



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第二十四辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第二十四辑

广州仲裁委员会 主办



1088976



T1088976



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

仲裁研究. 第24辑 / 广州仲裁委员会主办. —北京:
法律出版社, 2010

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1590 - 3

I. ①仲… II. ①广… III. ①仲裁—研究—丛刊
IV. ①D915.704 - 55

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第250397号

©法律出版社·中国

责任编辑/何海刚

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印刷厂

责任印制/陶松

开本/880×1230毫米 1/16

印张/7.25 字数/156千

版本/2011年1月第1版

印次/2011年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1590 - 3

定价:13.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

仲裁研究(第二十四辑)

学术顾问委员会(以姓氏笔画为序):

卢云华 朱 勇 齐树洁 刘想树 吴汉东

苏泽群 杨良宜 杨树明 赵 钢 徐 杰

主 编:陈忠谦

副 主 编:李立之 朱用开 王小莉 李为松

责任编辑:钟晓东 张小建 相鲁生 陆奕兰 姚创锋 韩 寒 宋 雯 周 浩

编辑部地址:中国广州市沿江中路 298 号江湾大酒店 C 座 12 楼

邮 编:510100

电 话:(020)83283950 83283650

传 真:(020)83283773

网 址:www.ccarb.org

E-mail:gzzcw@126.com

广州仲裁委员会简介

广州仲裁委员会成立于1995年8月29日,是《中华人民共和国仲裁法》颁布实施后广州地区组建的唯一的民商事仲裁机构。本会自组建以来,秉承为当事人提供优质、高效服务的宗旨,锐意改革,立志创新,实现了跨越式发展。受案数量逐年增加,2009年,广州仲裁委员会共受理各类民商事纠纷案件4345件,案件总标的额67亿元,位居全国仲裁机构前列。

本会现拥有一支500多人的仲裁员队伍,荟萃内地和港台地区法律、经济及其他领域的著名专家、学者、资深律师、退休法官、会计师等。本会现有工作人员80余名,绝大多数工作人员通过了律师资格考试或国家司法考试。所有办案秘书都是从社会公开招聘,层层选拔,择优录用,现有的办案秘书多数是从国内知名高等院校毕业和海外留学归来的硕士研究生,他们具有良好的专业知识水平,有着认真负责的敬业精神,广受社会各界赞誉。

为适应现代化办案需要,本会努力提高现代化办公水平,在全国仲裁机构中率先实现“无纸化”和“网络化”办公,最大限度降低仲裁成本,提高仲裁效率;本会拥有近5700平方米的办公场所和仲裁庭室,仲裁庭室宽敞、肃静,配备有电脑、大屏幕显示仪和先进的录音、录像设备,可适应英语等多语种交流,为当事人省却了语言交流方面的不便。

借助仲裁自身优势,顺应社会发展需求,本会适时而变,在证券期货、消费、金融、旅游、科技、医疗、体育、电子商务等领域积极探索运用仲裁方式解决纠纷,制定专业领域的特别仲裁规则,有针对性地培育专家仲裁员,不断提高仲裁效率和仲裁质量。

本会现设有案件受理部、办公室、仲裁秘书部、国际仲裁部、发展部五个职能部门,并根据发展需要,先后成立了东莞分会、中山分会。2008年,本会还与广东省社会科学院合作,成立了广州仲裁研究院,专门从事仲裁理论与实务研究。

本会地址:广州市沿江中路298号江湾大酒店C座12—14楼/A座6楼、8楼

邮编:510100

案件受理咨询电话:(020)83287919 83288547 83283771(传真)

办公室电话:(020)83287761(传真)

网址:www.gzac.org、www.ccarb.org

欢迎登录中国商事仲裁网

中国商事仲裁网(www.ccarb.org)正式创办于2005年,其宗旨在于传播仲裁知识,发布仲裁动态,推进仲裁研究,交流仲裁信息,并力图成为国内信息量最大、覆盖面最广,且独具特色的专业化网站。作为广州仲裁委员会2005年的重点建设项目之一,其将与广州仲裁网以及《仲裁研究》一道,为中国仲裁的二次创业提供智力与舆论支持。

2007年11月,网站进行了改版升级,优化了栏目设置,增设了“商界法律新闻”、“在线仲裁”、“案例数据库”、“民商法律问题热聚焦”等内容。改版后的网站内容更加丰富,既有全国同行业最新信息的及时发布,又有本会相关动态的完整记录;既有针对一般民众的,深入浅出的仲裁基本知识介绍,又有面向专业人士,较高层次的理论探讨。同时,还包含相关法律法规、国际公约、仲裁示范文本等实用信息以及网上咨询等互动版块。可谓是律师、学生、仲裁专业人员及一般民众等各阶层人士了解仲裁、研究仲裁的良师益友。

网站自2005年8月28日运行以来,点击率逐步上升,受到仲裁同仁、专家学者及关心热爱仲裁人士的好评。可以预期,随着广州仲裁委的进一步发展,中国商事仲裁网的建设势必跨上一个新台阶。在此,热切盼望各兄弟仲裁机构、教学研究单位、律师事务所以及关心仲裁事业的各界同仁提出宝贵意见,并来信来稿反映仲裁相关信息,为仲裁事业的继续发展壮大而共同努力。

如您有仲裁方面的问题需要咨询,或有其他意见建议和投稿,请来信或拨打网站事务咨询电话:

E-mail: ccarb@126.com

Tel: 020-83282961 联系人:周家福

目 录

探索与争鸣

- 股东代表仲裁的理论探析与制度架构 毛海波/ 1
- 论仲裁第三人制度与传统仲裁理论的冲突与协调 叶永禄 曹 莉/ 9
- 论仲裁协议效力的扩张 韩 寒/ 22
- 对仲裁裁决“超裁”问题的几点思考 叶彩云 陈泓言/ 29

仲裁实务

- 指定分包法律风险防控
- 从一件建设工程合同纠纷案说起 王小莉/ 35
- 买房贷款落空不属于情势变更 颜雪明/ 42

国际商事仲裁

- 国际商事仲裁程序中的证据获取
- 法律传统的冲突与融合 Rolf Trittman; Boris Kasolowsky 著
- 崔起凡 译 丁 伟 校/ 45

课题研究

- 渊源与流变:论公允善良原则在国际商事仲裁中之适用 朱工宇/ 54
- 论商事仲裁临时措施裁定权归属中法院与仲裁庭的“伙伴关系”
- 宋秋婵/ 63

热点问题探讨

- 论枉法裁决罪的认定(上) 陈忠谦/ 72
- 仲裁有限刑事责任承担
- 枉法仲裁入罪后的现实思考 陆 静/ 82
- 论仲裁欺诈及其法律规制 吴展才/ 89

CONTENTS

Theoretical Exploration and System Design of Shareholder Representative	
Arbitration	Mao Haibo / 1
Discuss on the Third Party Arbitration System and the Conflict and Coordination	
of the Traditional Theories	Ye Yonglu Cao Li / 9
On the Expansion of the Effect of Arbitration Agreement	Han Han / 22
Several Ponders to the “Purpasses the Arbitration Scope” of the Arbitration	
Award	Ye Caiyun Chen Hongyan / 29
Legal Risk Prevention and Control of Nominated Subcontracting	
—Report from a construction contract dispute case	Wang Xiaoli / 35
Loans Fall Does Not Belong to Change of Circumstances	Yan Xueming / 42
Taking Evidence in International Commercial Arbitration	
—Conflict and Fusion of the legal Tradition	
.....	Rolf Trittman; Boris Kasolowsky Translated by
	Cui Qifan Supervised by Ding Wei / 45
Origin and Evolution: Ex Aequo et Bono in International Commercial Arbitration	
.....	Zhu Gongyu / 54
On the Partnership between Courts and Arbitration Tribunals in the Belonging of	
Power to Grant Interim Measures in Commercial Arbitration	Song Qiuchan / 63
Cognizance of Law – bending Judgment Crime	Chen Zhongqian / 72
On Limited Criminal Responsibility of Arbitration	
—Current Situation after the Arbitration is Perverted int sin	Lu Jing / 82
Discuss on the Arbitration Fraud and Legal Regulation	Wu Zhancai / 89

探索与争鸣

股东代表仲裁的理论探析与制度架构

毛海波*

内容提要 股东代表仲裁无论在理论界还是实务界,尚为一全新的概念,至今鲜有学者对其进行探究和论述。2005年我国《公司法》引入股东代表诉讼,以强化公司监督,维护公司及股东的利益。然而,在股东代表诉讼制度发挥积极作用的同时,股东代表仲裁也应当成为应有之选项。当然,在股东代表仲裁制度立法阙如的情形下,从法理基础及仲裁的实践精神出发对其进行深入阐述成为必然。在此基础上,本文进行了详细的制度架构,给出了股东代表仲裁具体适用的思路。

关键词 股东代表仲裁 仲裁协议 意思自治

一、股东代表仲裁的思索:一起案例所引起的联想

张家港吉雄化纤有限公司是由张家港市涤纶长丝厂(以下简称长丝厂)和香港吉雄有限公司(以下简称吉雄公司)出资成立的一家合资公司,由于作为合资一方的吉雄公司与购销合同一方当事人香港大兴工程公司(以下简称大兴公司)有直接的利害关系,吉雄公司拒绝召开合资公司董事会以合资公司名义就购销合同纠纷起诉大兴公司。江苏省高级人民法院就此案向最高人民法院请示。最高人民法院批示认为,因控制合营企业的港方吉雄公司与卖方大兴公司有直接利害关系,其拒绝召开董事会以合营企业名义起诉,致使长丝厂利益受到损害而无法得到法律保护。经研究认为,长丝厂可在合营企业董事会不作起诉的情况下行使诉权,人民法院依法应当受理。但就本案而言,由于合资经营合同与对外购买设备的合同中都订有仲裁条款,因此,其纠纷应提交仲裁裁决,法院不应受理。^①显然,最高法院明确如果对外购买设备合同中不存在仲裁协议,则长丝厂作为合营企业的股东可代表公司进行诉讼,但是司法对此案却不提供救济,纠纷应通过仲裁解决。然而,合营企业作为仲裁协议的当事人不可能申请仲裁,在此情形下,长丝厂如何保护公司以及自己的权益?其代表公司提起仲裁是否有法理依据?

二、股东代表仲裁的法理基础:仲裁协议的“长臂效力”

仲裁在本质上属于契约性质,而承认仲裁的契约性,就必须承认意思自治原则。在公司与相关主体签订仲裁协议以解除纠纷的前提下,股东并非上述协议的当事人。当公司怠于追究上述

* 华东政法大学国际法博士研究生,上海市第一中级人民法院法官。

① 参见最高人民法院《关于对中外合资经营企业对外发生经济合同纠纷,控制合营企业的外方与卖方有利害关系,合营企业的中方应以谁的名义向人民法院起诉问题的复函》(1994年11月4日法经[1994]269号)。

人员的法律责任时,股东如欲基于上述仲裁协议提起仲裁,就必然涉及如何解释股东代表仲裁的法理基础。

(一)“公平合理的期待”原则——对当事人意思自治的深度解读

“公平合理期待”(fair and reasonable expectation)原则要求以合同当事人的合理的利益来推断当事人的意图,如果当事人有不同于此的意图,应当作出特殊的规定。这是符合现代合同解释理论的,即当合同内容发生疑义需要解释时,法官应探究合同当事人的意思,而不应当拘于文字的字面意思,否则,会形成合同法上的“合理期待”落空(frustration)。^② 仲裁作为私人的、超国家的裁判体系,其基础是仲裁程序中的当事人自治。而当事人自治背后的主要动机则在于:(1)对仲裁庭中立与尽可能公正的渴望;(2)渴望仲裁庭理解各方当事人对商务、法律和争议解决的文化态度或者至少对他们在上述领域的态度采取一种文化上的多元主义;(3)渴望在摆脱某一外国法律体系及其法院的实质干预的情况下启动并继续仲裁,同时仍确保一种多元主义概念上的程序公正。可见,契约自由原则本身不是仲裁的目的,实现仲裁解决争议的上述优势才是大力支持仲裁的原因所在,而契约自由则是实现上述优势的最有利的手段。^③ 显然,意思自治背后折射的系当事人对“公平合理的期待”。美国法院在 A. I. 贸易融资案等一系列案件裁决中均采用了“公平合理期待”原则,在这些案件中,美国法院否定了只有仲裁协议的签订者才受仲裁协议条款约束的观点,认为在确定哪些当事人要受到仲裁协议条款约束时,应替代适用有关合同和代理的一般原则。当申请人作为被代理人、第三方受益人时或受让人取得权利后,基于其权利就合同本身起诉时,有关合同中规定的仲裁要求,作为追索的优先条件予以遵守。^④ 就股东代表仲裁而言,由于股东行使权利的目的系维护公司的权利而并非为自己谋取私利,故该种利益在法律上属于“合理”;在公司与侵权人签订仲裁协议时,双方皆期待自己利益的最大化,而通过公司股东代为行使公司的权利,并未打破这种平衡,股东追求公司利益具有“公平性”。因此,股东完全有权代表公司申请仲裁。

(二)股东派生仲裁请求权——基于代位权制度的本质内涵

所谓债权人代位权,是指当债务人怠于行使其对第三人的权利而害及债权人的债权时,债权人为了保全自己的债权,得以自己的名义行使债务人对于第三人的债权。代位权制度滥觞于罗马法,并为大陆法系国家所承继。《法国民法典》第 1166 条规定:“但债权人得行使其债务人的一切权利和诉权,惟权利和诉权专属于债务人个人者,不在此限。”我国《合同法》第 73 条第 1 款规定:“因债务人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害的,债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权,但该债权专属于债务人自身的除外。”显然,债权人行使代位权的目的在于保全债权,其结果为使第三人向债务人履行债务,从而增加债务人的责任财产,最终使债权人的债权获得更为充分的保障。因此,行使代位权的债权人并不能将行使代位权后收取的财产直接予以受领而实现自己的债权,必须将该财产加入到债务人的总财产中,行使代位权的债权人也不得就第三人清偿的财产优先受偿。债权人行使代位权的途径不仅仅为诉讼,仲裁也是选项之一。如最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第 13 条第 1

② 刘晓红:《国际商事仲裁协议的法理与实证》,商务印书馆 2005 年版,第 199 页。

③ 丁颖:《美国商事仲裁制度研究——以仲裁协议和仲裁裁决为中心》,武汉大学出版社 2007 年版,第 419 页。

④ 刘晓红:《国际商事仲裁协议的法理与实证》,商务印书馆 2005 年版,第 200 页。

款规定:“合同法第73条规定的‘债务人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害的’,是指债务人怠于行使其到期债务,又不以诉讼方式或仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权,致使债权人的到期债权未能实现。”这说明在我国,债权人通过仲裁方式行使代位权并非为不可选项,在主债务人与次债务人之间存在仲裁协议前提下,如果以债权人非原仲裁协议签订方为由否定债权人的仲裁请求,使仲裁协议不能与实体权利同时代位,导致债权人只能通过诉讼程序实现其债权,这不符合合理利益原则。因为早在签订仲裁协议时,次债务人已经放弃了通过诉讼解决争议的权利。债权人代位债务人行使仲裁请求权,其提交仲裁的争议仍然是债务人与次债务人之间的债权债务争议,争议的范围、本质和内容都没有改变。与同债务人进行仲裁相比,次债务人所面对的代位仲裁请求,并不因为债权人行使了代位权而发生实质变化,也不会对次债务人的权利有任何实质影响。^⑤事实上,股东代表诉讼制度设计的初衷与债权人代位权制度并无相异,股东行使的权利也并非其自益权范畴,也仅是行使公司的权利而已,股东在公司与董事、实际控制人等侵权人事前存在仲裁协议情形下,代表公司追索此等侵权人责任时,选择仲裁方式并无不可。

事实上,伴随着社会和经济的发展,仲裁制度本身也发生了重大变革,仲裁协议也被赋予了新的概念和内涵,其效力范围获得了扩展和延伸,即在特定情形下,仲裁协议效力不囿于协议的签字方,其对非签字方亦具有效力。仲裁协议效力扩张的这种现象被有些学者称之为“长臂仲裁协议”。^⑥

三、实用主义:股东代表仲裁的精神

美国大法官霍尔姆斯有句名言:“法的生命不在于逻辑:它在于经验。”^⑦经验促使我们思考什么东西有效和有用,而不是这“究竟”是什么东西。因此,它是向前看的,它珍视与昔日保持连续性,但仅限于这种连续性有助于我们处理目前和未来的问题。^⑧这种实用主义的价值取向才是仲裁制度得以蓬勃发展的肥沃土壤。我们可以从美国法官在面对相关案件进行抉择时体现的实用主义精神获得灵感。在美国最高法院对 *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.* 案件^⑨的判决中,持反对意见的法官就曾指出,最高法院对仲裁条款独立性原则的采纳,不是因为 FAA(美国联邦仲裁法)对此做了明确规定,也不是因为对当事人意愿的考察,而是因为最高法院认为独立性规则可以促进支持仲裁的自由主义政策,但恰恰是这一点已足以促使一贯奉行实用主义进路的美国法院接受独立性理论。^⑩显然,此处规则的有用性胜过了逻辑推理的结果。人们接受或不接受一种理论或实践,并不取决于理论的逻辑性,而取决于事物的逻辑,不取决于论证是否有

⑤ 刘晓红:《国际商事仲裁协议的法理与实证》,商务印书馆2005年版,第215页。

⑥ 作为仲裁大厦基石的仲裁协议正在不断地发展变化着,其突出表现之一,就是仲裁协议效力的不断延伸,形象地讲,仲裁协议“胳膊”的不断伸长。参见赵健:“长臂的仲裁协议——论仲裁协议对未签字人的效力”,载《仲裁与法律》2000年第1期。

⑦ Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Harvard University Press, 1963, p. 5. 转引自张乃根:《西方法哲学史纲》(增补本),中国政法大学出版社2002年版,第318页。

⑧ [美]理查德·波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第4页。

⑨ 美国在该案中确立了仲裁协议独立性的基本原则,具体案情参见 http://en.wikipedia.org/wiki/Prima_Paint_Corp._v._Flood_&_Conklin_Mfg._Co, 2010年4月24日访问。

⑩ 丁颖:《美国商事仲裁制度研究——以仲裁协议和仲裁裁决为中心》,武汉大学出版社2007年版,第425页。

力,而取决于运用起来是否有力。^⑪相较于股东代表诉讼,股东代表仲裁在下列方面更能体现代表权制度的价值目的。

(一)实现保护公司权益的效率性

公司董事、监事等人员对公司的侵害具有持续性,且往往涉及公司的重大、根本利益,如通过股东代表诉讼的行使维护公司利益,则往往因冗长的诉讼程序和审理期限致使公司的损害进一步扩大。即使最后法院裁定股东代表诉讼获胜,侵权人承担赔偿责任,也往往因侵权人无力赔偿使得判决成为一纸空文,这也导致了股东代表诉讼制度设计目的落空。而仲裁实行一裁终局,在绝大多数情形下均不存在上诉及申诉的情形(包括仲裁二审上诉和向法院提起上诉),虽各国法院均保留对仲裁裁决的司法审查,但该仲裁审查极为有限。“纠正司法错误的(上诉)程序缓慢且耗资巨大。在商业界看来,仲裁的最大好处之一就是取消了这样纠正司法错误的上诉程序……喜欢仲裁而不愿意涉诉的当事人至少期待着尽快了结他们之间的争议,避免上诉程序中的金钱与时间的耗费。”^⑫“在现代社会中,时间就是金钱,一个缠讼多年以获得最高赔偿额的判决,对运转中的企业而言,通常是不及一个迅速而立即的和解来的有利。”^⑬从根本上讲,仲裁之所以存在并发扬光大,是因为它以效益为价值准则,即它通过当事人自愿选择的私人中介,在不违背社会公共利益和尽量不动用公共资源、不花费公款的情形下解决纷争,从而实现市场的有序运转及社会资源的合理配置,使当事人和社会都能得到较大收益或避免较大损失。^⑭

(二)裁决执行的可行性论证

在一些董事、公司实际控制人为外国人的情形下,认可股东代表仲裁对维护公司的权益也具有积极的意义。这些董事、公司实际控制人之所以与公司订立仲裁协议,也不排除是基于对他国诉讼制度不信任的前提所进行的路径选择。同样,当这些外方董事、实际控制人实行了侵害公司的行为,而其赔偿的资产又在外国时,通过股东代表仲裁较之股东代表诉讼对公司的利益维护更为有利。由于《纽约公约》及其区域性国际商事仲裁条约、大量包含仲裁合作的双边司法协助协定的存在以及仲裁的民间性,仲裁裁决相较法院判决更容易获得外国法院的承认和执行。^⑮鉴于各国在政治、经济制度和意识形态上的差异,而法院又作为各国国家机器的组成部分,服务于特定国家的统治阶级的利益,所以,具有不同社会制度和意识形态的国家的法院,往往对其他国家法院作出的判决抱有不信任态度,因而在承认与执行外国法院判决所要求的条件及其审查上,往往附有苛刻的条件。^⑯假如股东代表诉讼后对董事、实际控制人追求责任的判决无法得到他国的承认与执行,则公司合法权益的维护与股东诉讼的目的都将落空。

^⑪ 苏力:《思想的组织形式——〈正义/司法的经济学〉译序》,转引自[美]理查德·波斯纳:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第4页。

^⑫ [英]施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文选译,中国大百科全书出版社1993年版,第674~675页。

^⑬ Widiss, Arbitration: Commercial Disputes, Insurance and torts Claims 14 (1979),转引自陈焕文:《国际仲裁法专论》,五南图书出版公司1994年版,第7页。

^⑭ 宋连斌:《国际商事仲裁管辖权研究》,法律出版社2000年版,第30页。

^⑮ 丁颖:《美国商事仲裁制度研究——以仲裁协议和仲裁裁决为中心》,武汉大学出版社2007年版,第405页。

^⑯ 杨良宜:《国际商务仲裁》,中国政法大学出版社1997年版,第34页。

四、股东代表仲裁的前提——意思自治的表现形式探究^①

根据国外立法及我国公司法的规定,股东代表公司行使权利的对象主要为公司董事、监事、高级管理人员、控股股东、实际控制人等。因此,对公司与这些主体签订的仲裁协议进行分析成为必然。

(一)公司章程设定的仲裁条款对控股股东与实际控制人的效力

公司章程既是公司组织与行为的基本准则,也是公司的自治规章。每一个股东,无论是参与公司初始章程制订的股东,还是以后因认购或受让公司股份而加入公司的股东,公司章程对其均产生契约的约束力,股东或实际控制人必须遵守公司章程的规定并对公司负有义务。股东或实际控制人违反这一义务,而在公司章程又对此预先设定仲裁条款的情形下,公司可以依据公司章程对其提出仲裁。

(二)公司与董事、监事、高级管理人员签订雇佣合同时订立仲裁协议

董事、监事、高级管理人员系公司雇员,与公司系雇主雇员关系。在公司与上述人员签订合同时,如对相关权利义务,特别是对上述人员侵害公司利益时约定仲裁解决,则当上述人员有合同约定事项时,公司有权选择仲裁方式向上述人员主张权利。

(三)公司本身主体资格变更导致的仲裁

假如在公司合并的整个环节中订有仲裁条款,则所有与公司合并相关的或者由公司合并所产生的争议皆可以通过仲裁方式解决,如有关资产的评估、资产的出售、资产的重组皆涉及公司的利益,如果相关行为人在公司合并时实施上述行为侵害了公司利益,公司则可以通过仲裁向上述行为人主张权利。

五、股东代表仲裁的制度架构

(一)股东代表仲裁的申请人资格

为防止股东滥用代表仲裁,法律应对股东申请人的持股时间与持股比例进行必要的限制。

1. 持股时间的限制

股东在提起和维持代表仲裁时必须始终具备股东的资格,这一点学界已达成共识。然而股东在申请仲裁前需连续一定期间持有公司的股份还是仅需在不当行为发生时拥有股东资格则存在争议。事实上,股东代表仲裁与股东代表诉讼既有共同点,又有差异;因此股东代表仲裁制度应在参考股东代表诉讼的规定后予以设计。在大陆法系国家,对股东起诉时的连续持股时间基本有着明确的规定。如《日本商法典》第267条第1款规定,提起代表诉讼的股东必须是持有股份6个月以上的股东。我国台湾地区“公司法”第214条规定,提起代表诉讼的原告必须为连续1年以上持有已发行股份总数5%以上之股东,得以书面请求监察人员对董事提起诉讼。我国《公司法》也对提起诉讼的股东有着6个月的持股时间要求。而英美法系国家如美国则要求代表股东在起诉时具有股东资格即可。笔者认为,就股东代表诉讼而言,上述两种制度无所谓优劣,更多反映了各国对规则的不同价值理念。但就股东代表仲裁而言,则法律应确定英美法系的当时

^① 张贝:“从股东代表诉讼看股东代表仲裁”,载《仲裁研究》第16辑。

所有权规则。^⑮ 因为股东代表仲裁的前提系公司与相关侵权人之间的仲裁协议,在该协议对公司的请求权有着明确约定的情形下,股东代表公司申请仲裁,并未超过仲裁协议约定事项,不太可能像代表诉讼那样——公司本身的请求权尚不完全明确,需法院予以认定;故股东滥用权利的可能性较少,无须对代表股东申请仲裁前的持股时间再规定一段期限,以限制代表股东的资格。

2. 持股比例和数量的限制

股东代表公司进行仲裁时,其拥有的股权比例或股票数量是否需达到一定要求?如采用单独股东权说,^⑯则代表股东只需要持有公司一个股份即可提起仲裁;如采用少数股东权说,^⑰则股东必须达到规定的持股比例或数量才可提起仲裁。笔者认为,单独股东说侧重点在于扩大申请人的范围,使得小股东在公司利益受损时亦可代表公司主张权利;少数股东权说则立足于防止代表权的滥用,因此应当将两者进行必要的结合。在有限责任公司中,因该类公司具有人合性的特征,且股东人数较少,容易确定,故股东代表仲裁无须持股比例和数量的限制;至于股份有限公司,主要体现资合性,且股东人数众多,一些股东对公司注资具有投机性特征,不排除滥用代表权的可能性,因此应对代表仲裁的股东持股比例和数量进行必要的限制。我国《公司法》规定股东代表提起诉讼的持股比例需达到1%以上。笔者认为,着眼于我国司法实践情形,1%的比例对于大部分中小股东而言,依然是相当高的要求,这在很大程度上制约了股东代表权的行使。鉴于股东代表仲裁毕竟有仲裁协议为基础,因此,笔者建议,在股东代表仲裁中,可将比例限定在0.5%以上,对持股数量则无须进行硬性规定。

(二) 股东仲裁的前置程序——内部救济手段的用尽

基于股东代表仲裁的代位性质,其适用的前提应和股东代表诉讼一样,系作为被代表公司内部监督制度失灵而设计的补偿救济,故股东代表公司申请仲裁必须以公司内部救济手段的用尽^⑱为基础。即股东在公司遭到违法行为损害后,不能立即直接提起仲裁,而必须先向公司监督机关提出由公司出面进行仲裁的请求。只有在请求已落空或注定落空、救济已失败或注定失败时,股东才可以代表公司提起仲裁。具体的前置程序,可参照公司法有关股东代表诉讼的规定,即股东提起仲裁前,必须书面请求公司的监事会(监事)或董事会(董事)向仲裁机构提起仲裁;在上述人员收到请求后拒绝提起仲裁,或者至收到请求之日起一定期间内未提起仲裁,或者情况紧急、不立即提起仲裁将会使公司利益受到难以弥补的损害的,股东有权为了公司的利益直接向仲裁机构提起仲裁。

(三) 公司在仲裁中的法律地位认定

在股东代表诉讼中,公司的法律地位应为被告抑或第三人一直存在争议。从该制度的设置

^⑮ 即代表诉讼的原告必须在其所提起诉讼的侵害行为发生时即为股东,并且自此以后一直是股东,又称“当时股份拥有原则”。

^⑯ 指股东一人可单独行使的权利,如表决权、股息红利分配请求权等。参见刘凯湘:“论股东权的性质与内容”,载 http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleId=26006,2010年4月27日访问。

^⑰ 指达不到一定股份数额便不能行使的权利,如股东会临时召集请求权、公司重整申请权等。参见刘凯湘:“论股东权的性质与内容”,载 http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleId=26006,2010年4月27日访问。

^⑱ 来源于美国法中的“竭尽公司内部救济”(exhaustion of intra corporate remedies)原则,也称前置请求规则(the demand rule)。其法理在于:公司是股东个人相对独立的法人,股东代位公司行使权利,必须最大可能地尊重公司的法人资格。在公司未拒绝行使或怠于行使权利前,股东不得代为行使。它也可以给公司检查自己行为的机会,有利于发挥公司内部监督机制,也有利于在诉前达成和解,节约司法成本。参见顾微微:“论中小股东权利保护的股东代表诉讼”,载 <http://www.ectime.com.cn/Emag.aspx?ADUQCount=4&itleid=12393&page=2>,2010年4月27日访问。

分析,将公司认定为被告不妥当。因公司并非侵权人,而系实际上的受害者,将公司置于被告的位置无形中剥夺了公司维护自己合法利益的权利;同时在原告股东胜诉时,所得利益归属于公司,如将公司列为被告,则会出现原告胜诉被告获利这样违背常理的现象,而将公司认定为诉讼第三人^②则并无障碍。事实上从我国的司法实践分析,我国股东代表诉讼中公司也系以第三人身份出现。^③在股东代表仲裁中,基于上述同样理由,公司不应当被认定为仲裁被申请人。那么公司是否可被认定为仲裁第三人呢?所谓仲裁第三人,是指仲裁程序开始后,与仲裁案件处理结果有实体法上的牵连关系而主动介入或者被动加入到仲裁程序中的非原仲裁协议当事人。^④公司作为仲裁协议的签订方显然不属于仲裁第三人范畴,不能简单套用诉讼模式将其认定为仲裁第三人。事实上,在股东代表仲裁中,公司具有颇为复杂的地位。一方面,基于仲裁的民间性,虽然公司系仲裁协议的当事人,但仲裁机构却并无职权可追加公司参加仲裁;另一方面,无论公司系形式上的被申请人^⑤还是实质上的申请人,^⑥其均不具有完整意义上的当事人资格,仅具备当事人的部分法律地位。如其不能在仲裁中提出新的仲裁主张,无权请求撤回申请、和解。因此,笔者认为可以将公司认定为一种特殊的仲裁参加人。^⑦对于仲裁参加人的内涵,目前理论界和实务界尚未进行明确界定,但一般将其外延参照诉讼法的规定,限定在当事人、第三人和代理人。笔者认为,第三人之所以纳入仲裁参加人范畴,系因为其与当事人具有法律上的牵连关系或利害关系;代理人之所以被认定为仲裁参加人,系因为其在仲裁中可行使部分当事人的权利,履行部分当事人的义务。可见,所谓仲裁参加人,应当是与仲裁案件或仲裁当事人具有密切联系,而主动或被动加入到仲裁程序的人。如上所述,公司系仲裁协议的当事人、股东代表仲裁的利益归属方,与案件有着实质性的牵连关系,具有仲裁参加人的特征。因此,可以拓展仲裁参加人的外延,将公司认定为一种特殊的仲裁参加人。

^② 根据我国《民事诉讼法》的规定,第三人分为有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人。所谓无独立请求权的第三人,是指对当事人双方的诉讼标的没有独立的请求权,但案件的处理结果,同他有法律上的利害关系的,可以申请参加诉讼,或由人民法院通知其参加民事诉讼。股东代表诉讼中公司的地位类似于无独立请求权的第三人。

^③ 我国《公司法》对公司在诉讼中的地位并未明确规定,但相关高院有着指导性规定。例如:上海市高级人民法院《关于审理涉及公司诉讼案件若干问题的处理意见(一)》中规定“股东提起诉讼之后,法院应通知公司以第三人的身份参加诉讼”;江苏省高级人民法院《关于审理适用公司法案件若干问题的意见(试行)》(2003年6月3日江苏省高级人民法院审判委员会第21次会议通过)第1条第17项明确规定:“公司高级管理人员或控股股东等以不当行为侵害公司利益,公司在不当行为控制之下不能或怠于以自己名义主张权利,公司股东代表公司利益对不当行为人提起诉讼的,人民法院应予受理。提起诉讼的原告应是公司现任股东,被告应是作出行为的董事、监事、经理等高级管理人员、控股股东以及相关交易的相对人,公司应作为第三人参加诉讼”。

^④ S. I. Strong, Intervention and Joinder as of Right in International Arbitration: An Infringement of Individual Contract Rights or A Proper Equitable Measure? 31 Vand. J. Transnat'l L. 915, 920-921 (1998). 转引自萧凯、罗晓:“仲裁第三人的法理基础与规则制定”,载《法学评论》2006年第5期。

^⑤ 此处笔者参考了美国法股东代表诉讼中“名义上的被告”(nominal party defendant)理论。在美国历史上,股东代表诉讼曾被认为是两个相关联的诉讼整合在了一个诉讼程序中:即以公司为被告对其提起衡平法上的诉讼,请求法院强制命令公司对侵害其法定权利的第三人,提起损害赔偿或其他救济形式的诉讼。参见徐增满、刘向林:“论公司在股东代表诉讼中的地位”,载《延安大学学报》(社会科学版)2004年12月第26卷第6期。

^⑥ 此处笔者参考了股东代表诉讼中“真正原告”(the real party plaintiff)理论。在美国的股东代表诉讼中,公司处于双重法律地位,如果原告胜诉,直接受益的将是公司而非原告股东,因此公司系真正的原告。参见王长河:“股东代表诉讼与程序有关的问题”,载 <http://www.civillaw.com.cn/Article/default.asp?id=8553>, 2010年4月27日访问。

^⑦ 《日本商法》第268条第2款规定,股东及公司对于前项之诉讼(即代表诉讼)得为诉讼之参加。显然,在日本,公司的法律地位非诉讼当事人而系诉讼参加人,且公司并非必须参加诉讼。笔者认为,在股东代表仲裁中,公司的地位与此具有一定的相似性,故提出了仲裁参加人的概念。

(四) 股东代表仲裁中代表股东的法律责任

如果代表股东的主张并未被仲裁庭接受,该股东是否需承担一定法律责任,即股东是否需负担相应的仲裁费用和其他相关费用?笔者认为,如果让代表股东承担上述全部费用,则对股东过于苛刻。从代表仲裁的法律性质可知,如果股东代表仲裁获得支持,则所有收益皆归属于公司,因此如果让代表股东承担不利的风险,显然对股东不公平。就此点而言,相关国家在股东代表诉讼中的立法值得借鉴。如《日本商法》第268条第2款规定:“股东败诉时,除非是恶意提起诉讼,否则对公司不负损害赔偿之责。”笔者认为,在股东代表仲裁中也应当坚持有限补偿原则,即代表仲裁如若不成功,则只有在申请股东存在恶意的情况下才应承担相应的法律责任,且该恶意应严格限定在“明知仲裁是不适当且有害于公司”的^②情形下。

Theoretical Exploration and System Design of Shareholder Representative Arbitration

By Mao Haibo

Abstract: Shareholder representative arbitration is a new concept which few scholars have researched and discussed till now. In 2005, the Company Law of the People's Republic of China introduced shareholder representative litigation, which is conducive to supervise corporation and maintains the interests of both the corporation and shareholders. However, Shareholder representative arbitration can play the same role as shareholder representative litigation. As there is no legislation of the shareholder representative arbitration, this article will illustrate it from de jure foundation and practical spirit and provide the System Design of shareholder representative arbitration in detail and the approach to apply the theory to practice.

Key words: shareholder representative arbitration, arbitration agreement, autonomy of will

(责任编辑:姚创锋)

^② 甘培忠:“简评中国公司法对股东派生诉讼制度的借鉴”,载 <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=32319>, 2010年4月27日访问。

论仲裁第三人制度与传统仲裁理论的冲突与协调

叶永禄* 曹莉**

内容提要 对于仲裁制度中是否应设立第三人制度、仲裁第三人是否能够加入仲裁程序,国际上以及我国仲裁界长期以来一直存在两种对立的观点。反对设立仲裁第三人制度的理由主要是设立仲裁第三人与传统仲裁理论相矛盾,违背了仲裁的性质和基本原则。本文将就仲裁第三人制度看似与传统仲裁理论存在的冲突予以一一分析,并在此基础上寻求仲裁第三人制度与传统仲裁理论的结合点,为仲裁第三人制度提供理论上的依据。

关键词 仲裁第三人 传统仲裁理论 仲裁契约性 仲裁司法性

随着国际商事交往的不断扩大和国内商事活动的日益繁盛,仲裁作为一种诉讼外纠纷解决方式,因其具有快捷、灵活、公正和最大限度地体现当事人的意思自治等特点,日益受到商事主体的青睐。与此同时,商事交易的日趋复杂化、多样化、灵活化,也对我国仲裁理论研究和仲裁制度完善提出了新的要求和挑战。第三人问题就是其表现之一。

肇始于民事诉讼法律体系的第三人制度能否引入仲裁法律体系,这是近年来民商事仲裁界关注和讨论的一个热点问题。在仲裁理论界和实务界,现已形成了泾渭分明的两种主张:否定论者从仲裁第三人与传统仲裁理论的冲突性中提出了反对设立“仲裁第三人”的种种理由;然而,肯定说则以国外成功的立法以及国内外实践经验为范例,从仲裁第三人与传统仲裁理论的协调性中确立了引入仲裁第三人制度必要性的基本论点。那么,仲裁第三人与传统仲裁理论是否冲突、是一种什么样的冲突?这种冲突是否存在可协调性?对于这些问题的不同认识,将直接影响人们对仲裁第三人的取舍态度。本文以仲裁第三人基本含义的确定为基础,分析仲裁第三人与传统仲裁理论形成冲突的种种表现,并以与时俱进的态度探寻仲裁第三人与传统仲裁制度的结合点,从而为在我国仲裁法中引入仲裁第三人制度提供坚实的理论基础。

一、仲裁第三人制度与传统仲裁理论的冲突

目前,我国学界对仲裁第三人概念的界定还相当混乱,没有形成共识。有学者仿照民事诉讼第三人制度来界定仲裁第三人,认为所谓仲裁第三人就是指对仲裁当事人的争议标的有独立请求权,或虽无独立请求权,但案件的处理结果与其有法律上的利害关系,为保护自己的合法权益而参加到仲裁程序中的人。根据此定义,仲裁第三人亦包括有独立请求权的第三人和无独立请

* 上海交通大学——上海仲裁委员会仲裁法研究中心副主任、副教授,法学博士。

** 南通大学教师。