地形成营商司法组织形态。

(2)非中国籍法官与律师的加入。非中国籍法官与律师,经过相关程序——法官经宣誓、律师经注册,则可以成为上海国际商事法院法官,律师可以出庭代理相关案件。

(3)一站式纠纷解决机制。上海国际商事法院宜设置“诉讼、仲裁、调解”一站式纠纷解决机制,即当事人在案件受理后,可以根据意愿选择诉讼、仲裁、调解等纠纷解决方式,以促进案件的迅速解决。

(4)判决承认与执行。经由我国签约的司法协助机制,上海国际商事法院的判决可在相关境外国家与地区得到承认与执行。相关判决还可经由上海国际商事法院与境外相关司法机构签署合作备忘录等得到承认与执行。此外,上海国际商事法院的判决经由当事人同意可以转化为仲裁裁决,经由《纽约公约》,得到境外承认与执行。

4. 法律调整

上海国际商事法院的案件管辖、法官聘任、律师代理、语言适用、非公开审理、是否放弃上诉、一站式纠纷解决机制、判决转化等皆涉及到我国现行《民法法》《法官法》《律师法》《汉语言文字法》等,可依《立法法》由全国人大常委会授权暂时调整3至5年,经司法实验,^[52]俟时机成熟,即进行相关修改。

(责任编辑:于改之)

[51] 系指当事人皆在境外,且按“密切联系”,皆无连接点为管辖法院所在国境内因素但双方当事人约定在该法院管辖的案件。何其生课题组介绍了新加坡国际商事法庭所创造的“立案案件”概念。同前注[39],何其生课题组论文。

[52] 司法实验是我国推进自贸试验区的应有之义。同前注[2],郑少华文。