

长投公司、绿城公司股权转让仲裁案

摘要

本案例以两起真实股权转让仲裁的关联案例为蓝本,围绕股权转让案件商事仲裁的整个过程,涉及知识点和执业技能包括,仲裁机构和仲裁员如何受理和审理商事仲裁案件,股权转让案件的证据收集、事实认定以及商事仲裁比较独特的法律适用等。两起关联案例涉及的实体问题包括:商事仲裁中除了法律适用一般常见的法解释学方法,针对商事仲裁更加重视契约自由、商业惯例和市场规则等极为独特的思维,还可以从法经济学、法社会学的角度,更大程度地充分发挥商事仲裁自身优势,提出或集结多元化的思路,在尽可能周延地考虑各种影响因素对各种待选方案进行总体的、边际的、替代的甄选之后,根据当事人的经济理性这一市场机制构建权利安排的最优格局,或者在有限理性、信息不对称及合约不完全等条件下进行次优的配置。涉及事实和证据问题包括,股权转让仲裁案件的证据收集、协议效力和先履行抗辩权证据认定等问题。

关键词

股权转让 商事仲裁 法解释学 法经济学 法社会学 特定方法论

教学目标

- (1) 仲裁委员会决定对商事仲裁申请案件决定立案后,应从事哪些法律活动;
- (2) 商事仲裁员被选定后,应如何从事各项法律活动;
- (3) 以股权转让案件为例,除了法解释学思路,如何从法经济学、法社会学的多维视角,紧密结合商事仲裁的特征,提出处理案件的思路、基本步骤、事实认定和法律分析之间的基本框架。

教学案例

鉴于商事仲裁案件的保密性特征,以下案情概要及当事人名称均加以虚化;同时,为便于掌握两起关联案件的整体原貌,拟将内容和争点进行合并梳理。

一、商事仲裁的兴起

中国的仲裁法已颁行二十载,这部曾经一度被海外评论为与国际做法接轨最为密切的法律,为不断走向成熟的中国经济体制改革立下功勋。不过一向视为“朝阳产业”的仲裁,在中国至今仍然面临区域之间仲裁业务发展不平衡、仲裁业务份额与诉讼不成比例等棘手难题。除了当事人残留的长期仰赖官府的情性思维,尚不习惯也不善于运用更多社会力量消化矛盾,同时,源于缺少仲裁文化的积淀而固守滞后的封闭式仲裁思路,也使不少仲裁拘泥于两造对垒的模式去解决争端,导致原本旨在强调“消化和共容”的仲裁过程反而加剧了对立,仲裁裁判反而激化了情绪。相应地,以往这种“正面对抗式”的中国仲裁也在相当程度上被矮化为“第二法院”。

变化正在发生。以上海仲裁委遴选的近年所受理具有典型指导意义的数十起股权转让商事仲裁案件为样本,所涉覆盖了股权转让纠纷的主要类型。初步分析可以发现,无论是集中于非上市公司股权转让中指向人合性的“其他股东同意权”、股权善意取得、违反章程转让的认定,还是股权转让实践中适用跨度最大、问题最为突出的出资不到位和抽逃出资之类瑕疵出资股权转让的补充清偿责任承担及主体锁定,抑或关涉外资企业股权转让行政审批与合同效力、国有股权转让未执行入场交易规则,股权转让缴纳税收等强制性规则“禁区”,以及扩展到家室股权的资格和权利行使、尚未完成过户情形下的股东身份确认、颇多争议的“隐名股东”股权转让后代持与涉嫌非法经营、非法集资区分的难题破解,已实际上程度不同地以直接或间接方式体现了“且当权利的边界基本清晰之后,商事仲裁可以充分发挥自身优势而集结多元化思路,在尽可能周延地考虑各种影响因素对各种待选方案进行总体的、边际的、替代的甄选之后,根据当事人的经济理性这一市场机制构建权利安排的最优格局,或者在有限理性、信息不对称及合约不完全等条件下进行帕累托次优的配置。”

毫无疑问,原本即应迥异于法院裁判的商事仲裁之特定方法论正在当下中国悄然回归原位。但是,相对更多剑拔弩张的法院裁判侧重于使用已比较圆熟的法教义学方法,以及更进一步面对疑难案件时所选择的繁芜曲折又极为精致的法解释学路径,更为强调灵活、快捷、兼容,以及更多遵循商业惯例和市场游戏规则的商业仲裁,在中国由于是把事先设计好的仲裁制度植入到一个社会转型、变迁发展的过程中去,因而具有“先天的植入性”,倒逼使得仲裁与现实的对接和融合变得极为关键。问题在于,商事仲裁作为受理案件类型对应的“专家裁判”方式,是从专业领域内临时选的仲裁者,其专业知识结构及所在领域内的复杂思维能力一般

会超越法官,本应公信力更高,只是源于在商事仲裁方法论上缺乏梳理和研究而流于简陋乃至粗糙,导致不少商事仲裁的合法性与正当性及两者的协同仍存在不少问题。仲裁的过程和裁决非此即彼地要么呈现为一个缺少合法性的“纯粹专家意见”,要么干脆回到趋同于法官裁判的法教义学老路,让仲裁需要更多借助正当性化解冲突的特定功能折损耗殆,尤其是后者情况比较明显。因此,并非“第二法院”的商事仲裁方法论亟待进一步正本清源。

为了更为彻底地澄清和解决这一问题,拟以上海仲裁委甄选的两起比较典型的股权转让仲裁关联案件为切入点,在明确案件涉及当事人权利边界的基础上,立足于作为仲裁优势所在的多元化思路,以法解释学为出发点,延展到法经济学以及法社会学进路作深度的剖析,仔细探讨不同进路的成本效益及利弊得失,除了收到条分缕析、简洁明了的效果,并试图把个案意义中所蕴含的商事仲裁之特定方法论,借助于“推及效应”进行比较系统的分析和讲授。

二、案情概要

该案申请人为长投公司,被申请人 of 绿城公司,双方均为“目标公司”股东。2009年5月8日,双方签订股权转让协议,约定长投公司将持有的目标公司股权全部转让给绿城公司,转让对价2.26亿元人民币,并约定了各自的权利和义务。

涉及案件争议的,是以上股权转让协议中有关部分转让价款支付条件的约定。主要包括:(1)鉴于目标公司投资建设的平阳高速项目中A、B、C三条连接支线涉及向政府缴纳补偿费用的问题,至今尚未与政府部门达成共识,协议约定转让方长投公司应承担上述费用,由受让方绿城公司代为偿还,并在转让对价中暂扣1500万元。根据政府文件或协议,若该费用实际发生额高于1500万元,差额部分由转让方承担;若低于1500万元,则差额部分退还给转让方。(2)长投公司负责配合解除目标公司与某石油公司之间关于加油站经营权转让的合同,并于股权转让协议生效后一周内提供给目标公司,绿城公司应在目标公司认可后5日内支付1%价款。(3)长投公司配合目标工作完成在建工程竣工验收工作,绿城公司在竣工验收完成之日起5日内支付10%价款。(4)长投公司负责取得目标公司投资建设的平阳高速所需的房地产权证,以及将原件正式交付目标公司,绿城公司应在目标公司认可后5日内支付1%价款。(5)自股权转让协议生效后两周内,长投公司负责清理目标公司的劳动用工,协商解除目标公司与超编人员的劳动关系,使用工人数符合政府相关规定,绿城公司应在目标公司认可完成这一事项后5日内支付0.5%价款。

以上股权转让协议签订后,股权转让方长投公司依约将原持有的股权变更登记在绿城公司名下,作为股权受让方的绿城公司支付了1.49亿元,剩余款项尚未支付。

三、双方请辩

2011年7月11日,长投公司根据股权转让协议约定的仲裁条款,向上海市仲裁委提交仲裁申请称,申请人长投公司已依约履行股权变更登记义务,被申请人绿城公司支付部分款项后,以长投公司没有依约先期履行部分条款为由,不再支付剩余款项。

申请人长投公司认为,尚未履行的部分条款属于违法及应予撤销的条款,因此请求绿城公司继续支付股权转让价款。具体理由为:(1)债的产生有合同之债、不当得利、无因管理和侵权行为,而在本案中目标公司与当地政府就三条连接支线不存在以上任何一种债的关系,所以原协议有关绿城公司暂扣1500万元用以抵冲补偿费的约定不成立。(2)依据《合同法》第93、94条规定,加油站经营权解除合同的主体只能是合同当事人即目标公司与某石油公司,长投公司无权解除而仅负有提供移交资料这一配合义务,绿城公司以经营合同没有解除为由拒付于法无据。(3)同样,长投公司对在建工程的竣工验收只负有配合义务,不影响被绿城公司依约付款。(4)依据《土地管理法实施条例》第5条和《房地产管理法》第61条规定,申请办理房地产权证的主体应是实际使用人。因此股权转让协议约定由“转让方负责取得目标公司投资建设的平阳高速所需的房地产权证”违法应为无效。(5)依据《劳动合同法》第36、37条规定,协商或单方面解除劳动关系的主体只能是用工单位和劳动者,股权转让协议约定由“转让方负责清理目标公司的劳动用工”属于无效条款。退一步讲,目标公司拒不采纳长投公司提出的超编人员的裁员方案,反而与超编人员签订劳动合同,致使超编人员的问题没有解决,反证了长投公司已经尽到清理义务。

被申请人绿城公司辩称,股权转让协议是双方充分协商后签订的,真实意思表示,所涉条款均合法有效,且长投公司只是在仲裁事实和理由中简单提及协议的有关条款“违法及应予撤销”,并没有明确在仲裁请求中单独对协议条款提出撤销或确认无效,因此仲裁庭不应予以认定。基于此,绿城公司认为在协议约定的股权转让对价支付条件中,因长投公司未能先履行绝大部分约定义务,绿城公司享有先履行抗辩权,有权不付相关款项:(1)绿城公司暂扣三条连接支线补偿款1500万元有充分事实和法律依据。该三条连接支线建设作为平阳高速建设的辅助工程,已报政府批准,是长投公司遗留下来的重大未完成义务;该义务已在股权转让义务中明确,且长投公司在协议签订后甚至还向绿城公司申请过支付100万元补偿费。根据政府会议纪要,仅其中B支线就缺口补偿费1800万元,为此政府曾明确向目标公司催索。所以,当长投公司不能举证三条连接支线不应支付或应少付补偿费时,绿地公司有权暂扣相应对待价。(2)长投公司解除与某石油公司加油站经营合同的纠纷另案处理尚未审结,申请人仍有继续配合义务,亦未达到付款条件。(3)竣工验收是一个客观的、必须逐步实施的过程。本案中目标公司档案验收及其必须的土地证、环保验收、竣工审计、质量鉴定至今未完成,既有基建验收程序规定的工程运行检验期间问题,也有政府验收延迟问题,更有长投公司未完成工作及前理管理混乱造成的竣工资料不全、工程施工存在诸多问题等因素,使得绿城公司难以付款。(4)长投公司至今尚未交付作为竣工验收必要条件的房地产权证,导致目标公司资产仍有瑕疵,不符合协议约定的对应付款条件。(5)长投公司在协议约定的生效时间两周后才提出用工定编方案,且自此又无任何实际行动,没有清理任何超编人员。相反,绿城公司接手目标公司后,本着承担央企社会责任角度,不得不继续与大部分超编人员保留劳动关系,致使长投公司所承诺义务客观上已无法完成,依此绿城公司有权拒付相应对价。

四、审件的延续

面对以上争议,第一次仲裁裁决作出后,2013年7月19日,长投公司再次依据2009年5月8日股权转让协议,认为其在首次仲裁裁决后继续履行股权转让协议业已达到约定付款条件,遂以第一次仲裁涉及的第(1)-(3)项内容提起新的仲裁。对此,第二次另行组成的仲裁庭认为:(1)1500万元暂扣款涉及的A、B、C三条连接支线,经查其中A、B已列入平阳高速的建设和验收范围,C尚处不确定状态而暂不认定,根据诸多间接证据综合认定B支线实际补偿金为800万元,遂裁决低于1500万元的差额700万元,依约应由绿城公司退还给长投公司。(2)涉及加油站经营权的合同争议另案终审未能实现解除的目的,丧失了支付该对应股权转让对价的条件,但为了及时彻底解决这一争议,又酌情裁决绿城公司减半支付。(3)既然竣工验收业已完成,绿城公司即应依据股权转让协议支付相应对价,以所谓1500万暂扣款尚不足以解决连接支线补偿,需从其他股权转让款中弥补的理由不能成立。

教学手册

教学目标

本案例供法律硕士案例教学使用,法学本科(大四)、所有专业方向的法学硕士也可参酌使用。

本案例主要针对商事仲裁的独特程序和特定方法论,以及股权转让案件的常见认定问题进行讲授。具体要解决的问题包括:(1)仲裁委员会决定对商事仲裁申请立案后,应从事哪些法律活动;(2)商事仲裁员被选定后,应如何从事各项法律活动;(3)以股权转让案件为例,除了法解释学思路,如何从法经济学的二维视角,紧密结合商事仲裁的特征,提出处理案件的思路、基本步骤、事实认定和法律分析之间的基本框架。

教学内容

1. 上述案例涉及两次相关性仲裁的争议焦点分别是什么,以及争点反映了商事仲裁的什么取向?

两次仲裁庭归纳的争议焦点涉及股权转让协议的效力,以及先履行抗辩权的行使是否恰当。实际上,恰如其分地评判这两个问题,必须先弄清楚更为重要、更为本质的争议,即契约中敲定选择仲裁而不是诉讼作为纠纷解决方式的当事人,签订股权转让协议时的付款条件和履行顺位约定,其根本定位到底是倾向“法律防卫意义上向后看”的权利义务合法性分配,抑或出于股权转让这一同质性目标所对应的相对平等化意识,只是为消化可能发生的对立性紧张提供正当性资源的“共识备忘意义上向前看”。

2. 商事仲裁对于完全落入双方约定的争点事项可以采取哪些比较灵活的评判原则? 案

例涉及的两起仲裁到底是如何更好体现“案件管理者”这一角色的?

面对协议规定得事无巨细、极尽完备的条款,一旦商事仲裁事项完全落入约定范围内,仲裁庭是否可以完全根据约定进行仲裁,即在没有法律乃至惯例适用的情况下根据“友谊仲裁”原则进行自由处分。此时,审理争议的仲裁员所需做的就是力图根据协议的措辞确定当事人实际表达的意愿并付诸实施。基于这一立场,仲裁庭所应做的就是努力让当事人约定的合同目的这一精髓得以实施,毕竟这才能体现商事仲裁对当事人意思自治的“包容性”尊重和执行。

藉此延伸的问题是,商事仲裁领域内当事人之间的纠纷本为私权事项,诉之司法终究是公权介入,而商事仲裁作为最为成熟的ADR,所依赖的则主要是“掌握公平的权威力量”。因此,对于具有专业知识作为权威符号的仲裁员来说,一般不会出现因外行人断案而产生令双方当事人匪夷所思的结果;同时这种天然地对案件结果的相对稳定预期,又反过来让仲裁员拥有了更多主导权。假如让他们只能像“第二法院”的法官那样被动接受当事人的证据与争辩,然后只能挑选其一,往往是比较痛苦的,他们可能另有想法或知道双方争辩都不对或不是真相。那么,商事仲裁之特定方法论是否可以允准仲裁员在当事人请求范围内,较之法院更大程度上运用公平合理原则,异于当事人请辩提出自己的另一种想法,让仲裁员在这种情形下更像一个“案件管理者”。当然,作为“商事仲裁程序的超级主人”,除了以当事人同意加以制衡,仲裁员还必须遵守最低的准则或原则,比如起码的自然公正以及避免不必要的延误与浪费等。

3. 围绕归纳的两起仲裁案件的争议焦点,商事仲裁庭是如何展开事实认定和法律适用的?

以列举的股权转让案件为例。对于股权转让协议部分条款的效力,仲裁庭认为如果协议条款存在两种合理的解释,一种是让协议难以执行或违法,另一种反之,就应采用使之能执行且合法的方式加以解释。藉此,仲裁庭提出股权转让方长投公司承担办理房地产权证义务的约定,需还原签约时的原意进行“目的解释”,亦即目标公司只是承担配合义务,以保证长投公司完成申请流程,比如作为土地使用者向政府部门提出申请,并按要求提供各项所需的文件和委托手续等;长投公司则应承担主要义务,如申请资料的准备和递交、与政府部门的沟通和协调、房地产权证的颁发和接收等。所以,毋宁说《房地产管理法》第61条并未限定办证主体,《土地管理法实施条例》第5条也只是规定了申请土地证应以“土地使用者”名义提出,并未强制规定整个申请过程应全部由土地使用者办理。因此,以上目的解释不违反任何强制性规定。同理,约定让转让方长投公司解除加油站经营合同,对于长投公司是一项配合性义务,即使其并非经营权转让合同的主体,无法直接行使解除权,但法律并不禁止作为目标公司的配合方参与上述合同解除的过程之中;约定并非劳动合同主体的长投公司作为责任方,参与劳动用工的清理,同样不违反禁止性规定。据此,仲裁庭认定以上协议约定合法有效。

4. 面对本案第一个争议焦点,商事仲裁庭的法律解释方法到底有什么独特性?它所遵循的理论依据和现实意义是什么?

当案件上中出现压倒的正当性理由,商事仲裁即应转向对合同解释的“可循性”(predictability)特质。商事仲裁不同于法院,除了恪守法律的肯定性(certainty),所援引或解释的规则还须印刻上对权利、责任与有了争议的可循性,以让商业人士及其法务顾问知道怎样在草拟与谈判时考虑交易风险及有所应对,比如,股权转让中的付款担保、风险投保和条文表述上的谨慎注意等。针对商事仲裁来说,对合同的解释能做到可循性,乃是来自长期无数先例累积而成的特定游戏规则,它们也只能做到可循性,而不应一味仿照法院那样做到无可挑剔的肯定性。恰是这一区别对商事仲裁具有重要意义,否则商事仲裁时刻像个“第二法院”那样以坚守法律适用的肯定性为第一要务,就会大为削弱仲裁的优势及赋予商法适用的灵活性。

诚然让商事仲裁解释合同具有可循性的优选方案,还是根据文字和措辞给予客观和一般性解释。正如本案中股权转让方长投公司认为,股权转让协议约定的许多付款条件系要求目标公司完成,但此时已由受让方绿城公司而非出让方实际控制,因此约定继续让出让方申请地证、解除加油站经营合同和清理用工超编,不符合相关法律规定而应认定无效。不过这一观点虽然表面上公平合理,可从另一角度分析结论完全相反。因为可能会出现受让方基于交易信息不对称、履约环境不熟悉、决策有限理性等原因,过度承担股权转让约定对价之外的额外成本而产生极大损失,本案中解除加油站经营合同另案历经法院两审复又申请再审均未成功,以及受让方基于转让方怠于履行义务而不得不承担起清理用工超编的义务,即为明证。一旦这样,实际上就让股权转让协议失去了可循性,受让方在事先没有对上述约定有替代履行预期的情况下,约定条款被认定无效后不知道该做什么,就会导致打一场甚至几场昂贵漫长的仲裁或诉讼官司。很显然,这种情况下的仲裁员就不能僵硬地局限于以往的文义解释,而是需要依赖多元化路径进行公平合理的“结构解释”。简单地说,就是找出双方以文字所表达的订约意图,所能享有的权利、作出过的承诺与所接受要承担的责任。正是基于这一考虑,上述案件中的仲裁庭认为,“推定合同的每一条款具有的意思与意义并且不违法,这是还原双方当事人订立合同当初之目的方式,当初双方肯定不是希望将无意义的条款或违法的条款加入到合同中。”可以说,这种还原订约意图的正当性认定,不仅恢复了股权转让协议的可循性,而且正是商事仲裁特定的内部解释合约的一个主要规则。

其理论依据在于:从法学方法论的理论上,根据法与实践理性的外部证立规则,法律解释的一般顺位从文义解释依次推向目的解释、衡量解释和体系解释。那么,何以该案仲裁可以改变顺位迳行选择“目的解释”来认定协议条款的效力?答案很简单,肯定是出现了坚强到压过文义解释的正当性理由。

其现实意义在于:许多商事仲裁案件中的当事人从事交易时会普遍认为,即使由律师参与或草拟的协议早已假设文字是有法律的定义,也仍然难以摆脱涉及交易因素的不确定性,纠缠于合约文字无休止的分歧、条款之间陷入的循环论证以及可循性理由的无穷倒退等极为复杂的因素,客观上会对交易过程产生潜移默化的影响。所以,通常情况下如果不是最终依照“明希豪森方式”那样依赖于某个特殊理由来武断结束论证的链条,则终究不能走出困境而致使商业交易或谈判本身失去意义。因此,商事仲裁独有的大尺度柔韧性使得仲裁员可以也

应当尽量支持这种生意上的协议有效,以让协议产生“可循性”,而不是一味埋首于法律适用的“肯定性”去挑骨头,甚至只是出于不太肯定而归于无效。可以与之印证的是,在最近的三十年,传统解释合约的做法有了很大改变。这倒不是解释合约要考虑什么有了改变,而主要是在侧重点方面有所转移。这就是现在的侧重点是在订约时的背景/语境与合约的本质等方面,比文书合约中的条文/文字更加重要。另外传统做法必须是条文/文字有了含糊才接受外来证据,但现在即使是条文/文字毫不含糊,也要考虑背景/语境与合约的本质。

以上的商业协议可循性论证,使得商事仲裁即使面对的并非疑难案件,也能更为灵活地根据订约背景/语境,直接运用目的解释以及衡量解释、体系解释等这些结构解释的方法。这一独特方法甚至已被直接冠之以“商业解释”,其目标就是尽量令协议有效而不是无效。

5. 面对本案第二个争议焦点,股权转让协议中约定的顺序履行问题从证据上应当如何认定?

因两起案件的股权转让协议系争条款均明确规定了债务履行的先后顺序,双方应依约适当履行。第一起仲裁庭依此支持了作为股权受让方的被申请人绿城公司以上第(1) - (4)项观点,而对于第(5)项则支持了申请人长投公司的请求。

针对 1500 万连接支线的补偿款问题,两起关联仲裁案件中的解释有一个递进过程。在第一起仲裁的裁决中,仲裁庭认为“虽然申请人辩称该笔费用不应属于法律意义上的补偿款,但在申请人不愿意支付该笔费用,而政府又发函催讨的情况下,此种状态属于股权转让协议约定的尚未与政府部门达成一致意见,补偿费用数额也尚未确定的情形”。仲裁进而认定“申请人并未完全履行其义务,被申请人享有先履行抗辩权,有权暂扣 1500 万元费用”。这里,仲裁庭排除了双方约定向政府缴纳补偿费在债法中的法律地位认定,实际上是以潜在方式认为政府提出的就连接支线进行补偿已是一种商业惯例,暗含了商事习惯做法上不言自明的默示地位,更何况本案中又有股权转让协议专门针对此的付款条件约定,以及之后长投公司要求绿城公司实际支付 100 万元补偿费的事实加以佐证。

面对同一问题,第二起仲裁裁决中涉及 C 连接支线补偿金的分析比较精彩:一是连接支线已正式列入平阳高速建设和验收范围,作为补偿费是否纳入本案处理的标志,以此排除了未在此范围内的 C 线;二是对 C 线补偿金数额上的争议,已向政府缴纳的款项到底是已全部付完,抑或停工不再建设,还是有待商定后继续支付,存在多种可能;三是鉴于以上两点,认定绿城公司不能以一个不确定状态暂扣股权转让价款,但又不妨碍待补偿金确认后,绿城公司另行主张。对于 C 线未纳入平阳高速建设范围,第一次仲裁就已知晓而未予认定,相隔两年后第二次仲裁又何以作了“悬挂”认定而让绿城公司支付转让对价呢?仲裁庭的履约认定关键在于,本案中包括 A、B 两条连接支线在内的平阳高速已作为一个整体通过竣工验收,建设依据和验收范围并未包含 C 线;同时也并无证据表明,C 线的补偿金协议已经签署或必然会签署;另外即便是面对 C 线的前期付款,也存在多种解释可能,所以最终认定绿城公司无权继续暂扣款项入情合理。

6. 两起商事仲裁案件中对于市场规则、商业惯例和契约自由的尊重又是如何具体体现出

来的?

(1) 面对该案第二个争议焦点,仲裁庭援用了一个重要并经常遇到的极为独特的商事仲裁解释规则,即“凭借清晰的文字去排除对法律地位的认定”。通常法律地位被视为公平合理,但当商业协议约定的事情与之相悖,只要不是违背作为“禁区”的法律强制性规定,仲裁员就可以根据对商业惯例的判断,适当排除对法律地位的认定。当然,约定于法相悖而越不合理的事情,就要阐释得越清楚且只能有一种说得过去的解释,而不能滥用这种商事仲裁上的独特方法论去恣意妄为。

(2) 比较复杂的商业协议往往未约定所有承诺/责任的履约标准、履约时间、履约对价,使得商事仲裁更为灵活运用商业习惯上涉及合理标准、时间和对价的默示这一方法论上的特定解释规则,变得尤为重要。此时的仲裁员只能根据当事人已达成的协议条文本本身与协议签订及履行时的背景和环境,默示该协议的履行标准、时间和对价。当然这会带来相当的不确定,毕竟即使是亲自签约的协议各方对什么是“合理性”的理解,也时常会有出入,付诸仲裁后更是如此;让仲裁员进行裁决又须经过一个昂贵与缓慢的过程,正如本案中只有事隔数年后,认定条件逐步成熟才能作出相对合理的判断那样;加上即使违反了支付的合理时间,法律的救济也只会是利息的损失。所以,对一些重要的履约标准、时间和对价,以商业上的默示应对并不理想。

7. 两起商事仲裁中先履行抗辩权的举证责任移转是如何体现的? 它反映出商事仲裁的举证责任移转有什么特定性?

(1) 原两起仲裁都涉及到以目标公司竣工验收作为股权受让方绿城公司支付相应价款的前设条件及先履行抗辩权的恰当行使。一方面,第一起仲裁庭采纳了绿城公司提出竣工验收未完成时,可以拒付约定的相应价款;另一方面,当竣工验收完成后,第二起仲裁庭又不赞同绿城公司把拒付理由扩展到连接支线补偿款尚有缺口(即使这一事实能够成立)另一事项。可以说仲裁庭对于协议中的这一约定,只是简单以竣工验收时间作为付款条件,而不去判断长投公司在竣工验收中是否已尽义务,符合商事仲裁的特定方法论。因为协议中约定的这一付款条件是要求目标公司完成一定事项,而此时已由受让方而非转让方实际控制目标公司,所以被要求的转让方长投公司协助或合作已并不是该协议履行下所必须,商事仲裁也就不应强行要求一定这样做,只是依照协议双方约定的付款条件作出简单的判断即可。正是基于这一倾向,第二起仲裁庭不允许在竣工验收的付款条件出现后,绿城公司又扩展到另一事项行使所谓“先履行抗辩乃至不安抗辩权”。

(2) 现实的合同约定和履行中,双方必须给予协助或合作以让对方顺利履约的情形时有发生。法院通常会根据约定或合理性,适用《合同法》第67条规定的顺序履行抗辩权,即后履行一方可一时中止自己债务的履行,对抗先履行一方的履行请求,以此保护自己的期限利益、顺序利益;在先履行一方采取了补救措施、变违约为适当履行的情况下,顺序履行抗辩权消失,后履行一方须履行其债务。然而,商事仲裁面对这种情形判断先履行权是否存在的程度会有所不同。除非协议详尽约定先履行一方的义务,否则应判断这一协助或合作义务是否是

该合约的履行所“必须”。只有在必须的情况下先履行抗辩权才能成立,所以光靠合理不合理的判断是不足够的。

其实,除了本文所引案件的“约定付款符号式”情形,实际中还会经常遇到甚至没有约定,但需要对方合作才能履行的情形。这种要求各种各样,包括金钱上加价或减价,或是提供一些文件或资料,或是延误一方要求对方合作去延长销约期或其他期限,甚至是做合约不要求或与合约不符的事情等,同时被要求的一方又往往对自己的法律地位不了解(如可否拒绝),加上怕事或一厢情愿地去合作,就会贸然答应,但事后又反悔而造成可能是禁止翻供的行为或是毁约。这样商事仲裁方法很重要的一点,就是上述被要求的一方应了解对方提供的协助或合作要求,是否为该协议履行下所必须。

8. 基于商业案件的特殊性,商事仲裁中是否可以引入法经济学的二维思维?请充分结合两起仲裁案件具体加以详细说明。

以上对两起仲裁的法解释学分析及归纳的仲裁之特定方法论,能够明显发现脱胎和茁壮于行政体制内的中国商事仲裁“去公权化”色彩渐趋增强,越来越重视契约自治、商业惯例和市场规则。它们之所以需要遵循,是由于它们“提供了维持重复博弈均衡的合适的规则”。从更加本质的意义上说,这些规则不是像法律的肯定性那样,需要基于“目的论功利主义”,以立法者作为理想观察者,其偏好就是所有人平均的或加总的偏好,其效用函数就可以作为整个社会的福利函数,法院应是这一思路的最忠实执行机构。与之不同,同依赖于一套公理概括出来的先验“共同善”相比,商事仲裁因为需要更多地考虑商业交易中的当事人乃至更多的实际利益相关方及相应的责任承担,因此更注重只要有可能,就可以从最基本的概念出发来为社会构造一个福利函数,就像冯·诺依曼和摩根斯坦从个人对彩票的偏好出发构造了个人效用函数一样。但是,这种“非目的论方法”必须克服如何进行效用的情景比较及相应进行法经济学意义上的利益衡量这一难题。

两起股权转让关联仲裁案件中,双方签订时都应明知因控制权转移而产生部分协议约定义务的实际履行主体变更,可能会引起法解释学意义上的效力认定麻烦;同样,1500万元暂扣款难以归入法律的债之类别,也会让协议的履行一旦产生争议后出现不确定。那么,为何双方当初仍然签订这样一份协议呢?通常在带有竞争性的市场交易中,任何市场参与主体在追求商业利益最大化时,一般均会考虑交易本身的合法性,并注意规避法律风险。然而,由于市场竞争中商业主体会面临各种转瞬即逝的机会,因而股权交易双方常常会在协议中作出一些“特别设计”。法律对此有不少强制性规定,比如不违反股权转让的先买权规则。只要“特别设计”不违反法律强制性规定,协议不应轻易被认定无效。毕竟公司创新成本极其高昂,投资者通常又会对创新作出负面的揣测,对公司的股权支付过低的价格。所以,法律的强制性规定正是从整体上以传递有利于公司创新的信号为导向。比如,法定股权拍卖会对“其他股东”相对于“股东以外的第三人”采取“跟价法”,就是充分保证了先买权的实现。上面两起关联仲裁案件中,双方约定控制权转移后的目标公司仍需转让方尽配合义务,不仅是转让方藉此抬高转让价格的策略,也是受让方支付被高估的股权转让价格后,又试图借此降低机会主义

上的实际成本。当该约定被认定无效后,就从根本上就阻断了商业计算的正当性链条,甚至严重影响到受让方收购的 PE 倍数构成。同时,转让方又无须承担为提高自己股权转让受益而鼓吹泡沫所带来的全部损失,衍生出“赢者通吃”的法经济学达尔文主义。其结果必是违背常理甚至陷入荒谬,极不利于商事问题的恰当处置,进而从根本上削弱目标公司借助于资本优化配置而产生的持续创新驱动动力。

因此,商事仲裁相对于法院而言,更应“回到科斯”坚守法经济学有关冲突权利有效配置的原创性思想,不宜过分以法律的肯定性这种“有形之手”不当干预,贸然把商人在利益最大化目标引导下的合法自愿交易认定无效,以否定市场竞争“无形之手”的结果,否则就有越俎代庖甚至恣意裁断之嫌。无疑法律体系的目标之一就是建立起清晰的权利界限,使权利能在此基础上通过市场进行转让与重新组合。但进入交易成本并非为零的真实世界后,商事仲裁的效用就会立即体现出来,它需要建立起一个可循性的资源优化配置规则王国,把个人拥有的权利、以及他们的责任和特权加以更优的配置。正是这种市场交易出现的时间和谈判成本博弈后的纳什均衡,便于长久地让当事人在经济理性引导之下通过自愿交易实现权利和资源优化配置,而非总是通过法律直接或强制配置权利和资源。就像两起仲裁案件中那样,受让方和转让方在股权转让协议中的特别设计,就是从利于目标公司发展与创新这一权义分配原则,抛弃“如果市场交易成本过高,那么权利应赋予那些最珍视它们的人”的波斯纳法经济学一根筋思维。假如无法一一对应补偿受损方的损失,则可以借助于约定控制权转让、股权附条件支付以及面向利益第三方政府的连接支线补偿款暂扣 1500 万元等多元化方式,予以间接的补偿和平衡。因为涉及权利和义务配置,即使是商业交易中的“针锋相对战略”,不仅包含着“他人如何待你,你也如何待人”的一次性博弈均衡,而且它也支持协议达成后在实际履行中又可以“不间断合作”作为不确定次数重复囚徒困境的一个纳什均衡。

实际上,商事仲裁的法经济学视角规则之一,就是当权利边界不清楚时,仲裁员们不能类似作为法律的代言人法院那样,“模拟市场交易机制配置权利和资源,即将权利赋予那些最珍视它们的人”,因为这象征着一种公权力对商事私权领域的强硬干预。商事仲裁只能是在尽可能周延地考量各种因素对不同待选方案的影响和反复权衡后,以及秉持张五常所谓“局限条件下之合约选择”的审慎:假如这样的决策损害既定的合法权利,那么应当花费尽可能少的代价;假如这样的变化别无选择,也要尽可能补偿受害方的损失;假如无法补偿或者不能实际补偿,则尽可能减少这样的干预行为。

可见,独特的商事仲裁领域中涉及《合同法》第 52 条关于以合法形式掩盖非法目的的合同无效之规定,只能适用于形式合法、目的非法的交易合同,不能扩及到形式非法、目的合法的交易合同。本案中股权转让方原来长期掌控目标公司形成了相当的信息优势,当受让方考虑到交易的“信息不对称”,在股权变更前后期短期内难以改变的情况下,约定中提出即使在控制权转移后受让方仍应尽配合义务。面对这种商业上的考量,需要商事仲裁员们对股权转让的实际情况拥有更为精深的理解。比如,为了恢复股权转让双方不对称的信息交易平衡,本案双方在协议中采取的这种“私力救济”意义上约定,就是博弈构建出了基于转让对价、方式

和间接补偿的最优交易方案。所以不宜轻易认定交易或合同无效,以免阻碍交易自由且不利于维护正常稳定的交易秩序。可见,传统的法解释学与新兴的法经济学分析方法具有殊途同归、相映成趣的功效,不会出现南辕北辙的情况,除非哪个环节出现了问题,或者出现了逻辑推理错误。

9. 两起商事仲裁案件在法经济学方法的“简单”运用上,应当如何精确地把握法经济学思维下的权衡边界?

沿着以上的科斯而非波斯纳的法经济学路线,还可以进一步深入分析两起关联仲裁案件中的另外两个涉及运用法经济学方法边界的问题:

原两起仲裁的第(2)项都涉及转让方长投公司负责另行解除加油站经营权合同问题。第一起案件仲裁期间,因另案处理加油站经营权合同尚未审结,故而仲裁裁决绿城公司可以行使先履行抗辩权;第二起案件仲裁期间,另案终审判决该合同不能解除后,绿城公司提出再审旋又撤回。对此,长投公司以对方不正当放弃司法救济的最后手段为由,认为绿城公司阻止了条件成就,即应视为条件已成就;绿城公司则认为出现了导致再审已无实际意义的情况,故而撤回再审申请,同时提出不应支付所对应的股权转让价款。仲裁庭认为长投公司理由不成立,但又基于加油站合同难以解除,权衡裁夺绿城公司应减半支付原约定的相应股权转让对价。

这是一种比较少见的情况,即双方约定了需要其中一方花很大费用和精力才能做到的事情,或者不太可能做到的事情。商事仲裁一般应避免对此加以解释,因为这并不合理。其实这样的问题如果越复杂,就越不容易得到订约双方异口同声的同意。而双方竟然在协议中加以约定,从法经济学意义来看,它从本质上就是一种“一次性博弈”中的纳什均衡体现。需要承认的是,方法论上一次性囚徒困境与不确定期限的重复囚徒困境不同。后者的博弈双方会在每个博弈回合中引入随机因素,并且一直博弈下去直到概率趋于零为止,中间会出现多个纳什均衡。而本案股权转让协议的约定目标,原本期待的是借助一次性博弈达到纳什均衡。但是,又在超出涉及股权转让协议的囚徒困境博弈规则之外,又加入了转让方应承担解除加油站经营权合同的承诺,这一与完成股权转让并不直接相关的新的变量,让博弈变得更加复杂起来,甚至涉及到尼格爾·霍华德的“元博弈”理论,出于篇幅所限,下面拟以杰维斯、卡森和冯·丹米等对于“猎鹿博弈”的讨论,简要分析当两起仲裁关联案件中的股权转让双方加入这一并不直接相关的新的因素,产生了就此按确定方式行动的“偏好”后,到底又如何改变了在一次性博弈中的理性合作过程。

根据“猎鹿博弈”的逻辑,该案涉及的博弈合作目的是解除目标公司与某石油公司已签订的加油站经营权合同。对此,除非股权转让双方长投公司和绿城公司都尽一份力,否则就必定不能实现目标。如果双方约定分头执行解除加油站合同,他们都有可能在尝试艰难后放弃这个计划,就像本案中的长投公司另案诉讼两审败诉,绿城公司申请再审后又撤回那样。可以设想一下绿城公司历经签约后较长时间对目标公司逐渐熟悉,已初步具备了不需要长投公司协助而另外寻找其他路径解决这一问题的可能,何况又能以此行使先履行抗辩权而提出不

予支付对应的股权转让价款。在这种情况下,如果双方都想继续履行解除经营权合同,彼此反而都会成为对方的妨碍。

显而易见,商事仲裁中往往会发现履行这样一个约定并没有当初达成约定那样容易。比如,面对解除加油站经营权,股权转让双方订约时试图借助各自优势共同努力实现的合作均衡,应该是订约时就放弃这一合作计划所致均衡的“帕累托改进”,因为相比之下双方肯定更愿意看到前一种结果。但一旦协作失败,那么选择合作战略的一方在博弈结束时会一无所获,因此订约时相互选择合作与共同选择放弃相比是稳定的均衡。当然,选择不合作战略的一方至少会得到部分价款,而不论对手如何选择。就像本案中转让方可以宁愿放弃适当降低股权转让对价,而绝不承诺另案解除经营权合同,就不会产生一旦不能解除合同后失去约定的全部相应对价的风险。

从这个角度来看,第二起仲裁庭令人颇为意外地裁决受让方减半支付约定对价,违背了市场规则决定了的博弈精练均衡原理。因为,从商事仲裁的这一裁决进行逻辑倒推,转让方长投公司实际上在订约时产生了两个“决策结”。一是针对解除加油站经营权问题,与其选择“不合作战略”,不如选择“合作战略”,反正最终的博弈不会是一无所获的囚徒博弈,如此已让作为受让方的绿城公司毫无防线可言;二是当长投公司进一步精细地认识到,采取合作战略支付的成本与约定获得股权转让对价之比的效益,从概率上又低于采取不合作战略所能得到的支付,同样也会选择适度降低转让对价,弱化对方要求解除经营权合同这一“显性偏好”。

10. 两起商事仲裁案件在法经济学方法的“复杂”运用上,又应如何进一步恰当把握法经济学思维下的权衡边界?

面对第一起仲裁第(5)项涉及超编人员清理的处置,仲裁庭认为,虽然长投公司存在迟延履行违约行为,但绿城公司理应敦促继续履行,而不是“继续与大部分超编人员保留劳动关系”,致使长投公司“所承诺的工作在客观上已根本无法完成”,剥夺了请求支付股权转让对价的权利,因而裁决绿城公司应支付相应价款。当然,此处又增添了更多的随机变量,让问题变得更为复杂。新增的随机变量之一就是,收购完成后目标公司的内部结构,以及外在形式都会随之发生变化,在影响员工方面,除了本案中约定的超编裁员,还会存在对未裁人员减少福利、降低薪酬、更换岗位等降低就业条件的可能,因而需要配套进行心理契约、关键员工挽留以及薪酬上的改进措施等,否则就会引发比较严重的并购后风险,因此应充分加大权重评估。新增的第二个随机变量是,《劳动合同法》对“裁员”问题有比较强硬的裁员条件和程序规定,依此规模性裁员非经长期消化而难以短时间内完成。第三个新出现的随机变量为转让方长投公司还存在迟延履行的违约行为。

这三个新增的随机变量是如何发生作用的呢?“讨价还价”可以较好说明这一问题。本案中长投公司在决定出售目标公司时,只要不是漫天要价,绿城公司就会买下。绿城公司的保留价格 a 元是其愿为被收购对象支付的最高价格,这一出价使其在买与不买之间没有差异。同样,长投公司的保留价格 e 元是其愿出售目标公司的最低价。当 $a < e$, 他们无法就这一交易达成共识,因为这时目标公司对长投公司比对绿地公司更有价值。但当 $a \geq e$ 时,双方

达成股权转让共识就可带来 $(a - e)$ 元的剩余。因此,双方会在这部分剩余空间中进行讨价还价的磋商,新增的三个随机变量即是在这样的磋商中被放大或缩小功效。在订约时的一次性博弈中,针对清理超编用工这一棘手难题,双方都会以特定方式向对方发出表达自己意思的信号。比如,约定转让方的清理承诺及受让方的比例对价,以此消弭可能会使对方都付出代价的“双输”局面。但是,该案订约后实际履行中的三个随机变量都以各自的方式发生了作用,其显性结果是转让方迟延履行违约而让裁员久拖不决时,受让方不得不与大部分超编员工续约,因而拒绝支付相应对价。其中无疑存在转让方浅尝知难的犹豫乃至放弃,同样不能排除受让方主动续约的其他动机。不过有一点是共通的,就是他们都想借此扩张原约定的利益,只不过欲望之剑如此锋利以致在这个问题上都砍伤了自己。正是基于这一点,仲裁庭认定双方都存在过错。

问题在于,本案仲裁庭在认定过错后的责任分担上,随着新增的随机变量出现,肯定意识到了难以模拟现实的多重均衡博弈,并以此还原剩余空间中的讨价还价真实过程,所以简单选择了恪守原来一次性囚徒博弈规则,断然认定受让方不应与超编用工续约而使转让方继续履行不能。其背后的逻辑就是:即使对方有错,你也不能把事情做绝,断了对方继续履行的可能。可以说,协议约定转让方在控制权转移后仍负责清理超编员工问题,恰恰是商业活动中常见的“廉价磋商”导致合同不完备现象的体现。换句话说,订约时双方实际上是用“掷硬币”来解决这一博弈合作问题,即以清理超编用工是否完成来决定受让方是否应付款。毫无疑问,硬币落下之后每个参与人的最优选择,当然是遵守诺言。但是如果受让方的利益在硬币落下之时受到损失,其为什么不能拒绝这个协议并要求再次掷硬币?落实到案件里,就是在转让方违约尚未完成这一义务时,受让方何以不能替代履行,以及替代的边界在哪里?

虽然没有任何理由支持合同可以随意变更,而是应当像本案仲裁认定的那样,“受让方正确的做法应是让转让方继续履约。”但是,实际状况的不稳定性又产生了一定条件下应当允许违约责任替代的规则。涉及这一点的法经济学考量,两大法系都持一致态度,中国的《合同法》第110条也规定了违约责任替代的三种情形。本案中转让方在约定期满后除了提交一份裁员名单,长期未作任何进一步的安排,甚至在受让方迫于压力不得不与超编员工续签的整个期间也未提出过异议,这已不是迟延履行一言蔽之,而是订约后发生了未预料到的意外情势而不能履行,抑或是权衡后认为履行成本超过所获收益的不愿履行。面对前一种情况,受让方替代履约无可厚非。即使在第二种情况下,转让方无论是单独就实际履行与否进行成本对比,还是其衡量了受让方被迫续签后的损失比较,都肯定会指向“违约比履约更有效”这一结论。也就是说,没有人因违约而亏损,却至少有一人能得利。只有在这样的条件下,因为强制履行费用过高而“替代履行的边界”才能被确定。然而在这种情况下,该案仲裁的言下之意却是“强制让转让方在合理期后仍应承担一项其实不能或根本不愿意承担的已经承诺的义务”,这就武断干预了“违约的自由”本质,甚至反而让转让方因“投机取巧”的违约过错而获得额外的回报。

由此反观商事仲裁法经济学的边界是,其为之努力的乃应是由允诺之作成而产生的合理

预期,说到底它是为尽可能增加经济价值和财富而设计的。这里法律的强制,应被理解为是为促使将来价值最大化的行为创造动因。因为商事仲裁较之法院裁判而言,更加需要机变地尊重不同当事人在整个法律过程中的意愿,以确保当事人期待从契约中获得利益,并因而使价值更高。所以,如果一个人不愿意承担一项已经承诺的义务,那么强制执行该义务便是不合理的;如果一方当事人发现另一笔交易即使在支付了这笔交易的赔偿金的情况下,仍可赚取更多的利益,则该当事人有违约之自由;如果关于契约期待利益的最初判断是错误的,而且一方当事人会因为完结这笔交易而遭受损失,那么在损害赔偿少于履行费用的情况下,应当认定他可以自由地违约,而且应该违约。

11. 引入法社会学的三维方法后,商事仲裁的特定方法论又会有什么新视角,请结合两起仲裁案件加以简要说明?

从法社会学的方法论意义上,商事仲裁同样较之于法院在法律的“二阶观察”上更加关注市场规则、契约自治和商业惯例;同时商事仲裁员的专家身份,也更容易让其获得“一阶观察”的盲点和潜在结构,以及避免陷入法官作为传统的“二阶观察”中观察者的绝对先验和法教义误区。前文分析足以明显看出,无论是法解释学还是法经济学,商事仲裁事实上更接近于卢曼的系统功能主义,催生了仲裁员们在系统同它们的“环境”之间所展开的观察多阶化与观察视野交叉化之特定方法论思路。换句话说,商事仲裁已不像法院那样每一次观察都受制于所挑选的“区别”(例如合法或非法),因为这种“观察只能看到那些藉由区别之助所能看到的事物。”伴随着交易形态日趋复杂化、商事领域的私法形式性要求与当事人的实质要求之间正在不断产生冲突,受制于“合法与非法”区别之助的法官二阶观察,已难以贴合当事人的主观期待。商事仲裁就是在面对具体的商事纠纷时,能更灵活出于可循性等考虑选择远离法律的肯定性,形成方法论上的特定多元自由主义。因为在很多情况下相对于法律上的权利主张,当事人选择商事仲裁而不是诉讼,就是更加看重相互之间长期形成的信赖关系。甚至可援引施米特的话,以后商事仲裁的“自由主义问题的命运取决于多元主义的程度”。

当然正如罗尔斯所言,自由主义首先要回应的问题是“在多元主义的现实情况下如何维护社会的稳定”。同理,商事仲裁的二阶观察毕竟不是“一阶观察”,可以根据实际情况拥有无限想象的空间。因为二阶观察的另一功能,仍在于尽可能有助于法律系统保持裁决的前后一致性,以及藉此缩减日常生活世界的复杂性。因此探讨商事仲裁之特定方法论接下去还需研究的是,认真考量法律外部环境“效率要素”结构之角色,“需知这些结构是某一特定法律出现的重大变数,否则往往不能一针见血地指出问题的真正症结所在。”

12. 根据商事仲裁的特定方法论,当下中国影响股权转让案件处理的法经济学和法社会学要素主要包括哪些?

并非“第二法院”的商事仲裁,随着中国市场经济发育的成熟度不断提升,已越来越彰显出极为深远的现实意义。从微观上来看,它绝不是对抗性解决争议,因为那会大伤元气,无疑不是最佳选择。商事仲裁是以独特的专业知识及权威所附随的公信力,来产生一种特定方法,去营造适合解决纠纷的氛围;以最大限度地维护当事人利益而又未必局限于仲裁请求的

是非黑白,来启发当事人冷静地权衡利弊,而不是不惜代价的争财斗气。从更为宏观的视野分析,商事仲裁是在已发生的冲突解决中促进资金、技术、人员、信息等生产要素和商品在快速自由流动,以寻求资源最有利配置的绝佳方式。

以股权转让为例,近年来中国海外并购在国外正面对国际化人才准备不足、海外企业工会被低估、权力圈管理模式差异、国外劳动法律不熟悉、核心员工的留任、购买核心技术难以及民族沙文主义等一系列棘手难题;同样,中国很多中小企业的并购在国内也受到相当多的垄断集团控制,以及面临中国式股权分置改革、过多外商投资审批许可、国有股权交易入场制度等限制,以致于难以顺利实现自己的价值诉求。可以说,中国并购市场已到了一个非常严峻的时刻。而商事仲裁不仅在解决国际贸易争端方面有着悠久的历史 and 独特的作用,而且其在权利界定清晰后的多元自由主义风格,越来越能把法律外部环境“效率要素”吸引进入法律内部,让人感觉到比诉讼具有更大利益,这种效率及成本背后的商事仲裁之特定方法论,已成为左右当事人选择解决纠纷战略的核心竞争力,乃至于构造一个“完全竞争市场”的替代性纠纷解决版图。

预期效果

1. 让学生精熟掌握商事仲裁的特定方法论;
2. 让学生开拓视野地学会商事仲裁在法解释学、法经济学和法社会学不同层面的宽阔思维方式;
3. 让学生掌握仲裁的基本程序;
4. 让学生娴熟掌握商事仲裁基于共识的争点归纳、超级案件管理的特性、法律不同视角的灵活适用等。

教学计划

1. 学生们对所选的商事仲裁进行课前的充分阅读;
2. 学生们分组进行课前的讨论,归纳争点和法律适用问题;
3. 学生们分组陈述课前准备材料,教师帮助统一归纳争点,提示商事仲裁方法的特定之处;
4. 教师完整点评所有分组讨论情况,以及根据思考题逐一讲授本案所展示的商事仲裁要点。

课堂时间安排

本案例可以作为专门的案例教学课来进行,整个案例的课堂安排 6 个课时,每课时 45 分钟。

如下课堂设计,仅供参考。

1. 课前计划:安排学生阅读案例及相关参考资料,对案例所涉及的问题进行思考,撰写

实践题答案。

2. 课中计划:

- * 介绍教学目的,明确讨论主题;
- * 分组讨论,回答各项思考题,讨论实践题的撰写要点;
- * 小组代表提出撰写要点,学生讨论和分析;
- * 教师归纳总结。

3. 课后计划:布置学生进一步思考商事仲裁员们在仲裁程序中的职能,以及基于不同维度的特定方法论。

思考题和实践题

1. 根据商事仲裁的特定取向,两起商事仲裁案件的争议焦点经过梳理、归纳及合并后,主要应当包括哪些?

2. 商事仲裁的法解释学方法

(1) 法解释学的方法主要包括哪些? 它们的优先适用顺序是什么,以及什么时候可以出现顺序适用的例外?

(2) 两起商事仲裁案件中是否存在根据现行合同法的约定条款无效的情形? 对其是否应采取与法院诉讼完全一致的评判标准?

(3) 根据现行相关法律规定,两起商事仲裁案件中涉及的股权转让协议是否违反法律上的强制性规定?

(4) 根据现行房地产管理法和土地管理法实施条例的相关规定,本案中的申请办理平阳高速土地证的法定主体应该是谁? 其他主体对此又应承担什么样的义务?

(5) 两起商事仲裁庭在认定股权转让协议是否有效时,为何在理由阐释中要进行“应当尽量令协议有效而不是无效”这样的表述,它反映了商事仲裁的什么特定性?

(6) 根据现行合同法规定,顺位履行或称先履行抗辩的基本规则是什么,其与不安抗辩有什么区别? 两起商事仲裁案件中又是如何体现的?

(7) 本案的申请人认为双方约定受让方绿城公司暂扣 1500 万元,用以代位支付待发生的向政府缴纳的平阳高速三条连接支线的补偿费用,不符合债产生的任何一种形式,应当认定无效。那么,仲裁庭又是依据什么加以考量和认定的?

(8) 商事仲裁对契约自由、市场规则和商业惯例的尊重这一特定性在两案商事仲裁案件中是如何体现出来的?

(9) 两起商事仲裁案中涉及先履行抗辩权适用恰当与否过程中的举证责任移转法律依据是什么?

3. 商事仲裁的法经济学方法

(1) 科斯和波斯纳的法经济学思想有什么不同? 法经济学方法更多强调“回到科斯”的深刻含义是什么?

(2)以博弈论中常见的“猎鹿逻辑”为主线,就本案股权转让协议涉及“转让方负责解除与某石油公司的加油站经营权合同”的约定,分析股权转让双方在签约时及履行中,分别是如何渗入了法经济学的考量的?

(3)涉及协议中“转让方负责解除目标公司超编劳动用工”的约定条款,仲裁庭认为,劳动权虽然长投公司存在迟延履行违约行为,但绿城公司理应敦促继续履行,而不是“继续与大部分超编人员保留劳动关系”,致使长投公司“所承诺的工作在客观上已根本无法完成”,剥夺了请求支付股权转让对价的权利,因而裁决绿城公司应支付相应价款。根据法经济学原理,仲裁庭的这一认定是否适当?可能会产生什么样的连锁性反应?

4. 商事仲裁的法社会学方法

从法社会学角度,法律外部因素是以什么样的视角和方式影响商事仲裁的法律适用?结合本案若从法社会学角度来认定,评判标准和结论又会有什么不同?

5. 实践题

(1)如果你是当事人的代理律师,接受申请人或被申请人的委托后,在两起仲裁案件中应分别从事哪些法律工作,请拟定相应的代理工作计划;

(2)如何你已被指定担任第一起或第二起仲裁案件的首席仲裁员后,请择一拟定开庭提纲;

(3)请为两起关联仲裁案件中的申请人或被申请人择一拟定代理词;

(4)请为以商事仲裁员身份,为第一起仲裁案件撰写仲裁裁决书。

参考文献

1. 杨良宜:《合约的解释》,法律出版社2007年版,第976~977页。
2. [英]肯·宾默尔:《博弈论与社会契约》,王小卫、钱勇译,韦森审订,上海财经大学出版社2003年版,第154页。
3. [美]罗伯塔·罗曼诺:《公司法基础》(第二版),北京大学出版社2013年版,第170页。
4. [美]罗纳德·科斯:《论生产的制度结构》,盛洪、陈郁译校,三联书店上海分店、上海人民出版社1994年版,第71页。
5. 吴建斌:《上海外滩“地王”案的二维解析》,载《法学》2013年第7期。
6. [美]迈克尔·贝勒斯:《法律的原则》,中国大百科全书出版社1996年版,第174页。
7. 顾祝轩:《民法系统论思维》,法律出版社2012年版,第41页。
8. [加]大卫·戴岑豪斯:《合法性与正当性:魏玛时代的施米特、凯尔森与海勒》,刘毅译,商务印书馆2013年版,第258页。
9. 洪鎌德:《法律社会学》,台湾扬智文化事业股份有限公司2001年版,第579页。