

■ 当代社会科学研究选辑

法

FAXUEWENTITANJIU

学问题探究

主编 / 潘海涛



吉林大学出版社

法学问题探究

FAXUEWENTITANJIU

主 编	潘海涛		
副主编	王义红	付春杰	乔顺利
编 委	王义红	潘海涛	付春杰
	乔顺利	杨 健	李冬冬
	丁超学	张红云	

吉林大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法学问题探究/潘海涛主编. —长春:

吉林大学出版社, 2007. 1

(当代社会科学研究选辑)

ISBN 7-5601-3540-4

I. 法… II. 潘… III. 法学—研究

IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 003465 号

法学问题探究

主 编 潘海涛

责任编辑、责任校对 丛立新*

封面设计 张 纳

吉林大学出版社出版
(长春市明德路 421 号)

吉林大学出版社发行
长春市太平彩印有限公司印刷

开 本 787×1092 毫米 1/16

2006 年 12 月第 1 版

印 张 29.625

2006 年 12 月第 1 次印刷

字 数 847 千字

印数 1-500 册

ISBN 7-5601-3540-4

定价: 48.00 元

序 言

法治是舶来品,西方人发明的。中国人中学习法律者常常感到茫然,因为源于西方的法治精神和我们性格里沉积已久的文化传统有太多矛盾之处,这最鲜明的体现在法律思维方式的独特性上。我们要费太多的力气才能去慢慢习惯于一种崭新的思维方式,而当我们真的被这种新的思维方式所俘获,我们又要面临新的困惑,因为我们与周围的世界是如此的格格不入。我们认为人与人之间应该平等相待,但尊卑观念仍然没有从这个社会完全祛除,从“身份”到“契约”的运动在当下的中国仍然走在路上;我们希望可以享受最大限度的自由,但自由却经常受到种种限制,这种限制的意义何在?是否正当?我们认为形式正义高于实质正义,但面对扑面而来的民众对“杀人偿命、欠债还钱”的质朴要求,我们要对自己的理念怀有何等的敬意才能做到无动于衷呢?我们常常会对自己苦心修炼得来的法治理想和与这种理想相适应的法律思维方式感到怀疑,有时甚至怀疑这种理想和思维方式本身是否会给我们中国人带来幸福的生活前景,或者怀疑这种理想和思维方式是否有一个适合其生长的土壤。这种怀疑给一个中国的法律学习者带来了太多的苦恼。

在困惑面前,个人和国家都需要阅读,因为只要承认各国人类的共质性,那么我们就应该承认我们困惑的问题,其他人或国家同样的困惑,并且曾经做出过系统的思考并写成书籍流传于世。在困惑和茫然面前,只有深入到典籍中去,才能在最短时间内得到一个解决问题的方案而不是在彷徨和困惑中浪费了宝贵的时间。阅读是一件简单的事情,然而真的实行起来却不是那么容易。首先也是最重要的,要有阅读的心态,阅读的心态就是一种甘作学生的心态,这需要我们放下架子,去以他人为师。其次,还要在阅读中不断的反思,书本知识是凝固的,而现实是流动的,在阅读中反思要求我们的思维在书本和现实中来回的穿梭。贺卫方教授认为中国法学具有当代性和西方性。我以为中国法学的当代性还不是很明显,我们看到的更多的是法学的西方性,这本身就是法学的局限,因为我们不仅要面对西方,我们还要面对未来、历史和当下。举个例子,发源于古罗马的民法学历史悠久,《法国民法典》和《德国民法典》举世赞叹,这样优秀和缜密的法典传到中国以后却面对一个中国特色的质疑:这种民法会不会带来国有资产的流失呢?这种质疑可以说是西方法学在中国水土不服的一个例证,但同时也可以看作是中国自己的民法学得,以立世和行之久远的机运所在。第三,阅读得来的知识还要行之于实践,如果只是读而不去做,那对现实没有任何意义,真理仅存在于脑中还不是真理,真理只有践行才能被人所掌握。

本书所收录的论文正是以此为出发点,以追求人类永恒的法治理念为基石,以研究当下法制改革和建设中的现实问题为具体切入点,对我国在建设社会主义法治国家过程中遇到的一系列理论上的困惑和实践中的难题进行了深入而又全面的思考。本书论文的选题本着学术的突破和创新的精神,所包含的学术论文是我国十多所著名法学院校的青年教师和研究生的研究成果,内

容涉及到法学领域的各个分支。他们或者立足于目前法学热点问题,或者立足于当下的法学前沿,提出了自己建设性的思想和设想,以期能对我国的法制建设贡献自己的绵薄之力。当然,由于时间仓促,水平有限,即使我们竭尽全力,尽善尽美,也难免百密一疏,真诚的希望法界同仁批评指正!

是为序!

本书编者

二〇〇七年元旦于长春

目 录

热点聚焦

论关联交易的公司法规制	王建彪	郭丽娜(1)
试析国际商事仲裁的程序法适用	吴照美(5)	
浅析刑事存疑案件之赔偿	潘海涛(12)	
论律师为外商投资企业提供法律服务	林丽军	关 锋(16)
论刑事和解制度的构建	邓俊杰(19)	
论国家赔偿责任范围	金珊珊	王博宇(23)
浅析民事诉讼中的非法证据排除问题		
——兼评我国民事诉讼证据的有关规定	管延青(26)	
试论信用卡诈骗犯罪案件的侦查对策	孙彤彤	王 安(30)
论刑事被害人上诉权		
——必要性及可行性分析	王丹丹	冯宝玲(33)
论银行业的有效监管和信息披露制度	张 毅(37)	
民事主体制度法理浅析	张国光(40)	
浅议我国搜查的证明标准	刘 爽(43)	
清洁发展机制(CDM)在中国发展现状及未来	毛术文(46)	
经济法与社会主义和谐社会	韩 颖	张 麟(50)
老年人保护走向何方		
——兼论我国监护范围之扩大	王 瑜(53)	
浅析反不正当竞争法对知识产权的保护	赵 亮	范 惟(57)
论环境责任保险第三人利益的保护	吴胜亮(61)	
票据法之失票救济制度探析	李 镇(65)	
浅谈股东出资的分期缴纳制度	刘 洋(69)	
浅谈性骚扰的救济问题	吕良洁	李英敏(72)
浅析现行《水法》的进步与不足	李喻洁(75)	
论我国现行外商投资法的基本框架与完善	申志敏(78)	

我国城市污水处理产业化、市场化之法律思考	邓立新(81)
我国水权交易的法律分析	王文峰(84)
引入排污权交易制度,打造区域经济的绿色 GDP	袁春红 苏 倪(88)
中国反垄断立法若干问题研究	游晓飞(91)

立法前沿

论我国反洗钱刑事立法的完善

——以《联合国反腐败公约》为视角	黄 岚(95)
浅析董事对第三人的民事责任	陈西明(99)
构建应对环境突发事件的法律制度	姜文娟(103)
关于刑事附带行政诉讼的构想	马宪君(107)
比较中美代位诉讼制度	王 莹(111)
大学生参与传销原因探析及防范对策	史 磊 成 亮(114)
对完善我国搜查扣押制度的一点思考	田雅娟(117)
论我国公司法中的累积投票制度	付春杰(121)
论取得时效在身份法上的适用	
——配偶权的时效取得	郭培霞 张素勤(124)
有关抵押权司法解释的两点思考	姜丽娜(128)
论荒漠化概念及其法律对策	李 健 相 蒙(132)
论我国侵权行为法的立法模式	桂 滨(135)
论我国未注册商标的法律保护	杨 曼(138)
论域名权与商标权的冲突	刘晓肃(142)
浅析监护制度的性质及其立法完善	程谭君(145)
浅析银行不良债权处置的立法完善	孙岩岩 吴浙玲(149)
网络环境下著作权的保护	赵 帅(152)
著作权与商标权的冲突及其解决机制探析	于海涛(156)

法理新探

上市公司收购中的中小股东权益保护问题研究	杨 健(160)
保险诈骗罪若干问题研究	皇甫全龙(163)
浅析民法基本原则的适用问题	
——由一个案例引发的法律思考	曹明寰(166)
从民间法视角看民间习惯	高 茜(170)

浅析形成权的特性及行使	范宏昕(174)
关于动物法律地位的探讨	简瑞玲(177)
论著作权中发表权的性质	郭 锐(180)
浅析收容制度取消后的社会治安问题	李紫萦(183)
论安全保障义务人责任的性质	张 莹(187)
刍议我国知识产权法律制度全球化	金光辉(190)
论民事诉讼举证责任与证明责任的性质	曹振雷(194)
民法基本原则在民法中的逻辑地位和功能	熊 琳(197)
浅析非公益性捐赠的性质	武莉婕(201)
浅议缔约过失责任	路明英 李婉平(204)
浅议市民社会与行政法	李 岚 姜 黎(208)
试论商标淡化的内涵和构成要件	杨 帆(212)
宪法文本中权利的实证分析	王燕平 孙 娟(215)
WTO 争端解决机制“先例效力”问题研究	尹鹏凯(218)
有限责任公司股权转让制度	吴浙玲 孙岩岩(222)
物权行为理论探析	安 畅(225)
论第三人侵害债权	赵 辉(228)

法制评论

程序正义与中国的法制建设	陈强安(232)
行政许可法的立法目的及其深远意义	崔 佳(236)
淫秽物品犯罪若干问题探讨	赵喜军 彭娅婷 张 宁(239)
环境信息披露制度	冯岩岩 李巾杰(242)
《消费者权益保护法》若干问题研究	高岩松(245)
关于公司股东出资分期缴纳制度的几点思考	付 舜(248)
关于代位权若干问题的探讨	何 巍(251)
论我国当前的劳动教养制度	刘兆余 林建泉 武国栋(255)
保险代位求偿权立法中存在的问题的思考	李 娜(258)
论股东代表诉讼的法律地位	梁德东(261)
论专利间接侵权	禄 颖(264)
论我国刑事诉讼法中的司法审查制度	李忠华(267)
论瑕疵股权转让的若干法律问题	田静仁(270)
浅谈我国行政许可法的功能	张璐璐(273)

浅议《信托法》的几点缺陷	李 晓(276)
关于我国民事审前程序问题的思考	王义红(279)
行政合同分析	杜美成(283)
论民事执行程序中的举证责任	李泽阳 李 娜(287)
中外行政复议制之比较与借鉴	邓 芳(290)
对我国刑事自诉制度的几点思考	代相伟(294)
房屋登记中协助执行相关问题分析	简 茜(298)

理论争鸣

吸收犯的存废之辩	李冬冬(301)
论典型担保物权的竞合效力	冯俊杰(304)
关于我国经济法调整对象研究的综述	何 瑾(307)
知识产权属性刍议	李巾杰 冯岩岩(310)
平行进口法律问题探析	李 娜(313)
略论唐太宗的法律思想	范 惟 赵 亮(316)
论建筑物区分所有权之共有权	张 麟 韩 颖(320)
论人文主义与民法的发展	欧 萍(323)
论商标领域平行进口的法律规制	王 滢(326)
试论保险利益原则	孟海涛(330)
民法基本原则的适用	王 振(333)
论片面共犯存在的合理性	苟雨楼(336)
浅议旅游格式合同条款	郑明丽(339)
浅析清代对讼师的法律规制及实践	白晶晶 李 菲(342)
浅议刑法司法解释主体问题	何 楠(345)
知识产权权利滥用及反垄断规制	王义红(348)
浅谈国际私法的调整对象	王志鹏(352)
论无权处分行为	于文超(355)
一般货物包装法律规范研究	衣秋静(359)
浅谈法效意思	张 静(363)
从吉登斯的全球化理论看法律全球化	程继红(366)
大陆法系和英美法系公司章程制度比较	马晓琴(369)
对格式条款问题的研究	彭宏玲(373)
关于船舶污染损害赔偿的法律研究	徐明明(376)

学说纵横

浅论美英证券监管体制新发展	刘 欣(380)
论替代责任的适用范围	金 薇(384)
论证经济法独立存在的必要	顾建营(388)
民事公益诉讼原告资格研究	齐晓峥(391)
儒家与有关复仇的法律思想及其影响	李 亚(394)
论唐律的血缘主义特征	赵宁芳 冯志伟(398)
试论性骚扰侵权中惩罚性赔偿的必要性	苏幼碧 徐 进(402)
马克思主义法学之思与辨	姜 帆(405)
《刑事诉讼法》中多重复合判断的真值分析	姚佩旭(409)
西学东渐下我国检警关系的重新审视	
——寻找一个相对合理的检警关系模式	仇春子(413)
为侦查认识相对说正名	
——与侦查认识绝对说的比较分析	白艳利(417)
浅论商业贿赂案件侦查	王 安 孙彤彤(421)
论行政立法的程序保障	李 磊(424)
确定行政附带民事诉讼范围的基本原则	郑太福(427)
我国刑事司法解释主体瑕疵及对策探讨	孙 强(430)
民事行为能力制度与民事责任能力制度的比较	尹 潇(433)
抢劫罪若干疑难问题研究	孙冰峰(436)
浅议当前对流动刑嫌人员调控面临的困境及对策	丁超学 乔顺利 王博宇(439)
辩诉交易与罪责刑相适应原则的关系	付 宇(442)
浅议单位犯罪主体	陈爱华 张静波(445)
关于死刑存废的犯罪学思考	韩功亮(448)
否定的确认之诉刍议	张 倩(451)
浅析国际私法的价值	何 兵(454)
论我国侵权行为法的立法模式	李雪娇(457)
一人公司人格否认制度研究	张海胶(461)

热点聚焦

论关联交易的公司法规制

王建彪* 郭丽娜**

内容摘要 关联交易是一把“双刃剑”。理性的选择是通过设立适当的规则以确保这种特殊交易的公正性,从而最大限度地避免关联交易潜在的危害,尤其避免单纯为了一部分股东(特别是控股股东)的利益而损害另一部分股东的利益。

关键词 关联交易 公司法 规制

关联交易规则是一个由多部法律及其自治性规则共同形成的规则体系,其中最基本的规则主要体现在《公司法》、《证券法》中。对于关联交易,“各国在大体上都采取了公司法和证券法的双轨制的规制方式,即一方面通过公司法的有关规定,对上市公司与关联方之间的交易实施实质性的限制;另一方面通过证券法律、法规要求上市公司对其与关联方之间的所有重大交易进行及时的披露。”^[1]本文就结合2005年《公司法》修改后的一些新制度对关联交易作些探讨。

一、关联交易的概念界定

(一)关联交易的概念

关联交易,又称关联方交易或关联人交易,是指发生在关联方之间的有关转移资源或义务的事项安排行为。^[2]《公司法》并未出现关联交易这一词汇,但对关联关系的外延作出了规定。《公司法》第217条规定,关联关系,是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系,以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是,国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而具有关联关系。同时《公司法》也对高级管理人员、控股股东、实际控制人等的范围作出了最高法律位阶上的界定。《公司法》通过规定关联关系主体的方式清晰的界定了关联人的范围,为下位法或其他法律规范在这一问题上作出进一步的规定奠定了基础。

(二)关联交易的分类

对关联交易通过分类的方法加以分析,有助于对关联交易的细致把握和立法规制。

1. 公允的关联交易与不公允的关联交易。判断一项关联交易是否公平合理,就要看关联交易是否遵循了市场竞争原则,是否符合正常或一般的商业条款。

2. 零星的关联交易、普通的关联交易与重大的关联交易。这种分类对于考察以下这些问题甚为重要:哪些关联交易需要上市公司即时披露?哪些无须披露?哪些关联交易需要上市公司董事会批准?哪些需要股东大会批准等等。

3. 公司控股股东、实际控制人实施的关联交易与董事、监事、经理等实施的关联交易。在前者,不公平交易之发生,主要是控股股东、实际控制人滥用控制权或重大影响力之结果;而在后者,则主要是上市公司或附属公司之董事、监事、经理等滥用其地位或职权之结果。

4. 真实的关联交易与虚构的关联交易。上市公司经常用此种关联交易来操纵利润。判断真实与虚构的标准,一是是否有交易的真实动机;二是是否符合营业常规。^[3]

* 王建彪:法学硕士,国家检察官学院讲师。

** 郭丽娜:北京航空航天大学法学院民商法学专业2005级硕士研究生。

二、《公司法》对关联交易的法律规制

(一) 规制的背景

对关联交易的法律规制在我国目前有独特的背景和现实意义。我国上市公司大都是由国有企业改制而来,国有股权的绝对控股地位和证券市场股权分置制度共同导致了国有股东“一股独大”,对上市公司拥有着实质性的控制能力,能够操纵股东大会,进而控制着董事会和监事会,形成严重的内部人控制现象。这种不合理的资本结构、股权结构与资本市场中股权分置的局面导致了不公允的关联交易在上市公司中的盛行。^[4]另外,《公司法》关于转投资数额限制的取消也为更多关联企业的形成提供了法律上的依据。

(二)《公司法》针对关联交易的制度设计

1. 规范公司治理,从源头上切断关联交易的产生。关于关联交易的规范主要体现在公司内部治理方面,其实质是关联交易决定权的分配和制衡。《公司法》设专节规定了上市公司(第四章第五节),而该节的规范主要是围绕着关联交易的规制展开的。包括了规范股东大会和董事会两方面的制度,主要是进一步明确关联交易中股东大会与董事会的权限划分及相应的制度。具体说来如下:

(1) 股东大会批准制度与关联股东表决回避制度。《公司法》第122条设置了股东大会重大交易或担保的批准制度。上市公司在一年内购买、出售重大资产或者担保金额超过公司资产总额30%的,应当由股东大会作出决议,并经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。尽管这一规定并没有提到关联交易,但这一规定却是完全可以适用于关联交易的。另外《公司法》根据第16条的规定:公司为公司股东或者实际控制人提供担保的,必须经股东会或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东,不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。这即是关联担保的股东大会批准制度和股东表决权排除制度。这一总则中的规定当然也适用于上市公司。

由上述规定可以看出,股东大会批准制度和股东表决权排除制度主要用于规范重大的关联交易,从而保障各利益相关者不被不公允的关联交易造成重大的损害。

(2) 董事会制度。适应“股东会权力万能”向“董事会中心主义”的转变,所有的关联交易都要经过股东大会的批准是不经济、不效率的。董事会行使一部分关联交易的决策权是一种正确的选择。在董事会行使关联交易决策权时,主要通过独立董事和关联董事回避制度两项制度加以控制。

独立董事制度在我国的发展经历了从作为选择性条款到强制性要求的过程,但其间的法律规范始终停留在部门规章的层次上。此次公司法修改规定:上市公司设立独立董事,具体办法由国务院规定。此规定为独立董事制度的进一步进行多层次规范提供了立法依据。独立董事职能的重大体现之一便是:重大关联交易应由独立董事认可后,方可提交董事会讨论。由此为关联交易公允性的保障提供了一个重要的制度上的支持。当然,独立董事作为一个新事物,其对于关联交易的实际控制效果还有待现实中不断接受检验。

关联董事回避制度是控制关联交易的另一重要制度。根据《公司法》第125条的规定:上市公司董事与董事会会议决议事项所涉及的企业有关联关系的,不得对该项决议行使表决权,也不得代理其他董事行使表决权。该董事会会议由过半数的无关联关系董事出席即可举行,董事会会议所作决议须经无关联关系董事过半数通过。出席董事会的无关联关系董事人数不足3人的,应将该事项提交上市公司股东大会审议。

以上实际上是从公司内部治理的角度对关联交易作出了特殊的规定。股东大会作为最高权力机构、董事会作为行使经营决策权和管理权的机构对关联交易实施特殊制度,意味着从权力决策的角度对关联交易实施了控制,同时辅之以独立董事制度,当然监事会也有权利和义务对关联交易依法律或者章程的规定进行监督。以上所有这些制度的设立,从源头上能有效地对关联交易加以控制。

2. 完善董事、监事、经理、控股股东、实际控制人的义务和责任体系的建设。

(1) 强化董事、监事、经理对公司的义务。依《公司法》第 148 条的规定:董事、监事、高级管理人员……对公司负有忠实义务和勤勉义务。涉及到关联交易主要体现在:董事、经理除公司章程规定或股东大会同意外,不得同本公司订立合同或进行交易,同时规定了相应的赔偿制度。具体制度规定在《公司法》第 149 条:“董事、高级管理人员不得有下列行为……(四)违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意,与本公司订立合同或者进行交易……”。董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。相应的责任制度体现在《公司法》第 150 条:董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。

(2) 控股股东义务与赔偿制度。《公司法》并没有明确控股股东的诚信等义务,但这并非说立法对于关联交易的疏忽,而是通过在中小股东保护的制度设计中去加以规范。《公司法》第 21 条规定了与关联交易相关的义务与赔偿制度。具体的说,就是《公司法》第 21 条规定:公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。义务是一种强制性的约束,责任是违反义务的后果,是一种具有更强效力的约束。公司法通过董事、监事、经理、控股股东、实际控制人的义务和责任体系的构建,增加了董事、监事、经理、控股股东、实际控制人实施关联交易的风险成本,从而为控制关联交易提供了一种强大的约束。

3. 完善中小股东保护制度体系,规范关联交易。公司法对关联交易的规制应当包括两层含义:首先,对关联人的不当行为的法律制约;其次,对利害相关人的利益保护。而这两方面当然也是相关联的,对关联人的法律制约也就意味着对利害相关者的法律保护,反之亦然。前面谈到的主要是针对关联人的制度规定,下面将谈到的是对利害相关人的利益保护,主要包括非关联股东(主要是中小股东)和债权人两类。中小股东的保护是《公司法》立法的主要价值取向之一。《公司法》中小股东保护设置了一系列制度,其中与关联交易有关的制度主要有以下几个方面:

(1) 股东知情权制度。这一制度也可以理解为对股东的信息披露制度。《公司法》在第 34 条、第 98 条分别对有限责任公司和股份有限公司股东的知情权进行了规定。依《公司法》规定:股东有权查阅公司章程、股东名册、公司债券存根、股东(大)会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告,对公司的经营提出建议或质询。此外对于有限责任公司,股东有权对上述文件进行复制,并可查阅公司会计账簿。公司拒绝提供以上材料查阅的,股东可以请求人民法院要求公司提供查阅。

(2) 确立股东诉讼制度。《公司法》分别在第 152 条和第 153 条确立了派生诉讼和直接诉讼两种制度。股东诉讼制度是针对董事、监事、高级管理人员的义务履行而设置的。具体到关联交易实际上只能是在董事、监事、高级管理人员违法的同本公司订立合同或进行交易时适用,这实际上限制了股东诉讼制度的适用范围,不利于股东诉讼制度功能的发挥。

(3) 请求法院否认股东大会、董事会决议效力制度。依《公司法》第 22 条的规定:股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程,或者决议内容违反公司章程的,股东可以自决议作出之日起 60 日内,请求人民法院撤销。据此,若控制股东利用表决权或控制多数董事的优势进行不公平关联交易,侵害公司及其他股东的合法权益,中小股东可据此行使诉权,以纠正资本多数决之滥用。

另外,其他中小股东保护制度对关联交易也可以起到间接控制的作用。例如:累积投票制、异议股东股份收买请求权制度、表决权代理制度、股东大会自行召集权制度、股东提案权制度、股东提议召开董事会临时会议制度等等。因其与关联交易的规制不具有直接性,此处不再详论。

4. 规范关联交易、保护债权人利益。公司债权人的保护主要通过公司资本制度、公司的合并、分立、清算制度加以体现。保护债权人这一价值取向在关联交易的规范中主要体现为关联交易中的法人人格否认制度的适用。《公司法》第 20 条规定:公司股东滥用公司法人独立地位和

股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。法人人格否认制度的适用是在司法审判中得以实现的。即法院在某些特殊的情况下(如母公司从子公司转移利润以逃避债务),否认公司的独立人格而使特定股东承担债务。这一制度可以防止关联企业滥用公司独立人格,通过关联交易转移财产,逃避债务。

综上,《公司法》关于关联交易的调整包括了直接规范和间接规范,包括了对关联人的正面规范,也包括了对利益相关者保护的侧面规范,从而形成逻辑严谨的、完整的关联交易调整体系。当然这一体系的完整性和科学性也有待实践检验和在实践中不断完善,从而使关联交易这把“双刃剑”发挥它的最大功效。

注释:

[1]赵旭东主编:《新公司法制度设计》,法律出版社2006年版,第414页。

[2]施天涛:《关联企业法律问题研究》,法律出版社1998年版,第62页。

[3]以上关于关联交易的分类参考了唐晓东:《论上市公司的关联交易》,载《证券法律评论》,2001年第1期。

[4]张国平:《当代企业基本法律制度研究》,法律出版社2004年版,第92页。

试析国际商事仲裁的程序法适用

吴照美*

内容摘要 国际商事仲裁适用的程序法主要有:当事人选择的仲裁程序法,仲裁地法以及近年出现的“非国内化”理论。以上的程序法适用不是彼此孤立、不受限制的,也不是任意的、无规律可循的,本文试从适用的程序法本身出发,寻找它们的最佳结合点,并简要阐述中国的实践。

关键词 国际商事仲裁 程序法 仲裁地法

国际商事仲裁作为仲裁的一种,不同于法院的诉讼。诉讼程序问题依法院地法,这是国际私法中公认的、普遍采用的原则。^[1]依照这一原则,法院审理的案件,不论是否具有涉外因素,也总是依据其本国法规定的程序规则进行诉讼。而国际商事仲裁的情况与之完全不同,仲裁员对争议的管辖权和裁判权并不像法官那样直接来自于法院地法,仲裁作为争议当事人协议的产物,仲裁庭的管辖权主要是基于合法有效的仲裁协议和有关国际条约、国内立法的认可。在实践中仲裁地的选择和确定完全可能是出于仲裁进行的便利考虑,因而国际商事仲裁适用仲裁地法的理由,似乎不如司法诉讼中适用法院地程序法的理由更有力。^[2]在国际商事仲裁的程序法适用问题主要有当事人选择的程序法,仲裁地法以及近年来日益盛行的“非国内化”理论。

一、国际商事仲裁程序法的概念及适用范围

(一) 仲裁程序法的概念

有的学者认为,仲裁程序法指的是支配仲裁的程序法律规范的总称,通常它包含在各国仲裁法、民事诉讼法等程序法中,在普通法系国家司法判例也构成仲裁程序法的一个组成部分。^[3]而有的学者则进一步指出仲裁程序法是指一国制定或多国通过订立国际公约所制定的支配仲裁程序的法律原则和规则的总和。^[4]虽然,两者对仲裁程序法的认识,在本质上是一致的,但笔者更赞同后者,因为后者对仲裁程序法所下的定义不仅全面而且具体,不但便于理解,而且便于操作。在西方文献中,仲裁程序常被称为仲裁的“法庭法”(curial law)或“仲裁法”(lex arbitre),^[5]而在我国称之为仲裁程序法,一方面可区别于仲裁中的实体法;另一方面也可区别于一般统称的仲裁法(law of arbitration)。^[6]

(二) 仲裁程序法在国际商事仲裁中的地位

在国际商事仲裁中,仲裁程序法是仲裁程序合法、公平进行的法律保证。我们知道,仲裁是当事人协议的产物,仲裁的存在和进行主要是基于当事人之间合法有效的仲裁协议。在实践中,当事人既可通过简单的仲裁条款将争议交付仲裁,也可通过较为详尽的提交仲裁的协议将争议交付仲裁。无论当事人采用何种方式,一旦当事人选定仲裁所适用的程序法或在当事人未选定时,由仲裁庭所确定适用的仲裁程序法,除非违反有关国家的强制性规定(这里主要是仲裁地国的强制性规定),否则在仲裁过程中,必须适用当事人选择的或当事人未选择时,由仲裁庭所确定的仲裁程序法。可见,国际商事仲裁离不开仲裁程序法。

(三) 仲裁程序法的独立性及适用范围

前面,我们已经提及仲裁程序法不同于诉讼程序法,那么仲裁程序法与仲裁实体法关系如何呢?仲裁选择一国实体法是否就意味着,仲裁也适用该国的程序法呢?我们知道,过去很长一段时间里,一直认为适用于仲裁程序的法律体系与适用于实体问题的法律体系,属于同一法律体系。^[7]现代国际商事仲裁实践表明,区分适用于仲裁的实体法和程序法已不存在任何争议,换句

* 吴照美:法学硕士,中国刑警学院刑侦系教师。

话说,当事人可以选择甲国法支配争议的实体问题,而选择乙国法决定仲裁的程序问题。一句话,仲裁程序的独立性,也就是仲裁程序可以独立于支配争议实体问题的法律体系,当事人可以基于不同的考虑,分别决定适用的法律。

既然仲裁程序法具有独立性,并且有如此重要的作用,那么仲裁程序法适用范围到底怎样?由于各国仲裁立法的差异,仲裁程序法的范围或规定的事项千差万别。各国学者对这一问题的看法也不尽一致,至今没有定论。^[8]虽然各国立法差异较大,但笔者认为,仲裁程序法所决定的基本事项,如仲裁协议的效力、仲裁庭的组成、法院对仲裁程序的支持与监督、裁决的异议与执行等,大体是一致的。只不过有的国家的仲裁法规定的较为原则、简略,有的国家规定的较为详尽、细致。鉴于此,笔者支持有关学者的观点:各国仲裁法可以为实现本国的公平、正义与效率观念和保护本国公共利益,对仲裁程序性问题规定一些必须遵守的强制性要求,但对大多数具体的程序问题应作任意性规定。这样做可以更好地发挥仲裁的灵活性与便利性,有利于国际商事仲裁的健康发展,也符合当代世界各国仲裁立法的发展趋势。

二、当事人选择的仲裁程序法

与法院诉讼相比,国际商事仲裁有特殊性,其特殊性表现在当事人自愿性和仲裁庭的民间性,既然整个国际商事仲裁制度的基础是当事人意思自治精神,那么在当事人自愿交付仲裁的前提下,限制当事人自行选择仲裁所适用的程序法,确实是难以自圆其说。^[9]另外,当事人“意思自治”原则如今已为世界各国国际私法、立法和判例所普遍接受。^[10]这方面来说,限制当事人选择仲裁程序法也是违背国际通行做法和各国立法本意的。那么,当事人能否选择非仲裁地法适用于仲裁程序;如果允许当事人的话,当事人和仲裁员是否可以完全不顾及仲裁地法的规定;对这些问题,笔者将在以下方面做初步探讨。

(一) 国际性文件

现有国际性仲裁公约均未专门就仲裁程序适用法律做出规定,但在规定裁决的承认与执行条件时多涉及到仲裁程序的法律适用问题。《纽约公约》第5条第1款间接地表明了仲裁当事人选择仲裁程序法的权利。其中第4项规定了,“仲裁机关之组成或仲裁程序与各仲裁协议不符,或者无协议而仲裁地所在国法律不符者”,受理承认及执行裁决的法院有权拒绝承认及执行有关的裁决。显而易见,在判断仲裁庭之组成及仲裁程序是否符合法律时,所依据的法律(程序法)首先是当事人各方协议选择法律。另外,1961年《欧洲公约》和1975年《美洲公约》采取了与1958年《纽约公约》基本一致的立场。如《欧洲公约》第9条第1款第4项规定,仲裁庭的组成或仲裁程序同当事人间的协议不符,或在当事人间没有这种协议时,同仲裁地国家的法律不符,仲裁地或裁决据以作成的法律所属国家,均有权撤销裁决,并且这一撤销可以构成其他国家拒绝承认和执行裁决的理由。而《美洲公约》则采用了与《纽约公约》完全一致的措词。^[11]从理论上说,当事人将争议交付仲裁,其目的就是获取一份对双方均有法律约束力和强制执行效力的裁决,仲裁员受理和审查审理争议的目的也在于做出一份公正的,具有强制执行效力的裁决,这就要求仲裁员在整个仲裁过程中,都应牢记当事人的合理期待,并应为实现这一期待而谨慎从事,既然如此,仲裁庭就不应无视当事人关于仲裁适用的程序法的选择而自行其是。

(二) 各国国内法^[12]

在法国,《法国民事诉讼法》第1494条规定:“仲裁协议可以通过直接规定或援引一套仲裁规则来明确仲裁应遵循的程序,它也可以选择程序法为准据法。”在德国,《德国民事诉讼法》第1034条第2款规定:“此外,仲裁程序由仲裁员自行决定,除非当事人另有明确协议规定。”此外,在瑞士也有类似的规定。从各国国内法的规定上看,各国都特别重视当事人意思自治,并且在具体适用上,当事人合意优先。

(三) 司法实践对当事人选择程序法的态度

在英国著名的“阿尔蒙航运公司诉突尼斯航运公司”^[13]一案中,一法国公司与一突尼斯公司

订立石油运输合同。该合同是一份格式租船合同,包含将争议交付伦敦仲裁的仲裁条款。因发生争议,当事人指定的仲裁员决定,适用法国实体法解决争议,当事人在英国法院申请撤销裁决,英国上议院判决裁决合法,因为当事人在仲裁条款中约定其实体关系受特定国家的法律支配(法国法),而仲裁程序受另一国法律支配(英国法),仲裁庭必须适用当事人曾经提及的实体法,尽管它与程序法不同。突尼斯公司向法国法院申请承认与执行该伦敦做出的裁决,并获得了执行。从上述案例可以看出,英国法院和法国法院均十分正确地承认了当事人选择程序法的意思自治原则,在该案以后,许多国家的法院做出大量判决支持当事人自行选择仲裁程序法,比如“马勒诉伯格森”(Muller v. Bergesen)案,是瑞士法院支持当事人意思自治的又一个例子。此外,丹麦、德国、澳大利亚、荷兰、保加利亚、波兰、意大利、韩国、埃及等国的立法或司法实践均授权当事人协议决定仲裁所遵循的程序或选择适用的仲裁规则。^[14]

(四)当事人选择仲裁程序法的时间、范围、方式及限制

各国立法及常设仲裁机构仲裁规则对当事人应当在什么时间选择或决定仲裁适用的程序规则有不同的要求。大多数仲裁法和仲裁规则对此没有作明确规定,有少数国家要求当事人必须在特定时间内决定适用仲裁的程序,如波兰、葡萄牙。笔者认为,为真正贯彻当事人意思自治原则,体现当事人选择仲裁程序法的自由,当事人选择仲裁程序法应当是持续的,在整个仲裁程序进行中当事人都享有这一权利,“不应当事人这一自由施加时间限制。”^[15]

至于当事人选择仲裁程序法的范围,多数国家的仲裁立法均未加限制,既允许当事人选择适用仲裁地法,也允许当事人选择非仲裁地法。但长期以来,在英国等国司法实践中,一直认为当事人选择仲裁地即自动涉及到仲裁地程序法的适用,这种观点阻碍了当事人选择其他程序法。前面所引起的“阿尔蒙航运公司诉突尼斯航运公司”一案就是其表现。后来英国态度发生了转变,换句话说,英国法并不否认在其境内举行的仲裁适用不同“法院法”的可能性。笔者在此赞成有关学者的观点,当事人选择的仲裁程序法既可以是仲裁地法也可以不是仲裁地法。因为,从理论上讲,既然允许当事人就仲裁适用的程序法进行选择,就不应将选择的范围限于仲裁地法,否则,这种自由选择权就没有实际意义了。

当事人选择仲裁所适用的程序法的方式主要有两种,即直接方式与间接方式。前者指的是在临时仲裁中,当事人明确规定仲裁员在仲裁程序进行中必须遵守的规则;后者指的是在机构仲裁中,通过选择仲裁机构间接地选择适用该机构的仲裁规则。

从前面,我们可以看到,当事人选择仲裁程序法的自由(或曰当事人意思自治原则),得到了国际公约、各国国内立法及司法实践的普遍赞同和接受,那么我们可不可以据此就认为当事人选择仲裁程序法的自由是任意的,不受任何限制的呢?我们知道,法律上的任何自由都不是绝对的,这一真理运用到国际商事仲裁当事人选择程序法方面就是当事人不是绝对的不受限制的选择仲裁所要适用的程序法。仲裁法中的强制性规则,一般是指当事人和仲裁庭必须遵守的程序规则。一国之所以承认以仲裁方式解决争议的合法性,并给予国际仲裁不同于国内仲裁的特殊地位,主要考虑到国际商事仲裁的特殊性,并期望争议能按照符合本国公平、正义、效率观念的程序得以解决。因而,各国立法便通过一些强制性规定,保证仲裁程序能在最低限度内实现公平、有效解决争议的政策目标。然而这些强制性规定无疑限制了当事人意思自治的适用范围,对这些强制性规定,当事人便不能协议变更或排除,仲裁庭也不能对之置之不理。如果和仲裁庭所依据程序法的强制性规定相违背,仲裁庭所作出的裁决便有可能被有关国家法院裁定撤销,从而丧失强制执行效力。此外,当事人选择适用的程序规则还要受到被请求承认与执行裁决国家程序方面公共政策的控制。如果当事人的选择违反了该国的公共政策,裁决就会被拒绝承认与执行。笔者认为,当事人选择仲裁程序法的自由受有关国家的强制规则的限制本无可厚非,但不同国家的强制性规定范围不同,要求当事人仲裁员在仲裁过程中有所了解确实比较困难,况且当事人选择仲裁地或选择仲裁程序法纯粹是为了公正与便利考虑。

可见,关于国际商事仲裁的程序法适用问题,普遍接受当事人有协议约定的按约定,而且当