

■ 国际法

浅议美国证券仲裁制度的特征

何 震¹, 方 菲²

(1. 武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072; 2. 华中农业大学 文法学院, 湖北 武汉 430070)

[作者简介] 何 震(1971-), 男, 湖北咸丰人, 武汉大学国际法研究所博士生, 主要从事仲裁法、证券法研究; 方菲(1972-), 女, 湖北咸丰人, 华中农业大学文法学院讲师, 主要从事农村社会学研究。

[摘 要] 美国证券仲裁现已成为解决证券争议的一种重要机制。它与一般商事仲裁相比, 具有仲裁事项的限定性、法律基础的强行性、仲裁庭的组成专业性、仲裁运行机制的公益性、仲裁程序变迁的类诉性等特征。

[关键词] 美国证券仲裁; 特殊性; 公益性; 类诉性

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1671-8828(2003)04-0426-05

美国作为世界上资本市场最发达的国家, 证券交易市场完备, 既有通过交易所的集中交易, 也大量存在场外买卖。其间发生的争议如按照发生的主体可分为以下几类: 投资者之间发生的证券纠纷, 投资者与发行人、承销商、律师会计师等中介机构发生的纠纷, 投资者与经纪商之间纠纷, 经纪商之间的证券纠纷。这些纠纷虽都是有关证券的争议, 但运用仲裁解决的方式却存在差异。投资者之间发生的争议, 机构投资者与经纪商之间或部分开立现金账户的投资者与经纪商间的争议, 双方可能真正意义上协商签订仲裁协议, 多数可能选择非附属于证券自律组织的仲裁机构。这一类型证券争议的仲裁与一般商事仲裁的区别仅在于面对的争议类型之不同, 其基础仍旧是当事人的意思自治。而根据经纪商制订的客户协议中的仲裁条款选择附属于证券自律组织或交易所的专门证券仲裁机构进行的仲裁, 投资者并不具有事实上的谈判、协商权, 投资者对仲裁庭的组成也只要有限的自主权; 根据全美证券交易商协会(NASD)和纽约股票交易所(NYSE)的仲裁规则, 仲裁解决的对象已不限于经纪商之间的证券纠纷。因此, 从内涵和外延上, 这类证券仲裁已突破了一般商事仲裁的定义, 呈现出独特的特征。

一、制度上的特殊性

美国证券仲裁制度上的特殊性表现在仲裁事项的限定性、法律基础的强制性和仲裁庭构成的专业性等三个方面。

一般而言, 劳动争议不属于商事仲裁的范畴。《联邦仲裁法》第 1 条也明确将雇佣合同排除在外。其他国家的证券仲裁也不包含券商与其雇员间的劳动争议。如韩国《证券和交易法》第 202 条规定: 根据总统法令的规定, 韩国证券交易委员会可以设立仲裁机构, 裁决证券公司在证券买卖或其他交易中发生的争端, 或者交易成员在证券市场交易中发生的争端。但 NASD(全美证券交易商协会)的 U-4 表将

接受仲裁条款作为证券从业人员进入证券市场的必要条件。NASD的仲裁规则将会员经纪商与其雇员的雇佣合同争议纳入了仲裁的范围。1987年,美国联邦最高法院在Perry v. Thomas案中要求证券公司的前雇员将对券商的法定劳资请求根据U-4表中的仲裁条款进行仲裁。1991年Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.案遵循了这一判例,认为根据《1967年雇佣年龄歧视法》提出的请求可以依据U-4表中的仲裁协议进行仲裁。另外,雇员受到性别歧视和性骚扰而提出的请求也属根据U-4表仲裁的范围。由于一直存在对雇佣者法定权利的关注和对仲裁解决公法权利的疑虑,和对U-4表条款对证券从业人员的强行性的争议,所以一直存在对依据U-4表仲裁雇佣争议的反对意见。NASD也在一定程度上对U-4表仲裁条款涵盖的部分争议进行了调整。但从现在的仲裁规则看,这种情况并没有发生根本改变。就劳动雇佣争议而言,NASD仲裁机构的仲裁范围超过了几乎所有的商事仲裁机构。但对于其所解决的证券争议而言,NASD和NYSE(纽约股票交易所)等的仲裁机构远没有覆盖所有的证券争议。投资者之间的证券争议,投资者和发行人、律师会计师之间的证券争议,发行人和承销商之间的争议都不在证券仲裁机构的受案范围之列。通过研究NASD和NYSE的可仲裁事项,我们发现其中的可仲裁事项都离不开自律组织成员和交易所会员主体和关联主体,仲裁事项几乎包含了成员或会员从事证券商业行为的所有事项。可以认为,NASD和NYSE将仲裁事项限定于证券交易中与其成员或会员有关的争议。

意思自治是仲裁制度的基本原则。美国的证券仲裁制度不可能完全无视这一原则,至少绝大多数情况形式上满足了这一要求。经纪商和投资者之间的争议,也是根据双方签订的客户协议中的仲裁条款进行仲裁。虽然各种理论和司法判例都肯定了仲裁条款的法律效力,但这无法抹杀争议双方事实上不平等的地位。至少在签订顾客协议时,投资者特别是开立信用账户的投资者并没有力量改变和拒绝仲裁条款,除了接受条款别无选择。最初的NASD仲裁典并不要求其成员和与之相关联的人将争议提交仲裁。自律组织成员和关联人员与投资者间的争议是否仲裁完全依据双方的自愿。根据现在NASD的仲裁规则,在顾客、其他的成员或成员的关联人员的要求下,自律组织的成员和关联人员应将争议提交仲裁。可见,无论是投资者还是券商都不具有真正意义上的意思自治。带有强行色彩的意思自治是美国证券仲裁制度最显著的特点,也是引发争议的主要根源。经纪商由于其具有的优势地位,对它的强制性规定并没有引起争议。而对投资者和雇佣者事实上的强制要求却一直是争论的焦点。即使在如今证券仲裁制度发展繁荣的情况下,仍旧存在质疑证券仲裁条款公正性的声音。应该承认,即使对有关的仲裁条款的法律效力没有任何争议,这种强行特征也是存在的。

证券争议案件有很强的专业性,所以仲裁规则要求仲裁庭的组成必须包含至少一名具有证券从业背景的仲裁员。NASD或NYSE的仲裁规则将仲裁员分为公众仲裁员和行业仲裁员。行业仲裁员即具有证券背景的仲裁员,他们或者具有证券从业经历,或者与证券行业有直接或间接的联系。虽然有些规则扩大了行业仲裁员的范围,存在没有考虑有关人员专业背景的情形,而主要从公正的角度以明确与证券行业有利益关系的人员,但总体上行业仲裁员的加入仍体现了专业性的理念。证券行业的仲裁员强制进入仲裁庭引起了人们对仲裁庭公正性的关注。为了增加仲裁庭的公正性,仲裁规则扩大了行业仲裁员的范围,专门规定了仲裁员的回避制度。我们认为在以公共利益为出发点的运行机制的保证下,证券行业仲裁员的加入有利于争议快速、高效、准确的解决。

二、运行机制的公益性

带有明显强行特征的证券仲裁制度之所以能为司法判例确认,能够迅速发展,除了证券市场发展和联邦支持仲裁的政策积极推动,还在于美国证券仲裁制度具有保护公共利益特别是投资者利益的运行机制。正是这种机制保证了证券仲裁规则和证券仲裁制度的运行没有偏离保护投资者利益的轨道。

根据《1934年证券交易法》第19(b)款的规定,自律组织拟改变其规则,包括规范仲裁运行的规则和

程序,必须提交 SEC(美国证券交易委员会),然后 SEC 公示规则修改建议,为有兴趣的人提供评论的机会。除了非常有限的例外,修改规则的建议必须得到 SEC 的批准才能生效。根据该法第 19(c)款的规定,SEC 有权根据自己的动议修改规则。另外,根据该法第 6(b)(1)项和第 19(g)款的规定,SEC 有权对自律组织和交易所的仲裁进行监督,监督它们是否遵守仲裁规则和证券交易法的规定。SEC 监督权力的确定,从制度上保证了自律组织和交易所的仲裁符合法律的规定。正如法院在 *Shearson/American Express Inc. v. McMahon* 案中所指出:简而言之,交易委员会有广泛的权力监督和规范自律组织采用的有关顾客争端的规则,并有权强制通过它认为必要的规则。这保证了仲裁程序能够适当地保护法定的权利。更为重要的是,SEC 不仅拥有权力,而且它一直积极运用法律赋予的权力检查和批准自律组织的仲裁规则,监督检查自律组织仲裁的进行状况。1987 年,McMahon 案裁决之后,SEC 就向每一自律组织成员就它们的仲裁规则、程序主要修改内容提出了建议。建议的内容多达 14 项,主要体现了加强仲裁程序公正性的理念。其中一些建议后来被 SICA (Securities Industry Conference on Arbitration)和自律组织的规则所采纳。与 SICA 的合作是 SEC 对自律组织仲裁进行监督的重要体现。SICA 的主要目的是制定统一的仲裁法典,其制定的统一规范已被自律组织采用。SEC 经常派代表参加 SICA 会议并积极讨论 SICA 的规则建议和修改意见。因此,当自律组织将 SICA 的规则建议送交 SEC 时,规则通常反映了 SEC 代表的讨论意见。从 SEC 通过、批准的规则看,并不存在偏袒经纪商的利益的情形,反而体现了对投资者的保护。如 SEC 批准的 SICA 有关客户协议中仲裁条款语言表述的 5 条规则,保证了投资者对仲裁条款的知悉权。又如 SEC 批准对 NASD 有关行业成员的争议仲裁事项作了如下修改:主张违反法律的雇佣歧视包括性骚扰的请求,只有双方在事前或事后达成仲裁协议的前提下,才能将争议提交仲裁。SEC 对自律组织仲裁监督的积极存在是证券仲裁区别于其他仲裁制度的一个显著特征。SEC 的监督是确保证券仲裁符合公共利益的必不可少因素。

然而,SEC 本身力量有限,它常常授权自律组织监督仲裁事项。NASD 等自律组织在完善证券仲裁制度方面发挥了积极的作用。首先,它积极对仲裁规则进行研究。实现这一职能的是其下属的仲裁政策工作小组。小组包括的 8 名委员分别来自行业、顾客和公众成员。小组的任务就是研究 NASD 的仲裁程序并提出改革建议。1996 年工作小组发布的报告包含了 75 条改革建议。虽然有人对工作小组的公正性提出不同意见,但从最后提出的建议看,并不存在有利于经纪商的情形。相反如仲裁员的选择、惩罚性赔偿等方面的建议仍着重考虑了投资者的利益。当然其中也存在试图保护经纪商利益的建议,如对惩罚性赔偿数限制,但这一建议是合理的。同年 NASD 建立了专门的机构。该机构此后一直对工作小组的意见进行考查、研究。很显然,工作小组的建议有利于 NASD 仲裁规则的不断完善。另外,自律组织还通过一系列的自律手段保证了证券仲裁的运行和实施,通过自律组织执行仲裁裁决是最典型的例证。仲裁裁决除非转变为判决,否则不可能为法院执行。自律组织也不可能采取法院的方式,如扣押和执行败诉方的财产,强制败方履行裁决。然而如果根据自律组织的仲裁规则进行仲裁,自律组织可以依据自己的规则保证履行仲裁裁决。自律组织的成员和与成员相关联的人员不履行仲裁裁决可能受到自律组织的处罚。多数自律组织都有执行仲裁裁决的特别规定。NASD 管理委员会指出:应按照仲裁裁决确定的数额向胜方支付现金以履行仲裁裁决。除非根据仲裁裁决明确授权或当事人书面同意,不能通过在胜方账户上贷计裁决所确定的金额的方法来履行仲裁裁决。败方一接到仲裁裁决就应履行,或者在裁决确定的时间内履行。NYSE 的规则授权交易所惩戒不履行裁决的会员。规则还要求会员应在接到裁决之日起 30 日内履行裁决,除非在有管辖权的法院申请撤销仲裁裁决的动议。实践中,NASD、NYSE 等机构还在 SEC 的协调下,根据仲裁裁决执行中出现的问题,采取相应的对策。另外,在证据的开示等仲裁环节上也体现了自律组织的力量。

证券仲裁与其他商事仲裁一样,必须接受司法的监督。虽然根据美国仲裁法司法监督多限于程序的监督,但其保证证券仲裁公正运行的作用不可忽视。而且,法院的司法判决对证券仲裁的发展起了非常重要的推动作用。应该说,司法判例不限于肯定事前证券仲裁协议的法律效力,也体现了对仲裁裁决

公正性的关注和规治。比如,美国法院否定通过法律选择条款来排除惩罚性损害赔偿的裁决。

证券仲裁公共利益机制就是保证仲裁制度公正性的机制。我认为,司法监督、SEC的控制和自律组织的自律构架了公共利益的模式。而更为重要的是,诸多例证证明,无论是法院、SEC还是自律组织本身都遵循了保护投资者利益这一基本理念。而正是在这一理念的指导下,证券仲裁的程序、运行日臻完善,保证了仲裁的公正性。这就是投资者、立法、司法能够容忍美国证券仲裁与众不同的长期存在的根本原因。

三、程序变迁的类诉性

由于证券仲裁协议带有强行性的特征,当事人特别是投资者放弃诉讼权利是否体现了他们的真实意思表示一直是人们关注的焦点问题。为解决这一问题,增加人们对仲裁制度的信任感,SEC和证券自律组织及交易所对仲裁规则及仲裁的运行进行了不断的完善。在以公共利益为理念的证券仲裁模式之下,至少从制度上证券仲裁是公正的。但在不断完善证券仲裁程序的同时,不可避免地会增加仲裁解决地复杂性,使仲裁越来越类似于诉讼。

正如评论家所言:我们的民事司法系统的一句反语就是它源于英国的制度,却与之毫无相似之处。如今在证券仲裁中采用的技术手段非常类似于源出我们的法律规则的系统。证券仲裁程序的发展带上了一些诉讼程序的特征。这首先表现在证据开示程序中^[1](P.11)。除非当事人在协议中约定,传统的仲裁程序并没有证据开示程序,但NYSE和NASD的仲裁程序都加入了证据开示的规定。1999年SEC批准了《NASD证据开示指南》。根据《指南》,有三种方法可以从对方当事人获得信息:信息要求、资料要求和证据保全。信息要求就是向对方当事人书面提问,以期获得个人和公司的身份及与争议有关的时间期限等特别的事实信息。除非在规定的时间内提出反对意见,对方当事人必须在30天满足提出方的要求。资料请求就是向对方提出提供由其控制的与案件有关的资料。证据保全与民事诉讼中的证据保全相同。仲裁裁决形式和公开性的变化是另一例证。自律组织的证券仲裁规则要求书面裁决包括以下内容:当事人的姓名,争议事项的要点,经仲裁解决的其他事项的陈述,要求和裁决的损害赔偿和救济,一同作出仲裁裁决的仲裁员的姓名和签名。在SEC批准新的仲裁规则前,公众可以获得的关于证券仲裁的信息仅限于投资者获得的补偿占请求数量的比例。根据修改的规则,仲裁裁决包括理由陈述意见可以为公众所得,至少涉及公众投资者的案件可以。仲裁庭获得裁决惩罚性损害赔偿的权力反映了仲裁员在权力范围上与法官的接近。有人甚至认为:虽然仲裁以民事合同为基础,但却被要求全方位地代替法院;事实上,仲裁已逐渐从商业争议解决机构转变为与民事法院有共同管辖权的机构。

针对这种情况,有人指出证券仲裁程序发展的危险就是程序过于类似于诉讼。使仲裁更加正式将使之更类似于其试图代替的机构——法院。其结果就是产生另外一个司法机构。随着司法系统吸收仲裁的同时,仲裁程序将回复到诉讼程序^[2](P.99)。作为一种替代程序开始却以被法律吸收结束,其结果是产生了一种杂交品种——运用法律程序的衡平实践和深受衡平原则影响的司法体系。当事人选择仲裁在于他们认同了其非正式性。如果程序发生变化,他们将不愿意采用极力想摆脱的程序限制来支配自己。在他们看来,完善的证券仲裁程序与仲裁快速、高效、非正式的特征是一对不可调和的矛盾。

我们认为,仲裁程序的完善不可避免地会影响到案件的裁决,比如由于仲裁员获得惩罚性赔偿的权力,投资者的代理人在案件中都会提出惩罚性赔偿的请求,这必将增加案件裁决的复杂性,影响案件裁决的效率。但是这些问题并非不可避免,至少可以很大程度地缓解。首先,并非所有的类似诉讼的特征都会有损仲裁的优势特征,如公开仲裁裁决。其次,完善规则可以最大限度避免这一矛盾。如在《NASD证据开示指南》生效之前,自律组织的证据开示程序增加了比民事诉讼证据开示程序更重的负担,但却没有增加任何益处。在证券仲裁中,当事人面临着开示程序带来的负担和费用,却不能从完善的管理开示争议的机制中受益。其结果就是开示程序的滥用。虽然当事人有责任提供信息,但规则却

没有提供适当的指引和执行证据开示的程序^[3] (P.324)。《指南》非常详细地按照争议的类型分别列举了投资者和经纪商应提供的信息、资料,将证据保全之限制在非常有限的范围之内。这些详尽的规定有利于提高开示程序的效率。第三,高效、迅速是仲裁的优势,但仲裁还具有其他优点,如没有上诉程序、仲裁员具有专业优势等。第四,从证券仲裁的发展现状看,仲裁程序具有的类诉特征也没有危及到证券仲裁的存在。因此,我们认为证券仲裁的类诉特征并非其致命的弱点。

[参 考 文 献]

- [1] J. Kirkland Grant Securities Arbitration for Brokers, Attorneys, and Investors [M]. Lond: Westport, Connecticut, 1994.
- [2] Fletcher. Learning to Live With the Federal Arbitration Act—Securities Litigation in a Post—McMahon World [J]. EMORY Law Journal, 1998, (37).
- [3] Joel Seligman. The Quiet Resolution: Securities Arbitrator Confront the Hard Questions [J]. Houston Law Review, 1996, (3).

(责任编辑 车 英)

US Securities Arbitration System: Characteristics

HE Zhen¹, FANG Fei²

(1. Institute of International Law, Wuhan University, Wuhan 430072, Hubei, China;

2. School of Law & Literature, Huazhong Agriculture University, Wuhan 430070, Hubei, China.)

Biographies: HE Zhen (1971-), male, Doctoral candidate, Institute of International Law, Wuhan University, majoring in arbitrational law and securities law; FANG Fei (1972-), female, Lecturer, School of Law & Literature, Huazhong Agriculture University, majoring in rural sociology.

Abstract: Securities Arbitration system have been an important method to resolve securities controversies in the United States. Compared with common commercial arbitration, it has some characteristics: limited arbitral issue, mandantory legal basis, professional arbitration tribunal, public interest characteristic, and more like litigation procedure characteristics.

Key words: securities arbitration in USA; special characteristics in system; public interests oriented characteristics; like-litigation characteristics