



# 国际商事法庭的诉讼仲裁化及其限度

刘沁予\*

**摘要：**一般而言，欧洲大陆设立国际商事法庭主要是为了将争议从仲裁重新引向诉讼，而亚洲设立国际商事法庭主要是为了弥补仲裁的缺陷，并形成一种与仲裁互补的纠纷解决机制。尽管有目的和作用上的差异，但全球国际商事法庭都日益呈现出诉讼仲裁化的趋势。国际商事法庭诉讼仲裁化的本质是增强国际商事法庭中当事人的程序自治。商事诉讼和商事仲裁受理相同类型的纠纷，追求共同的实体法价值目标，基于此，二者在基本原则和程序规则上具有较高的契合度，具备相互借鉴发展的法理基础。虽然纳入仲裁的一些最具价值的特征可以改善司法职权主义主导下传统诉讼程序的刚性与僵化，但国际商事法庭诉讼仲裁化趋势有其限度。过度的仲裁化特征会损害程序正义和法院作为公共机构的职能，易导致判决得不到他国的承认与执行。国际商事法庭与传统涉外诉讼相比更侧重程序自治，但仍需以司法公正和公共利益为限，这也是其裁判获得承认与执行的必备条件。具体来说，保障第三方获得公平审判的权利，确保审判人员的中立性和公正性，维护法院诉讼程序的公共性，对于实现程序正义和维护公共秩序而言不可或缺，国际商事法庭诉讼仲裁化应恪守这些基本底线。

**关键词：**国际商事法庭 诉讼仲裁化 司法职权 程序自治 程序正义 公共秩序

近十余年间，国际商事法庭<sup>①</sup>在全球相继出现，而且国际商事法庭的诉讼呈现一种普遍的趋势——诉讼仲裁化。<sup>②</sup> 国际商事法庭的诉讼吸收借鉴了仲裁的一些最具价值的特征，如允许当事人协议选择案件管辖法院，可通过当事人的协议对程序规则进行修改等。<sup>③</sup> 全球设立国际商事法庭的热潮也带动和激发了中国国际商事法庭（China International Commercial Court，下文简称CICC）的布局。CICC整合多元化纠纷解决机制，在管辖等程序事项上给予当事人自治权，通过设立专家委员会增加法庭的专业性和国际性，采用了一审终审的审级设置等举措。这些创新举措表明了CICC也是诉讼仲裁化趋势中的一员。

\* 刘沁予，华东政法大学国际法学院博士研究生。如无特别说明，本文所用网络资源的最后访问时间均为2024年3月4日。

① “国际商事法庭”和“国际商事法院”在英文中均为International Commercial Courts，但在中文中二者存在区别。隶属于一国某级法院的专门法庭，属“国际商事法庭”；分级设立的单独专门法院，属“国际商事法院”。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，第65页。为保持行文一致，除非特指，下文统一以“国际商事法庭”概称。

② 参见吴永辉：《论国际商事诉讼的仲裁化——兼评我国〈民事诉讼法〉涉外编修改》，载《现代法学》2023年第4期，第156—170页；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，第109页。

③ 本文第二部分有更为详尽的阐释。

目前学者认识到,国际商事仲裁制度获得巨大成功是驱使国际商事法庭建立的重要因素,并且普遍关注到,国际商事法庭在世界范围内的激增及其制度创新。<sup>①</sup>中国学者对国际商事法庭制度的研究主要集中在制度发展的趋势介绍和国内外制度的横向比较,<sup>②</sup>缺少从国际商事诉讼与国际商事仲裁交互作用的视角分析国际商事法庭的创新发展。通过研究我们可以发现,虽然国际商事仲裁为国际商事法庭中一些最具创新性的举措提供了灵感,<sup>③</sup>但一些仲裁化的特征也会破坏诉讼的程序正义和司法公正,挑战法院作为公共机构的职能。本文旨在揭示国际商事法庭呈现出的诉讼仲裁化的特征,并探究诉讼仲裁化的边界,以为将来可能的国际商事法庭程序的立法提供理论参考。

## 一 国际商事法庭诉讼与国际商事仲裁的关系

国际商事仲裁在跨境商事争议解决中具有突出地位,其对国际商事法庭的建立发挥了重要影响。欧洲和亚洲的国际商事法庭对国际商事仲裁的态度不同,所持立场也不尽一致。不过,较为一致的是,各国都关注本国国际商事法庭诉讼与国际商事仲裁之间的关系定位,并在此基础上塑造本国的国际商事法庭制度。

### (一) 欧洲大陆立场: 竞争

欧洲大陆设立国际商事法庭是为了扭转大量商事纠纷流向普通法院和仲裁庭的趋势,旨在改变“消失的审判”(vanishing trial)这一局面。<sup>④</sup>

英国是普通法的发源地,且一直是仲裁制度最发达的国家之一,其仲裁历史可以追溯到 12 世纪晚期。随着工业革命以后国民经济的飞速发展,英国仲裁行业迅速成长,是经济繁荣的衍生品。商事交易活动的繁荣同时也伴随着交易主体之间的摩擦增加,催生了公平高效解决纠纷的大量需求。在强大的经济驱动下,英国伦敦逐渐获得了全球最受欢迎仲裁地的国际地位。此外,英国的国际商事诉讼制度也较为发达。于 1895 年设立的英国伦敦商事法庭 [London Commercial Court, 2017 年更名为英格兰及威尔士商事与财产法庭 (Business and Property Courts of England and Wales)] 被认为是首个专门开展国际商事纠纷解决的国内司法机构。第二次世界大战后,在

① See Matthew S. Erie, “The New Legal Hubs: The Emergent Landscape of International Commercial Dispute Resolution”, (2020) 60 *Virginia Journal of International Law* 225, pp. 225 – 298; Stephan Wilske, “International Commercial Courts and Arbitration – Alternatives, Substitutes or Trojan Horse?”, (2018) 11 *International Economic Law Journal* 157, pp. 157 – 159.

另参见杨博超、李丹:《“一带一路”商事争端解决机制的体系建构与发展面向》,载《商业研究》2022 年第 3 期,第 80—88 页;顾维遐:《全球国际商事法庭的兴起与生态》,载《南大法学》2022 年第 6 期,第 92—116 页。

② 参见范冰仪:《论我国国际商事法庭协议管辖规则——以比较法为视角》,载《中国国际私法与比较法年刊》2019 年第 2 期,第 288—305 页;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,第 175—193 页。

③ 参见石静霞、董暖:《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 3 期,第 116—123 页;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,第 102—128 页。

④ See “Plan for the Establishment of the Netherlands Commercial Court” (Plan tot oprichting van de Netherlands Commercial Court, NCC Plan 2015), Council for the Judiciary, <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/plan-netherlands-commercial-court.pdf>; Thomas J. Stipanowich, “ADR and the ‘Vanishing Trial’: The Growth and Impact of Alternative Dispute Resolution”, (2014) 1 (3) *Journal of Empirical Legal Studies* 843, pp. 843 – 912.

伦敦商事法庭审理的案件中，80%的案件是涉外案件。<sup>①</sup> 该法庭进一步巩固了伦敦作为全球争议解决中心的地位，还为伦敦乃至英国创造了大量税收和工作机会。

随着大量高标的额和复杂的国际商事纠纷通过仲裁或流向普通法法院（如伦敦商事法庭）予以解决，欧洲大陆法院审理国际商事纠纷的机会越来越少，这对欧洲大陆施展国际法治的能力产生负面影响。《荷兰商事法庭计划》（Plan for the Establishment of the Netherlands Commercial Court）提到，如果不采取措施，荷兰的当事人会越来越多地选择外国法院或仲裁处理商事纠纷，那么“消失的审判”现象会日趋严重。<sup>②</sup> 除为本国的法律服务市场增加机会外，建立本国的国际商事法庭还表明了国家打造友好商业环境，为当地其他行业增加业务的态度。<sup>③</sup> 德国的立法提案也显示了其类似的考虑。德国《设立国际商事审判庭的立法草案》（Legislative Proposal for the Establishment of Chambers for International Commercial Disputes）强调，虽然德国的司法体系得到国际认可，但商事纠纷的当事人还是更愿意选择外国诉讼或仲裁。<sup>④</sup> 随着英国退出欧盟，伦敦在国际商事纠纷解决中的国际影响力也将受到影响，例如在欧盟成员国送达文件、取证和执行将比之前困难得多，一些法院将此视为一个争夺司法市场的好机会。<sup>⑤</sup> 虽然欧洲大陆国际商事法庭设立计划已存在多年，但是从时间背景看，英国“脱欧”显著催化了其进程。当事人合意管辖、使用英语作为诉讼程序语言、设置专门的商事法官任职资格等仲裁化举措将增加本国法的适用机会，减少前往外国诉讼和仲裁的不确定性和成本。

总体而言，与普通法国家的国际商事仲裁乃至国际商事法庭相竞争，吸引国际商事案件回流，拓展国内法律服务市场，这是欧洲大陆国家建立国际商事法庭的主要动因。

## （二）亚洲立场：合作

亚洲国家设立国际商事法庭的目标相对一致——完善国际商事争议的解决方式。通过建立多元化商事争议解决机制，这些国家希望能吸引投资、打造争议解决市场。<sup>⑥</sup>

2015年，新加坡成立国际商事法庭（Singapore International Commercial Court，下文简称SICC）就是一个典型实例。其实，自1991年新加坡国际仲裁中心（Singapore International Arbitration Center，下文简称SIAC）成立以来，新加坡就已成为亚洲领先的国际仲裁中心，受案量激增。随后，新加坡又建立新加坡调解中心（Singapore Mediation Centre，下文简称SMC）推动调解。在国际商事争议纠纷解决机制本就发达的情况下，新加坡为何又发起设立国际商事法庭？对此，新加坡认为，仲裁自身有不少缺点，具体包括：过度形式化（也即“诉讼化”）、存在合法性和道德困境、缺乏上诉审查机制以及无法将未同意仲裁程序的第三方纳入仲裁程序。国际商

① 参见吴永辉：《论国际商事法庭的管辖权——兼评中国国际商事法庭的管辖权配置》，载《法商研究》2019年第1期，第142—155页。

② See Council for the Judiciary, *Plan tot oprichting van de Netherlands Commercial Court*, NCC Plan 2015, p. 9.

③ 参见何其生：《大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展》，载《中国社会科学》2017年第5期，第128页。

④ See “Legislative Proposal for the Establishment of Chambers for International Commercial Disputes” (Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen, Drucksache 19/1717, German Chambers Legislative Proposal 2018), German Parliament, <https://dserver.bundestag.de/btd/19/017/1901717.pdf>.

⑤ See “The Justice Initiative Frankfurt am Main 2017”, Conflict of Laws official website, <https://conflictoflaws.net/2017/the-justice-initiative-frankfurt-am-main-2017-law-made-in-frankfurt/>.

⑥ 参见卜璐：《“一带一路”背景下我国国际商事法庭的运行》，载《求是学刊》2018年第5期，第91—99页。

事法庭的建立旨在弥补仲裁的这些缺点，吸引本可绕过新加坡去域外解决的争议，从而扩大其争议解决市场。新加坡首席大法官桑德来什·麦农（Sundares Menon）指出，正如伦敦商事法院与其充满活力的仲裁市场并存一样，SICC 将与新加坡不断发展的仲裁市场和谐共存，<sup>①</sup> 旨在进一步实现其成为亚洲争议解决中心的目标。<sup>②</sup>

SICC 是唯一一个详细解释其如何作为补充仲裁之不足的国际商事法庭，不过大多数亚洲国际商事法庭将自己定位为仲裁的合作伙伴，而不是竞争对手。2005 年，为了给潜在的投资者提供可靠的争议解决场所，迪拜国际金融中心法院（Dubai International Financial Centre Court，下文简称 DIFC 法院）成立。<sup>③</sup> 之后涌现的卡塔尔国际法院与争议解决中心（Qatar International Court and Dispute Resolution Centre，成立于 2010 年，下文简称 QICDRC）、阿布扎比全球市场法院（Abu Dhabi Global Market Courts，成立于 2015 年，下文简称 ADGM 法院）、哈萨克斯坦阿斯塔纳国际金融中心法院（Kazakhstan Astana International Financial Centre Court，成立于 2017 年，下文简称 AIFC 法院）的设立目的同样是完善本国争议解决方式，进而吸引外国直接投资。<sup>④</sup>

于 2018 年成立的 CICC 是中华人民共和国最高人民法院的一个内设机构，其旨在将高标的额的国际商事纠纷集中到最高人民法院，以提升国家对涉及中国企业和国家利益的高风险纠纷的掌控。<sup>⑤</sup> CICC 还是一个“三位一体”的国际商事纠纷解决平台。<sup>⑥</sup> 这表明，CICC 并未排斥其他多元化纠纷解决机制，而是希望其作为枢纽，尽可能地发挥诉讼之外其他纠纷解决机制的优势，增强其国际商事纠纷解决的能力和吸引力。

### （三）小结

对国际商事法庭诉讼和国际商事仲裁之间的关系采取不同立场，反映了不同的国家政策目标。在一些国家，国际商事法庭制度在与国际商事仲裁制度竞争的过程中，吸收甚至进一步强化了国际商事仲裁的一些本质特征，以增强其竞争力；而另一些国家在促进国际商事法庭诉讼与国际商事仲裁合作，进而完善国际商事争议解决机制的过程中，又强调了两种纠纷解决机制的对接和交融。所以，无论是竞争关系还是合作关系，二者都在不同程度上促成了国际商事法庭的仲裁化趋势。

① See “International Commercial Courts: Towards a Transnational System of Dispute Resolution”, Singapore Courts official website, paras. 40–55, <https://www.judiciary.gov.sg/docs/default-source/news-docs/chief-justicekeynote-opening-lecture-address-delivered-at-the-international-commercial-courtsdific-courts-lecture-series-2015-international-commercial-courts-towards-a-transnational-system-of-dispute-resolution.pdf>.

② See Report of the Singapore International Commercial Court Committee, para. 4 (a), SICC Committee official website, [https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/news-and-article/-report-of-the-singapore-international-commercial-court-committee-\\_90a41701-a5fc-4a2e-82db-cc33db8b6603-1.pdf](https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/news-and-article/-report-of-the-singapore-international-commercial-court-committee-_90a41701-a5fc-4a2e-82db-cc33db8b6603-1.pdf).

③ See Jayanth K. Krishnan and Priya Purohit, “A Common Law Court in an Uncommon Environment: The DIFC Judiciary and Global Commercial Dispute Resolution”, (2014) 25 *The American Review of International Arbitration* 497, p. 499.

④ See Pamela K. Bookman, “The Adjudication Business”, (2020) 45 (2) *Yale Journal of International Law* 227, pp. 227–283.

⑤ See Gu Weixia, “China’s Law and Development: A Case Study of the China International Commercial Court”, (2021) 62 *Harvard International Law Journal Special Issue* 68, pp. 68–104.

⑥ 参见《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第 11 条、《最高人民法院办公厅关于确定首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的国际商事仲裁及调解机构的通知》。

## 二 国际商事法庭诉讼仲裁化的体现

当前，国际商事法庭采取的一些创新举措模糊了诉讼和仲裁之间的显著区别，展现了诉讼仲裁化的趋势。然而，并非所有国际商事法庭的诉讼仲裁化程度都相同，这取决于法院的国际视野、国家司法体系以及宪法性规定等因素。大致而言，国际商事法庭诉讼仲裁化体现在以下几方面。

### （一）诉讼程序的灵活化

基于当事人的意思自治，仲裁具有高度的灵活性，这本是仲裁最具价值的特征之一。多数国际商事法庭同样尊重当事人意思自治，并赋予当事人设计程序的权利，使得国际商事法庭的诉讼呈现出灵活化的趋势。

#### 1. 协议选择管辖

除了中东和哈萨克斯坦设立的国际商事法庭外，其他国际商事法庭的管辖权主要是基于法院选择协议而非法定强制的管辖权规则而确定。<sup>①</sup> 虽然，国际商事法庭处理国际商事争议或者说具有涉外因素的商事争议，但不同的国际商事法庭对“国际性”<sup>②</sup> 和“商事性”的定义有些许差异。一些国家的国际商事法庭在争议是否具有“国际性”和“商事性”的问题上亦允许当事人协议确定。比如 SICC 规定，对争议是否具有“国际性”和“商事性”的判断除了可参照新加坡《国际仲裁法》（International Arbitration Act）之规定外，法院也重视当事人的协议。它允许当事人就争议的管辖权达成一致意见，从而将国内纠纷转化为国际纠纷，也允许当事人通过协议将非商事纠纷转化为商事纠纷。<sup>③</sup>

#### 2. 协议确定举证程序

在举证程序规则的设计上，国际商事法庭较一般法院而言给予了当事人更大的自主权。这种增加举证程序灵活性的做法明确地以仲裁规则和软法<sup>④</sup>为模板。ADGM 法院允许当事人协议对证据开示规则进行变通。<sup>⑤</sup> SICC 允许当事人合意排除适用法院地法中的证据规则，从而适用外国法、软法或仲裁规则。<sup>⑥</sup> 当事人可以通过约定适用外国的证据规则，这颠覆了国际民事诉讼的基

① See Rule 1 (1) (b), Order 2, SICC Rules 2021; Art. 3, Book 1, Dutch Code of Civil Procedure [DCCP]; Art. 1.3.1 (d), Rules of Procedure for the International Commercial Chambers of the Amsterdam District Court (NCC District Court) and the Amsterdam Court of Appeal (NCC Court of Appeal) (December 2020) [NCC Rules]; Draft Art. 114b, Courts Constitution Act, German Chambers Legislative Proposal 2018; Art. 1.1, Protocol on Procedural Rules Applicable to the International Chamber of the Paris Commercial Court (Protocol-Paris Commercial Court). 另参见《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第2条。

② See Explanatory Notes to Art. 1.3.1 (b), NCC Rules. See “NCC Rules of Procedure Annex 1”, Rechtspraak official website, <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/ncc-procesreglement-en-annex1.pdf>.

③ See Rule 1 (3) (b) (iii), Order 2, SICC Rules.

④ 如《国际律师协会国际仲裁取证规则》（IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration）、《国际仲裁程序有效进行规则》（Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration，又称《布拉格规则》）、《国际预防和解决冲突协会关于商业仲裁中文件披露和证人陈述的议定书》（International Institute for Conflict Prevention and Resolution Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration）等。

⑤ See Art. 86 (4), ADGM Court Procedure Rules 2016.

⑥ See Rule 15 (2), Order 13, SICC Rules.

本原则——诉讼程序适用法院地法。<sup>①</sup> 此外, SICC 的当事人可以合意完全取消文件披露。荷兰商事法庭 (Netherlands Commercial Court, 下文简称 NCC) 允许当事人在提交第一份书面材料时一并提交偏离法定证据规则的协议。<sup>②</sup> 德国《设立国际商事审判庭的立法草案》同样明确允许各方就举证程序达成协议。<sup>③</sup> 巴黎国际商事法庭允许按照普通法法院诉讼和仲裁的模式延长举证过程, 其在文件披露方面的规则更为宽松, 允许当事人对证人进行交叉质证。<sup>④</sup> 布鲁塞尔国际商事法庭 (Brussels International Business Court, 下文简称 BIBC) 为对两大法系的证据规则进行调和, 创设性地引入《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 下文简称《示范法》) 作为程序规则。<sup>⑤</sup>

### 3. 外国法查明方式的转变

国际商事法庭证明制度的灵活性在外国法查明方面得到进一步体现。通常, 在普通法法域, 外国法被视为事实;<sup>⑥</sup> 在大陆法法域, 外国法则被视为法律。<sup>⑦</sup> 在将外国法视为事实的法域, 外国法查明通常在专家证据的基础上进行。但专家证据的获取非常昂贵, 而且专家证据有时偏袒一方。根据新加坡法律, 外国法被视为一个事实问题, 必须像事实一样进行抗辩和证明。<sup>⑧</sup> SICC 在保留传统普通法举证模式的同时, 允许通过直接提交口头或书面证据等方式处理外国法, 这与国际仲裁的惯例相一致。<sup>⑨</sup> 在 SICC 的诉讼中, 当事人无需将外国法作为事实进行申辩和证明。SICC 的法官可以在口头和书面法律意见的协助下, 对外国法进行认定。<sup>⑩</sup> DIFC 法院也有类似的做法。<sup>⑪</sup> DIFC 法院前首席大法官黄锡义 (Michael Hwang) 指出, 不同于通常的法院, DIFC 法院的法官是来自不同法域、熟悉不同国家法律的国际法官。当该案的法官在案件所适用外国法的法域内具备案件审理资格时, 以法官缺乏相应专业知识而要求提出专家证据对外国法予以证明的理由通常不能成立。<sup>⑫</sup> 同样是普通法法院, SICC 和 DIFC 法院在证明外国法方面采取了不同的方法, 但同样都放弃了僵硬的普通法方法, 在其诉讼程序中注入了更大的灵活性, 并希望将外国法查明可能带来的时间延误和成本降到最低。

① See Dalma R. Demeter and Kayleigh M. Smith, “The Implications of International Commercial Courts on Arbitration”, (2016) 33 (5) *Journal of International Arbitration* 441, pp. 445 – 448.

② See Art. 8.3, NCC Rules.

③ See Art. 2, Amending the Code of Civil Procedure, Draft Art. 284 (3), German Chambers Legislative Proposal 2021.

④ See Arts. 4.3, 5.1 and 5.4.4, Protocol-Paris Commercial Court; Arts. 3 and 4, Protocol-Paris Court of Appeal. See also Alexandre Biard, “International Commercial Courts in France: Innovation without Revolution?”, (2019) 1 *Erasmus Law Review* 24, p. 29.

⑤ See Erik Peetermans and Philip Lambrecht, “The Brussels International Business Court: Initial Overview and Analysis”, (2019) 1 *Erasmus Law Review* 42, p. 55.

⑥ 参见薛源、程雁群:《以国际商事法庭为核心的中国“一站式”国际商事纠纷解决机制建设》,载《政法论丛》2020 年第 1 期,第 156 页。

⑦ 参见李建忠:《论我国外国法查明方法规定的重构》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2019 年第 1 期,第 133—143 页。

⑧ See *EFT Holdings, Inc v. Marinteknik Shipbuilders*, (S) Pte Ltd [2013] SGCA 64, [2014] 1 SLR 860, para. 57.

⑨ See Report of the Singapore International Commercial Court Committee, para. 4 (a), SICC official website, [https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/news-and-article/report-of-the-singapore-international-commercial-court-committee-\\_90a41701-a5fc-4a2e-82db-cc33db816603-1.pdf](https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/news-and-article/report-of-the-singapore-international-commercial-court-committee-_90a41701-a5fc-4a2e-82db-cc33db816603-1.pdf).

⑩ See Supreme Court of Judicature Act, Division 3, 18L; Rule 8, Order 16, SICC Rules.

⑪ See *Fidel v. Felecia and Faraz*, [2015] DIFC CA 002, para. 49.

⑫ See *Fidel v. Felecia and Faraz*, [2015] DIFC CA 002, para. 49.

#### 4. 上诉问题的特别安排

国际商事仲裁的另一大特征是“一裁终局”。“一裁终局”的本质目的是为了节省时间和诉讼费用，迎合商事活动的需求。尽管没有上诉机制，国际商事仲裁却未必比诉讼更快更高效。由于仲裁是“一次性”程序，当事人更会不遗余力地用各种方式拖延进程。当事人拥有上诉权是诉讼的默认设定，大多数国际商事法庭允许当事人上诉。<sup>①</sup>

但是，有一些国际商事法庭允许当事人放弃其上诉权或对上诉权进行限制。SICC 的当事人可以以书面形式同意放弃或限制其上诉权，即除了全盘排除上诉权外，各方还可以商定有限的上诉范围。<sup>②</sup> 在限制上诉权时，当事人可效仿国际商事仲裁司法审查来约定审查范围，如仅可对违反自然公正的情形，或对仲裁协议效力，又或对基于《国际仲裁法》第 24 条或《示范法》第 34 条的管辖权异议，进行司法审查。<sup>③</sup> 虽然欧洲国际商事法庭的规则对此没有明确规定，但在荷兰等大陆法系国家，当事人同样可以放弃或通过约定限制其上诉权。<sup>④</sup> 另有一些国际商事法庭直接未赋予当事人上诉权，这和国际商事仲裁“一裁终局”的做法类似。例如，作为最高人民法院的一个常设机构，CICC 采取一审终审制，当事人不具有上诉权。拟建中的德国国际商事审判庭也缺乏上诉审查机制。<sup>⑤</sup>

#### (二) 法官的中立性与可预测性

在大陆法系国家，当事人不被允许选择法官，否则将违反宪法性原则，如合法法官原则 (the principle of the lawful judge)。根据该原则，审理案件的法官必须根据抽象的规则和原则事先确定。<sup>⑥</sup> 因此，如按照国内法院的通常做法，选择国际商事法庭解决争议的当事人不能选择法官。如此一来，国际商事法庭可能缺乏外国当事人所期望的中立性，因为当事人难免会担心一国法院的法官会偏袒本国国民。<sup>⑦</sup>

一些国际商事法庭根据争议的性质或适用的外国法等标准，提高案件分配的可预测性，从而部分地打消了当事人无法选择法官的顾虑。一方面，大多数国际商事法庭在其官方网站上列出法官名单及其国籍等信息，并简要介绍了法官的专业背景和专长。<sup>⑧</sup> 虽然欧洲国际商事法院在网上共享的信息较少，但因其所任命的法官人数本身就不多，再加上公布的裁判案例、出版物或公开露面等信息，当事人很容易认识法官及其专业领域。法官信息的提供增加了透明度，提高了案件分配的

① See Supreme Court of Judicature Act, Division 9, 29C (2) in combination with Sixth Schedule, 1 (f); Art. 1.3.3. (a), NCC Rules; Art. 1.3, Protocol – Court of Appeal of Paris; Art. 119 (1), German Courts Constitution Act.

② See SICC Practice Directions, No. 139 (3).

③ See “SICC Committee Report 2013”, para. 35, <https://www.mlaw.gov.sg/files/Annex-A-SICC-Committee-Report.pdf>

④ See Art. 515, German Code of Civil Procedure. See also Matthijs Kuijpers, *The Netherlands Commercial Court* (Ars Aequi Libri, 2019), p. 69.

⑤ See Draft Art. 119 (4), German Constitutions Act, German Chambers Legislative Proposal 2021, Special Part.

⑥ See Art. 101 (2), Basic Law for the Federal Republic of Germany; Art. 17, the Constitution of the Kingdom of the Netherlands, 2008.

⑦ 参见覃华平：《“一带一路”倡议与中国国际商事法庭》，载《中国政法大学学报》2019 年第 1 期，第 43—57 页。

⑧ See “Judges”, DIFC official website, <https://www.difccourts.ae/about/court-structure/judges>; “The Court”, QICDRC official website, <https://www.qicdrc.gov.qa/courts/court>; “Justices”, SICC Court official website, <https://www.sicc.gov.sg/about-the-sicc/judges>.

可预测性。<sup>①</sup> 2020年新加坡国际争议解决学会（Singapore International Dispute Resolution Academy, 简称SIDRA）调查报告显示，59%的受访者表示，提供法官信息是当事人选择国际商事法庭所考虑的一个“绝对关键”或“重要”因素。<sup>②</sup> 在有国际法官的国际商事法庭，因为案件将由最了解具体法律的法官审理，案件适用哪一外国法可能决定法庭最终指派哪一法官审理案件。<sup>③</sup> 总之，尽管当事人无法选择国际商事法庭的法官，但在多数情况下，法官的指派也具有可预测性。

国际商事法庭属于国家法院，其中立程度始终无法与国际商事仲裁相比拟。但任命具有外国国籍的法官能增加国际商事法庭法官队伍的中立性，抵消外国当事人担心庭审由对本国国民有好感的本国法官组成而对己不利的顾虑。<sup>④</sup>

### （三）允许外国律师出庭代理

虽然在某些情况下，仲裁地法可能对外国律师在当地仲裁程序中的出庭代理权有所限制，但国际商事仲裁规则通常不在国籍或职业资格方面对参与仲裁程序的律师设限。在诉讼中，外国律师不能以律师身份出庭是普遍规则，但一些国际商事法庭允许外国律师出庭代理。卡塔尔国际法庭（Qatar International Court, 下文简称QIC）、SICC、QIC、DIFC法院、ADGM法院和AIFC法院均有此项规定。欧洲国际商事法庭允许外国律师与当地合格的律师一起出庭诉讼，<sup>⑤</sup> 但目前还不允许完全由外国律师出庭代理。这项制度的灵感也可能来自仲裁。以SICC的实践为例，允许外国律师代理的目的是促进外国当事人将其争议提交SICC解决。在新加坡修改法律以允许外国律师参加仲裁程序后，国际商事仲裁受案量激增。同样，授予外国律师在SICC的代理权将大大增加该法院的案件量。<sup>⑥</sup>

SICC案件或SICC上诉案件的当事人可以由依《法律职业法》（Legal Profession Act）注册的外国律师代理。<sup>⑦</sup> 该法规定的注册分两种：完全注册和有限注册。获得完全注册的律师可以在SICC及上诉法院的诉讼中出庭和辩护，以及提供咨询、准备文件和从事与诉讼有关的任何其他活动。<sup>⑧</sup> 不过，《SICC用户指南》（SICC User Guides）也明确指出，完全注册的律师可以代理的主要案件类别是“离岸案件”（off-shore cases）。<sup>⑨</sup> 获得有限注册的律师可以在SICC及

① 有观点认为，中国最高人民法院发布的涉“一带一路”建设典型案例和指导案例也被认为可以在某种程度上形成具有约束力的“先例”，起到实现类案同判与提高裁判结果可预见性的作用。对此，可参见赵海峰、郭旭阳：《积极发挥指导性案例在“一带一路”建设司法保障中的指引作用——以首批“一带一路”建设专题指导性案例为切入点》，载《人民司法》2019年第16期，第62—67页。

② See Exhibit 8.2.1, SIDRA International Dispute Resolution Survey 2020, <https://sidra.smu.edu.sg/sites/sidra.smu.edu.sg/files/survey/index.html>.

③ See Adeline Chong and Man Yip, “Singapore as a Centre for International Commercial Litigation: Party Autonomy to the Fore”, (2019) 15 *Journal of Private International Law* 97, pp. 115–117.

④ 参见陈斌彬、马琳琳：《论中国国际商事法庭引入国际法官的必要性与实现路径》，载《海峡法学》2020年第1期，第31—32页。

⑤ See Art. 3.1.2, NCC Rules. See also Council Directive 77/249/EEC of 22 March 1977 to Facilitate the Effective Exercise by Lawyers of Freedom to Provide Services; Directive 98/5/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998.

⑥ See Indraness Rajah, Speech by Senior Minister of State for Law, Ministry of Law Singapore official website, <https://www.mlaw.gov.sg/news/speeches/speech-by-senior-minister-of-state-for-law--indranee-rajah--at-t/>.

⑦ See Supreme Court of Judicature Act, Division 3, 18M.

⑧ See Legal Profession Act, Singapore. Part 4B, 36P. (1).

⑨ See SICC User Guides, Note 3, para. 3. “离岸案件”是指与新加坡没有实质联系的案件。See Rule 3, Order 3, SICC Rules. See also *Teras Offshore Pte Ltd v. Teras Cargo Transport (America) LLC*, [2016] 4 SLR 75, para. 8; *BNP Paribas SA v. Jacob Agam*, [2018] SGHC (1) 03; *Perry v. Esculier*, [2020] SGHC (1) 22.



上诉法院的诉讼中出庭，也可以提供咨询和准备文件，但目的只是为了就外国法问题提交意见。<sup>①</sup>

律师的建议对当事人选择争议解决机构起着很大的作用，赢得了律师的青睐就等于赢得了法律服务市场。<sup>②</sup> 外国律师在 SICC 诉讼代理权的规则具有双重影响：一方面，这些规则允许外国律师在涉外纠纷中出庭，从而激励他们选择 SICC；另一方面，这些规则通过排除外国律师对与本地有联系的纠纷的代理权来维持新加坡律师的案源。不过，即使是在允许外国律师独立代理的国际商事法庭，当事人也不太可能不聘请熟悉法院地程序法的当地律师而仅让外国律师出庭。此外，即使外国律师在获得完全或限制注册后没有出庭，SICC 也会对外国律师指导新加坡律师而产生的费用作出裁决。<sup>③</sup> 通过允许外国律师在 SICC 出庭，或者即使他们最终没有出庭也依法支持其追回费用，SICC 承认了律师在选择场所和引导纠纷方面作为真正决策者的重要作用。

#### （四）允许庭审保密进行

保密性被公认是仲裁固有的、几乎不言而喻的特征，<sup>④</sup> 而公开是诉讼的标志，是“正义的灵魂”。<sup>⑤</sup> 不过，如今在受案量“爆炸”和诉讼效率有待提高的巨大压力下，法院在诉讼实践中采用书面审理与鼓励和和解的实践也在增加，有观点认为：正如仲裁的保密性正在逐渐消失一样，事实上法庭的公开性也在下降。<sup>⑥</sup> 一些国际商事法庭诉讼更是允许当事人在特定条件下选择不公开开庭审。

SICC 允许当事人在特定条件下选择不公开开庭审。在 SICC 的实践中，存在 3 种保密令：不公开开庭案件的保密令；任何人不得透露或公布与案件有关的任何信息或文件的保密令；密封法院档案的保密令。<sup>⑦</sup> 而在判断是否批准这些保密令申请时，SICC 需要综合考虑该案件是否属于“离岸案件”以及双方是否同意。<sup>⑧</sup> “离岸案件”及其与法院地的薄弱联系削弱了裁判结果与法院地国公共利益发生冲突的可能性，因此可以允许这类案件的审理偏离司法公开原则。<sup>⑨</sup> 在 SICC 裁决的第一案中，当事人合意提出的保密申请得到了法庭的支持，其保密内容包括：对当事人的财务报告和技术图档案（technical drawings）予以密封，任何人不得披露或公开，对这些密封档案的质证也以秘密方式进行。<sup>⑩</sup> 近期德国《设立国际商事审判庭的立法草案》也对当事人不公开和

① See Legal Profession Act, Singapore. Part 4B, 36P. (2).

② 参见蔡伟：《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，第 181 页。

③ See *Sheila Kazaz v. Standard Chartered Bank*, [2020] SGHC (1) 19.

④ See Deborah R. Hensler and Damira Khatam, “Re-Inventing Arbitration: How Expanding the Scope of Arbitration is Reshaping its Form and Blurring the Line Between Private and Public Adjudication”, (2018) 18 *Nevada Law Journal* 381, pp. 388, 407; Hiro N. Aragaki, “The Metaphysics of Arbitration: A Reply to Hensler and Khatam”, (2018) 18 *Nevada Law Journal* 541, p. 558.

⑤ See Jeremy Bentham, *The Works of Jeremy Bentham*, Vol. 1 (William Tait, 1838 – 1843), p. 316.

⑥ See Judith Resnik, “Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights”, (2015) 124 *Yale Law Journal* 2804, p. 2894.

⑦ See Rule 9 (1), Order 16, SICC Rule.

⑧ See Rule 9 (2), Order 16, SICC Rules; SICC User Guides, Note 3, para. 8.

⑨ See Man Yip, “Singapore International Commercial Court: A New Model for Transnational Commercial Litigation”, (2014) 32 *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs* 155, pp. 155 – 177.

⑩ See *BCBC Singapore Pte Ltd v. PT Bayan Resources TBK*, [2016] SGHC (1) 01.

保密审理的偏好作出了回应，并扩大了当事人请求保密令的权利。<sup>①</sup> 该草案还指出，使流向仲裁的案件流回国家法院、促进本国法律发展的现实必要性凌驾于公开审判权之上。<sup>②</sup> 国际商事法庭正在逐渐为保密性诉讼程序打开大门。

### （五）判决可转化为仲裁裁决

国际商事仲裁目前最大的优势之一是裁决在多数情况下可得到别国的执行。<sup>③</sup> 迄今为止《承认与执行外国仲裁裁决公约》（the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 亦称 the New York Convention, 下文简称《纽约公约》）已经有 172 个缔约国。<sup>④</sup> 可以说，国际商事仲裁裁决能得到全世界大多数国家的承认和执行。

而法院判决缺乏具有普遍效力的国际条约支持，无法获得广泛的承认与执行。2005 年《选择法院协议公约》（the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements）和 2019 年《承认与执行外国国民商事判决公约》（Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, 下文简称《海牙判决公约》）虽具有很好的潜力，但目前它们的成效远远落后于《纽约公约》。在保证判决具有广泛可执行性的多边条约缺乏的情况下，一些区域性条约或法律为承认和执行外国法院的判决提供了便利。在欧洲，《布鲁塞尔条例 I（修订版）》（Brussels Ibis Regulation）或《卢加诺公约》（Lugano Convention）减少了拒绝承认和执行的理由，并简化了程序。相较之下，亚洲法院判决获得他国执行的可能性较低，难度较大，因为当前缺乏关于判决承认与执行的多边条约，且此类双边条约数量很少。<sup>⑤</sup>

在没有条约保证判决获得他国承认与执行的情况下，一些国际商事法庭为改善其判决承认和执行的前景而进行了一系列努力，DIFC 法院即是如此。此前，阿拉伯联合酋长国（下文简称阿联酋）已经与一些外国司法机构签订了条约，规定相互承认和执行法院判决的若干事项。DIFC 法院的判决同迪拜常规法院的判决一样，可以在阿联酋之外执行。<sup>⑥</sup> 为了进一步提高 DIFC 法院判决的可执行性，2015 年 DIFC 法院尝试将其判决“转换”为仲裁裁决：各方可以同意，因不支付 DIFC 法院作出的任何金钱判决而引起的或与之有关的任何争议，可由判决的债权人选择，依据迪拜国际金融中心—伦敦国际仲裁院（下文简称 DIFC-LCIA）仲裁中心的仲裁规则提交仲裁。<sup>⑦</sup> 将法院判决转换为仲裁裁决的方式，使得 DIFC 法院从《纽约公约》中获益。这种仲裁协议为债权人提供了执行判决的另一种可能性，但也没有因此排除他们寻求传统的判决承认与执行的权利，判决的债务人不得在国家法院援引该仲裁协议反对执行。<sup>⑧</sup>

通过仲裁将法院判决转换为仲裁裁决进行强制执行，被认为是债权人寻求执行判决所确定的

① See Art. 2—Amending the Code of Civil Procedure, Draft Article 510 (5) and (6), German Chambers Legislative Proposal 2021.

② See German Chambers Legislative Proposal 2021, Explanatory Statement, p. 31.

③ See 2018 International Arbitration Survey, Chart 3; Exhibit 6. 1. 1, SIDRA International Dispute Resolution Survey 2020.

④ See the New York Convention, New York Arbitration Convention official website, <https://www.newyorkconvention.org/in+brief>.

⑤ See Adeline Chong, “Moving Towards Harmonization in the Recognition and Enforcement of Foreign Judgement Rules in Asia”, (2020) 16 *Journal of Private International Law* 31, p. 55.

⑥ See the Gulf Cooperation Council Convention (1996); the Riyadh Convention (1983); and bilateral treaties with Tunisia (1975), France (1992), India (2000), Egypt (2000), China (2004) and Kazakhstan (2009).

⑦ See Amended DIFC Courts Practice Direction No. 2 of 2015—Referral of Judgment Payment Disputes to Arbitration.

⑧ See DIFC Courts, Enforcement Guide 2018, 14.

权利的最后手段。<sup>①</sup> 虽然有人质疑不履行法院作出的金钱判决是否构成《纽约公约》项下的纠纷,<sup>②</sup> 但现有的将调解方案转化为仲裁裁决<sup>③</sup>或法院判决的情况表明,并不是每个提交给仲裁庭或法院的纠纷都涉及真正的案情争议,因此这种质疑并无依据。<sup>④</sup>

## (六) 小结

从前文来看,国际商事法庭仲裁化的主要表现就是允许当事人行使程序自治权。国际商事法庭诉讼仲裁化是外因和内因共同作用的结果。外因是商主体对商事争议解决机制的革新有现实需求;而国际商事法庭诉讼提供的是国际法治公共产品,为与国际商事仲裁争夺法律服务市场,必须采取必要革新措施;国家政策也在有力推动国际商事法庭建设。这些因素促成了国际商事法庭这种新型解纷方式的产生以及程序机制的革新。内因是商事诉讼本身就具有程序自治的内涵。商事诉讼在本质上是商人处理自己事务的程序。基于历史原因形成的商人自治促使自治从商事实体法向商事诉讼法领域扩张。<sup>⑤</sup> 商事诉讼和商事仲裁虽然是两种不同的解纷方式,但受理相同类型的纠纷,具有共同的价值目标,因而二者在基本原则和程序规则上具有较高的契合度。总之,国际商事法庭制度是程序自治理念在当代国际社会复兴的信号和制度性回应。

## 三 国际商事法庭诉讼仲裁化的限度

国际商事法庭诉讼允许当事人运用程序自治,促进程序的灵活性,这可使其契合商事活动的特征,满足商事争议解决的需求。但是,国际商事法庭诉讼的一些仲裁化特征可能会破坏程序正义和法院作为公共机构的职能,甚至可能违反执行国的公共政策而使国际商事法庭的判决得不到外国的承认与执行。因此,国际商事法庭诉讼仲裁化有一定的限度,维护司法公正和公共利益,促进判决得到外国的承认与执行等价值目标对诉讼仲裁化施加了限制。下文将择要选取若干个程序事项予以说明。

### (一) 限制第三方的并入

前文已经揭示,国际商事法庭诉讼仲裁化实际上就是诉讼双方当事人行使程序性意思自治的结果。换言之,诉讼的启动以及诉讼的许多程序细节都是基于原有诉讼双方当事人的意思自治。如果未经第三人同意将其并入国际商事法庭的诉讼中,第三人就须受之前诉讼双方当事人意思自治的约束,这样做严重忽略了第三人的意愿和主体地位。故而,国际商事法庭在推进诉讼仲裁化之时,也

① See Amended DIFC Courts Practice Direction No. 2 of 2015.

② See David Isidore Tan, “Enforcing National Court Judgments as Arbitration Awards under the New York Convention”, (2018) 34 *Arbitration International* 415, p. 428.

③ See the Mediation Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Art. 14. See also Christopher Newmark and Richard Hill, “Can a Mediated Settlement Become an Enforceable Arbitration Award?”, (2000) 16 *Arbitration International* 81.

④ 此外,还有一种观点认为,正如法院为仲裁裁决的承认和执行提供了便利一样,仲裁也可对判决的承认与执行予以“反馈”。See Michael Hwang, “Commercial Courts and International Arbitration-Competitors or Partners?”, (2015) 31 *Arbitration International* 193, pp. 193 – 212.

⑤ 参见徐浩:《中世纪西欧商人法及商事法庭新探》,载《史学月刊》2018年第10期,第62页。

应慎重对待第三方的并入问题。下文将详细说明为何国际商事法庭诉讼中须限制将第三方并入。

首先，违背第三方意愿将其并入程序，可能侵犯其程序性权利。国际商事法庭诉讼通常基于原诉讼双方当事人的合意，而且国际商事法庭的程序规则（如语言规则、证据规则、费用规则）与常规法庭的程序规则有很大不同，未经同意并入第三方不仅违背了其意愿，而且可能使其遭受过分的程序负担，甚至导致其基本程序权利无从得到保障。故，除中东和哈萨克斯坦的国际商事法庭外，多数国际商事法庭行使管辖权都以存在法院选择协议为基础，这种做法一定程度上可防止在违背第三方意愿的情况下将其纳入国际商事法庭的诉讼中。而一些国家虽未排除将非自愿的第三方并入国际商事法庭诉讼的可能性，但制定了一系列详细的条款来规范未经同意的第三方的合并。《NCC 规则》规定，如果第三方在非自愿合并的情况下被迫加入诉讼，第三方必须明确同意以英语进行诉讼并支付 NCC 费用。<sup>①</sup> 否则，依《NCC 规则》，要么以荷兰语并按正常的诉讼费用进行单独的的程序，要么在最初的当事人同意的情况下，继续以荷兰语进行 NCC 程序。德国《设立国际商事审判庭的立法草案》也对第三方反对在该法庭诉讼的问题作出了详细规定，<sup>②</sup> 意在限制这种情形的发生。这么做的理由是，在诉讼中追加的第三方不具备或不愿意使用英语参加诉讼，若第三方因语言障碍不能充分享有陈述权、辩论权和知情权等合法权利，将有损程序正义和司法公正。<sup>③</sup>

其次，违背第三方意愿将其并入，可能会使针对第三方作出的判决得不到外国的承认和执行。SICC 允许违背第三方的意愿将其加入诉讼程序，<sup>④</sup> 这可能会使 SICC 针对第三方作出的判决得不到外国的承认和执行。一方面，径行追加第三方时法院的管辖权就不是基于当事方的同意，便不属于《选择法院协议公约》的适用范围，<sup>⑤</sup> 而在该公约之外，欠缺有效的广泛保证判决得到外国承认与执行的机制。特别是，第三人可能与国际商事法庭所在国无任何联系，在判决承认与执行阶段，该判决也无法满足大多数国家的间接管辖权审查标准。另一方面，违背第三方意愿的并入侵犯第三人的程序性权利，如前述提及的陈述权与辩论权等基本程序权利。判决也有可能因违反承认和执行国的公共政策而得不到执行。此外，在选择通过国际商事法庭诉讼解决纠纷时，当事人通常也会尽可能选择中立的法院地，第三人的住所地也往往不在国际商事法庭所在地。国际商事法庭对住所在本国之外第三人行使管辖权，势必还需要借助司法协助完成送达等程序，诉讼程序也有可能因不配合的第三人的介入而变得复杂。

概言之，国际商事法庭并入第三方的做法带来的后果不佳。故，基于前述理由，国际商事法庭在诉讼中并入第三方应尽可能地得到各方当事人的同意。

## （二）保障法官的公正性与中立性

为实现“国际性”，一些国际商事法庭任命了具有外国国籍的法官。QIC、SICC、DIFC 法院、ADGM 法院和 AIFC 法院等国际商事法庭都任命了来自不同法系的国际法官。除拥有国际声

① Art. 2.2.2, NCC Rules.

② See Art. 1 – Amending the Courts Constitution Act, Draft Art. 184 (3) and Art. 2 – Amending the Code of Civil Procedure, Draft Art. 73 (2), German Chambers Legislative Proposal 2021.

③ 参见毛晓飞：《独特的德国国际商事法庭模式——解析〈联邦德国引入国际商事法庭立法草案〉》，载《国际法研究》2018年第6期，第107页。

④ See Rules 5 – 7, Order 10, SICC Rules.

⑤ See Drossos Stamboulakis and Blake Crook, “Joinder of Non-Consenting Parties: The Singapore International Commercial Court Approach Meets Transnational Recognition and Enforcement”, (2019) 12 (1) *Erasmus Law Review* 98, p. 98.

誉外，这些法官还带来了外国法的专业知识。然而他们的任命程序、薪酬制度以及同时担任律师或仲裁员的实践，会使他们的中立性和公正性受到质疑并引发利益冲突。这些法官的任命与仲裁员类似，没有任期，按审理案件的小时数计算薪酬。<sup>①</sup> 国际法官的任命程序以及他们独立的薪酬制度表明，这些法官同样依赖政府。受当地政府任命并接受案件分配涉及直接的金钱利益，这也使他们容易受到行政压力的影响。<sup>②</sup> 亚洲和中东的国际商事法庭政治性很强，具有吸引外国投资等政策目标的重要意义，其面临的法官公正性与中立性问题可能更严峻。

此前，国际法官的任命条件以及与此相关的中立性和公正性问题就已经在司法实践之中引起争议，英国审理的一个案件<sup>③</sup>即关于此。在该案中，当事人对开曼群岛上诉法院判决不服，继而上诉至英国枢密院。案件的核心争议点就是原审法官彼得·克雷斯韦尔爵士（Sir Peter Creswell）的中立性与公正性问题。彼得·克雷斯韦尔爵士是英格兰和威尔士高等法院的前法官，在2009年退休后成为开曼群岛大法院金融庭的一名增补法官。2011年，他还成为QIC民事和商事法庭的法官。在开曼群岛大法院，他被指派对BTU电力公司进行清算。持有公司实际经济利益的BTU优先股股东主要是卡塔尔人，包括卡塔尔财政部长。上诉人对克雷斯韦尔法官的中立性提出质疑。上诉人声称，克雷斯韦尔在卡塔尔也具有法官身份，且负责QIC民事和商事法庭司法任命的财政部长是该公司的主要股东，<sup>④</sup> 克雷斯韦尔存在明显的偏见。法庭认为，克雷斯韦尔法官的判断确实有可能受到他的兼职影响，即使是潜意识的。此外，与开曼群岛和英国等普通法法院相比，卡塔尔法律中关于民事和商事法院法官的任命和更新程序的规定更加不透明，对法官的保护也更少，这更令人有理由怀疑克雷斯韦尔法官的中立性和公正性。该案表明，一些法域有关国际法官的任命和续聘程序是模糊的，因此容易引起对法官公正性和中立性的关注。此外，一些国际法官同时是被仲裁机构列入名册的仲裁员，或作为律师仍在执业。国际法官身兼仲裁员或律师职务可能会引发利益冲突。<sup>⑤</sup>

所以，引入国际法官并非全然有益。如果针对国际法官的任命、薪酬等规则制定得不够合理，其中立性和公正性往往会受到质疑。特别是如果国际法官的任命与仲裁员的任命实质条件无异时，很容易引发利益冲突的审查以及诉讼公正性存疑等问题。

### （三）避免采取保密程序

在商事诉讼的历史中并非没有保密审理的先例，但是很快此种实践就引起人们的反思。全球第一个有记录的、涉及保密法庭程序的试验是“特拉华州仲裁方案”（Delaware Arbitration Programme）。<sup>⑥</sup> 2009年，特拉华州一项新的州法规定，在纠纷当事人提出申请的前提下，特拉华

① See Pamela K. Bookman and Alyssa S. King, “Travelling Judges”, (2022) 116 (3) *American Journal of International Law* 477, pp. 477 – 533.

② 参见陈燕红、罗传钰、陈来瑶：《“一带一路”国际商事争端解决机制的队伍建设与机构完善——基于域外经验》，载《广西大学学报（哲学社会科学版）》2020年第3期，第93页。

③ See *Almazeedi v. Penner*, [2018] UKPC 3.

④ See Art. 4 Schedule No. 6, The Civil and Commercial Court, QFC Law No. (7) of 2005.

⑤ See “How International Arbitration and International Commercial Courts Play Unique, Important and Complementary Roles in International Dispute Resolution?”, SIAC official website, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/09/11/siac-congress-recap-siac-virtual-congress-2021-plenary-session-on-interplay-between-international-arbitration-and-international-commercial-courts/?output=pdf>.

⑥ See DEL. CODE ANN. tit. 10, § 349 (West 2013).

州法院享有参照仲裁程序审理商事纠纷的权力。“特拉华州仲裁方案”最显著的特点是其保密性——除非提出上诉，否则诉讼程序将如仲裁程序一样默认为保密审理，不公开记录。<sup>①</sup> 在该方案颁布近两年后，一个旨在促进政府公开的非营利组织——特拉华州开放政府联盟（Delaware Coalition for Open Government），将特拉华州法院和特拉华州政府告上法庭。它声称“特拉华州仲裁方案”剥夺了公众参与审判的机会，违反了宪法，特别是宪法第一修正案。<sup>②</sup> 美国联邦第三巡回上诉法庭驳回了特拉华州仲裁方案，理由是它侵犯了公众参与司法的权利。上诉法院认为：允许公众检阅并参与诉讼将使股东和公众更好地了解特拉华州如何解决重大商业纠纷；公开诉讼程序将减轻公众对这种只有商事纠纷的诉讼当事人才能使用的专门程序的担忧；公开审理将使诉讼当事人、律师和法院的法官都受到同行和媒体的监督；公开信息将阻止伪证，并确保公司不能向竞争对手和公众歪曲其行为。<sup>③</sup> 在国际商事法庭是否也应推广保密审理程序这一问题，美国联邦第三巡回上诉法庭的前述观点具有重要的启发意义。

当前 SICC 关于保密庭审的实践已经引起不少争议。SICC 的各种规则允许当事人通过协议的方式塑造诉讼程序，包括诉讼程序是否保密这一事项，这种做法和仲裁非常类似。但是有不少学者对秘密庭审的合法性问题展开讨论。有观点认为，通过当事人的协议排除公开审理的做法超出了所能容忍的仲裁化的极限，因为它损害 SICC 作为法院的公共职能和基于庭审公开所带来的公共利益。<sup>④</sup> 法庭的权力和合法性来自国家，保密的法庭程序使人质疑 SICC 作为国家法院的地位。这种做法将司法视为“全球司法市场”上交易的产品，而非公共政策的守护者，有损司法的功能定位和价值追求。不过有观点认为，“离岸案件”与新加坡联系薄弱，此类案件的不公开审理可能也未必会与新加坡公共政策发生冲突。但本文认为，除本国公共政策外，跨国公共政策也要求法院诉讼程序必须公开。<sup>⑤</sup> 此外，即便 SICC 的保密程序能够摆脱跨国公共政策的约束，它们仍然会被承认和执行国的国家公共政策制约。因此，如无特别理由，诉讼程序应予公开是公共政策的要求，能否公开庭审这一问题应被排除在当事人的协议之外。

事实上，公开审理并不必然导致当事人放弃选择诉讼。众所周知，伦敦商事法庭审理的商事案件通常会引起投资者的高度关注，法庭内聚集了众多财经记者进行现场报道，庭审及其裁判会对股价产生即时的影响。但伦敦商事法庭并不提供保密服务，而其取得成功的事实表明，庭审公开的做法并没有阻却当事人选择将其作为争议解决场所。国际商事法庭正处于需要积累公开判例

① See The Delaware Code, Title 10, § 347 (b). See also Thomas J. Stipanowich, “In Quest of the Arbitration Trifecta, or Closed Door Litigation: The Delaware Arbitration Programme”, (2013) 6 (2) *The Journal of Business, Entrepreneurship and the Law* 349, pp. 368 – 369.

② See *Delaware Coalition for Open Government, Inc v. The Honorable Leo E. Strine, Jr* No CIV. A. 1: 11 – 1015, 2012 WL 3744718, paras. 19 – 20.

③ See *Delaware Coalition for Open Government, Inc v. The Honorable Leo E Strine*, United States Court of Appeals for the Third Circuit, No. 12 – 3859. See also Jores Kharatian, “Secret Arbitration or Civil Litigation?: An Analysis of the Delaware Arbitration Program”, (2013) 6 (2) *Journal of Business, Entrepreneurship and the Law* 411, p. 415.

④ See Henry S. Noyes, “If You (Re) Build It, They Will Come: Contracts to Remake the Rules of Litigation in Arbitration’s Image”, (2007) 30 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 579, p. 633.

⑤ See Pierre Mayer and Audley Sheppard, “Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, (2003) 19 *Arbitration International* 249, pp. 249 – 263. 跨国公共政策具有世界统一性和超国家性，旨在维护国际社会的共同利益，主要包括自然法的基本准则、全球性正义原则、强行法和文明国家接受的道德准则，在一些商事案例中也确有适用。参见顾维退、唐艺：《中国的“一带一路”发展和亚洲的国际商事仲裁融合》，载《国际法研究》2020 年第 1 期，第 125 页。

来发展其自身的规范体系和增强影响力的阶段。在仲裁都意识到保密性须为仲裁员监督和公共利益维护让步时,<sup>①</sup> 国际商事法庭如果仍允许当事人在庭审保密与否上享有自治权, 不仅无法提供与仲裁具有差异的法律服务, 还破坏自身的公共职能, 实属得不偿失。

## 四 对中国国际商事法庭建设的启示

2018年6月29日, 根据《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》成立的最高人民法院第一国际商事法庭与第二国际商事法庭正式挂牌办公。CICC已经受理了一些国际商事纠纷案件。近两年, 中国又分别在苏州、北京、成都、无锡和南京设立了地方级别的国际商事法庭。就CICC而言, 其创新主要体现在一审终审制、国际商事专家委员会制以及“三位一体”的“一站式”纠纷解决机制等几个方面。<sup>②</sup> 不过, 既有研究普遍认为, 目前CICC革新有限, 应继续从多方面继续推进制度创新,<sup>③</sup> 特别是对标较为成熟的SICC。<sup>④</sup> 事实上, CICC无需亦步亦趋地效仿域外国际商事法庭制度。中国在对待国际商事法庭程序仲裁化这一事项上完全可以基于自己的判断作出自己的安排。

### (一) 可继续推进的仲裁化措施

CICC涉及的核心问题不限于管辖权、法官与商事专家委员会、机构设置和审级、判决的承认和执行4个方面, 还包括证据规则、法律选择、审判语言、外国法查明和法庭费用等。国际商事法庭具有较大潜能, 未来中国的国际商事法庭需要顺应时势, 在CICC已经采取的一些仲裁化措施基础上, 进一步推进一些合理且应继续完善的仲裁化措施, 在竞争中发展和完善程序规则。

可继续推进的仲裁化措施有如下几方面。第一, 在管辖方面, 因国际商事纠纷可以以不同方式来界定, CICC受理纠纷的“国际性”和“商事性”的内涵和外延需予以明确, 特别是重视当事人协议确定纠纷性质的可能性。此外, 考虑到判决承认与执行的问题, 关于CICC的移送管辖和提级管辖决定有必要征得当事人同意。第二, 在诉讼语言方面, 允许当事人协议选择诉讼程序使用的语言, 将英语列为可供当事人协议选择的语言之一。第三, 在证据方面, 允许当事人选择适用不同于法院地法的证据规则, 经当事人申请与法官裁量, 适当免去域外法律查明资料的提供义务。第四, 在外国律师出庭资格方面, 可以有限度地允许外国律师以外国法律顾问的方式, 针对外国法律问题参与诉讼。或是在法庭确认了准据法为外国法后, 让执业信誉良好、具有一定执业经验和该国(或相近法域)执业资格的律师作为代理人参与诉讼。

特别需要提及的是, 在现有的典型仲裁化措施中, CICC未采用“国际法官”制度而是采用

① 参见张玉卿:《国际商事仲裁保密义务的探索与思考》,载《国际法研究》2016年第4期,第80—96页。

② 参见张力:《中国国际商事法庭的创新实践与现实意义》,载《人民论坛》2020年第3期,第110—111页。

③ 参见黄进、刘静坤、刘天舒:《中国国际商事法庭制度改革探析》,载《武大国际法评论》2020年第6期,第1—14页;刘俊敏、童铮恺:《“一带一路”背景下我国国际商事法庭的建设与完善》,载《河北法学》2019年第8期,第48—58页。

④ 参见范冰冰:《论我国国际商事法庭协议管辖规则——以比较法为视角》,载《中国国际私法与比较法年刊》2019年第2期,第288—305页;漆彤、芮心玥:《论“一带一路”民商事争议解决的机制创新》,载《国际法研究》2017年第5期,第35—43页。

专家委员会制度，这是切合实际的。有观点认为，中国也应挑选来自不同法系、享有国际声誉的外国国籍法官担任常任法官，以实现审判组织的专业化和国际化。<sup>①</sup>“国际法官”制度这一突破在国际商事案件审判中的效果受到国际社会的关注。建设专业化和精英化的司法队伍是现代国际商事法庭发展的大方向。这种做法对现阶段中国国际商事法庭而言不免过于“激进”，不仅与中国现行法律制度存在较多冲突，更难以突破“国际法官”所面临的公正性与中立性的困境。在现阶段，除培养具备国际视野与突出专业素养的本国优秀法官外，可以尝试吸收具有香港、澳门或台湾居民身份的法官和专家担任聘任制法官或陪审员，选任外国国籍的专家委员作为陪审员。这是满足国际化需求较为妥当的方案。首先，《中华人民共和国人民陪审员法》要求人民陪审员须为中国国籍公民，但相较于《中华人民共和国法官法》中对法官的严格要求，人民陪审员的国籍要求较容易突破。其次，根据《中华人民共和国民事诉讼法》，适用于一审案件的陪审员在合议庭中与组成法官具有同等的权利和义务，选任具有香港、澳门或台湾居民身份的法官和专家担任陪审员也能加强庭审能力。最后，最高人民法院在《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》中就提出，管辖自贸试验区内一审民商事案件的人民法院，在审理涉自贸试验区案件时，当事人一方或双方为港澳台民事主体，可以探索选任港澳台居民作为人民陪审员参加合议庭。这一规定在深圳前海法院审理涉港案件中已经得到落实。<sup>②</sup>该方案利用现有法律框架使国际化程度较高的专家实质性参与案件审理，有助于建设专业化与精英化的中国国际商事法庭法官队伍。这才是立足于本国现实国情提升中国国际商事法庭的国际竞争力与影响力的策略。

此外，在今后专家委员会制度完善中，需要关注专家身份的多重性可能引发的利益冲突问题。为了能够实现在一定程度上弥补国际法官制度之不足，CICC专家委员不局限于“一带一路”沿线国家，CICC还选任了来自其他不同国家和地区的专家委员。从目前公布的专家名录来看，大多数专家委员为精通国际法、具有丰富争议解决经验和较高国际声誉的仲裁员或律师。CICC仅要求专家委员在主持调解时签署无利益冲突的书面声明，而未提及专家委员在外国法查明等履职情形下的利益冲突问题。《DIFC法院规则》（DIFC Courts Rules）要求与诉讼标的存在或可能存在利益冲突的法庭顾问向法官和诉讼当事人披露引起冲突的事项，主要是与其合理履行职责相冲突的金钱或其他形式的利益。CICC的专家委员在就国际条约、国际商事惯例、域外法的理解与适用方面提出意见时，也应确保其中立性和公正性不受影响。如若存在潜在的利益冲突，须立即向专家委员会办公室与国际商事法庭披露。

## （二）应予以限制的仲裁化措施

维护程序正义、司法公正、法院的公共职能和基于庭审公开所带来的公共利益，这也是限制CICC诉讼仲裁化的基本遵循。CICC在诉讼仲裁化的过程中同样应注意前述提及的限制第三方的并入，保障法官的公正性，不宜采取保密程序等建议。除此之外，还需要在以下一些问题上注意对国际商事法庭诉讼仲裁化予以限制。

① 参见殷敏：《“一带一路”实践下中国国际商事法庭面临的挑战及应对》，载《国际商务研究》2022年第4期，第57页；王淑敏、李忠操：《海南自由贸易港拟建国际商事法庭应重点聚焦国际化改革》，载《政法论丛》2019年第3期，第142页。

② 《港澳人士这样参与内地法院办案，深圳前海法院改革陪审员工作机制》，法制网，[http://www.legaldaily.com.cn/legal\\_case/content/2022-05/21/content\\_8721164.html](http://www.legaldaily.com.cn/legal_case/content/2022-05/21/content_8721164.html)。



第一，为追求效率剥夺当事人上诉权的做法应予转变。建议 CICC 采用两审终审制，除非当事人明确约定放弃上诉权。现今，CICC 采取的是一审终审制，不赋予当事人上诉权。而绝大多数域外国际商事法庭仍然保留上诉制度。即便是与 CICC 审级一样、同内嵌于本国最高法院的 SICC 也保留了上诉程序。提出此建议的理由有如下几个方面。首先，两审终审能将国际商事法庭的诉讼程序与仲裁的“一裁终局”显著区分开来，有助于保留国际商事法庭诉讼作为诉讼程序的自身特色，为寻求国际商事纠纷解决的当事人提供差异化的法律服务产品。其次，为了提高效率而在诉讼中剥夺当事人的上诉权，显得舍本逐末。审理效率可通过缩短案件审理期限、提高外国法查明效率等措施实现。最后，为当事人提供救济渠道，保障当事人权益，树立公平公正的司法形象不容忽视。依托“一带一路”倡议，中国的国际商事法庭需保障司法的公正性，为各参与国的平等商主体营造稳定、透明、可预期的法治化营商环境，为“一带一路”建设供给公正高效的司法服务和保障。

第二，在“增加对离岸案件的管辖”这一改进建议上应持谨慎态度。受理与本国无实际联系案件能使一国司法机构服务全球市场，实现真正的“国际化”。第三国法院固然能审理无实际联系案件且彰显其中立性，但这么做存在判决无法被执行的可能性。<sup>①</sup>判决的可执行性是影响当事人选择国际商事法庭与否的关键因素，而是否受理“离岸案件”应该根本取决于本国国际商事法庭在判决的域外承认与执行方面所作的努力。尽管 2023 年修正的《民事诉讼法》第 277 条对涉外协议管辖规则进行了突破，对约定人民法院管辖取消了“实际联系”要求，体现了尊重当事人意思自治。不过，针对尚处于起步阶段的 CICC 而言，因程序规则、诉讼语言、判决承认与执行的便利程度方面不具备优势，司法公信力也相对不及其他一些国际商事法庭，当事人选择 CICC 的可能性不会太高。“受理离岸案件”的前提是，法院地国具备充足的促进相互承认与执行的司法协助条约、备忘录、互惠共识或类似安排，法院的协议管辖制度已经充分完善，法官具有正确理解和适用外国法的能力。中国现在还不具备这些现实条件。在短期内，中国增加 CICC 国际影响力的关注重点不应放在“增加对离岸案件的管辖”上，而应聚焦于能力和配套制度的建设。

其实，未来中国各国际商事法庭的建设和创新更需重视程序正义和法院作为公共机构的职能，遵守并维护跨国公共政策。在建设中国的国际商事法庭时，一方面，我们需要重视程序正义对诉讼仲裁化施加的限制，关注哪些具体的制度和程序特征不可以从仲裁中借鉴。在证据规则、保密性程序、判决转化为仲裁裁决的承认与执行等方面，中国的国际商事法庭不必与域外做法亦步亦趋。另一方面，我们无需复刻 SICC 或 DIFC 法院的做法，因为建设性质一样或类似的国际商事法庭并不能使中国在国际竞争中胜出。中国要不惮于倡导和建立新型国际商事法庭——既不谋求将自身法律制度和文化强加于人，也不谋求在新的机制中占据主导权，<sup>②</sup>“形成自己的规则”并逐步获得普遍信任，这才是中国的国际商事法庭未来的努力方向。

## 五 结语

截至目前，全球国际商事法庭的受案量有限，说明其在当事人中尚未获得显著吸引力，对仲

① 参见张玲：《我国承认与执行外国判决的司法问题与立法完善》，载《山东社会科学》2020 年第 8 期，第 136 页。

② 参见袁发强：《“一带一路”背景下国际商事争议解决机制之建构》，载《求是学刊》2018 年第 5 期，第 82—90 页。

裁尚不构成巨大挑战。当事人选择哪种争议解决方式，很大程度上取决于国家司法系统的声誉和既定的市场惯例。不同国家设立的国际商事法庭都在致力于程序革新并培养良好的声誉。当前，不少国家在推动国际商事法庭诉讼仲裁化，核心措施是赋予当事人程序自治权。对当事人程序自治权的日益强调，使当事人可以对程序进行调整，增加了国际商事法庭诉讼程序的灵活性。但其中一些特点会损害程序正义和法院作为公共机构的作用，故国际商事法庭诉讼仲裁化应有限度。保障第三方获得公平审判的权利，确保司法的独立性和公正性，维护法院诉讼程序的公共性，对于维护跨国程序正义和公共政策而言是不可或缺，国际商事法庭诉讼仲裁化应恪守这些基本底线。

## The Arbitralization of Litigation in International Commercial Courts and Its Limits

*Liu Qinyu*

**Abstract:** Generally speaking, the international commercial courts (ICCs) have been established in continental Europe primarily to redirect disputes from arbitration to litigation, while in Asia they have been established primarily to compensate for the shortcomings of arbitration and to form a dispute resolution mechanism complementary to arbitration. Despite the differences in purpose and role, the procedural systems of ICCs around the world are increasingly showing a trend towards arbitralization. The essence of arbitralization is to enhance the parties' procedural autonomy in ICCs. Commercial litigation and arbitration handle the same type of disputes and share the same substantive law value objectives, based on which they have a high degree of compatibility in terms of basic principles and procedural rules, and possess a juridical basis for mutual reference and development. Although the inclusion of some of the most valuable features of arbitration can improve the rigidity and inflexibility of traditional litigation procedures under the dominance of judicial authoritarianism, the trend of arbitralization of ICCs proceedings has its limits. Excessive arbitration features can undermine procedural justice and the functioning of courts as public institutions, and can easily lead to judgments not being recognized and enforced in other countries. While ICCs are more focused on procedural autonomy than traditional litigation, they are still subject to the limits of justice and the public interest, which is also a prerequisite for the recognition and enforcement of their decisions. Specifically, guaranteeing the right of third parties to a fair trial, ensuring the independence and impartiality of the judiciary, and safeguarding the public nature of court proceedings are indispensable to the realization of procedural justice and the maintenance of public order, and should not be affected by the trend towards arbitralization.

**Keywords:** International Commercial Courts, Arbitralization of Litigation, Judicial Authority, Procedural Autonomy, Procedural Justice, Public Order

(责任编辑: 林 强)