

中国资本海外并购职业足球俱乐部协议中解纷条款的考量

黄晖¹，张春良²

(1.重庆大学 法学院，重庆 400044；2.西南政法大学 国际法学院，重庆 401120)

摘 要：中国资本全球扩张，已经涉及体育产业，风起云涌的中国资本海外职业足球俱乐部并购就是其突出的表现。海外并购风险重重，最佳方案乃是设定解纷条款，特别是仲裁条款，实现对风险的尾端全面防控。仲裁条款的设定是对仲裁机构、仲裁地、仲裁法律的适用，及仲裁裁决效力等核心要素的搭配。为中国并购方的利益最大化，仲裁条款的拟订可分上、中、下三策。上策以我为主，中策等距中立，下策逆用法理。解纷条款极易引发次生争议，中国资本在海外职业足球俱乐部并购过程中必须倚重和妙用解纷条款，这也是促使体育领域趋于善治的辩证法。

关 键 词：体育法；海外并购；足球俱乐部；解纷条款；国际体育仲裁院；体育善治
中图分类号：G80-05 **文献标志码：**A **文章编号：**1006-7116(2017)03-0091-05

A study of dispute resolution clauses in the agreements of oversea mergers and acquisitions of professional football clubs by Chinese capital

HUANG Hui¹, ZHANG Chun-liang²

(1.Law School, Chongqing University, Chongqing 400044, , China;

2.School of International Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: Chinese capital is expanding globally, having involved the sports industry; dazzling oversea mergers and acquisitions of professional football clubs by Chinese capital is its outstanding performance. Oversea mergers and acquisitions have various risks; the best solution is to set dispute resolution clauses, especially arbitration clauses, so as to realize comprehensive prevention and control of the ends of risks. The setting of arbitration clauses is the application of arbitration institutions, seats of arbitration and arbitration laws, as well as the combinations of core elements such as validity of arbitral awards. In order to maximize the interests of Chinese acquirers, arbitration clauses drafted can be sorted into good, neutral and bad clauses. The good clauses are clauses in favor of Chinese acquirers; the neutral clauses are neutral; the bad clauses are clauses in favor of the opposite parties. Dispute resolution clauses tend to trigger secondary disputes easily; in the process of oversea mergers and acquisitions of professional football clubs, Chinese acquirers must rely heavily on and cleverly use dispute resolution clauses, which is also the dialectics for the sports area to gradually become an area of good governance.

Key words: sports law; oversea merger and acquisition; football club; dispute resolution clause; Court of Arbitration for Sport; good governance of sport

资本的本性在于扩张，体育产业作为产业投资的新贵，自然成为资本扩张的最佳目标之一。中国资本正凭借其雄厚的力量、灵敏的嗅觉，以及对职业足球的热忱，在欧洲经济亟需资本活力之际，强势介入职业足球俱乐部的股权治理机构，目标囊括各级俱乐部，

形成风起云涌的中国资本收购运动。据不完全统计，自 2015 年以来，中国资本已经完成对“英格兰、西班牙、意大利、法国、荷兰和澳大利亚等 10 家海外俱乐部的并购，其中 8 家实现控股，这 8 家中有 3 家实现全资控股”^[1]。并购过程潜伏着各种风险，就职业足球

收稿日期：2016-10-05

基金项目：2016 年度重庆大学中央高校学院科技创新专项“中国体育法治信念建构研究”（106112016CDJJK080010）。

作者简介：黄晖(1981-)，女，副教授，硕士研究生导师，研究方向：国际体育法。E-mail: 13739747@qq.com

俱乐部的海外并购而言,如政治风险、商业风险、法律风险等。

风险无处不在,对风险不可或缺的防范就是设定兜底的解纷条款。足球俱乐部并购协议中解纷条款的拟定是最后也是最全面的救济措施。设计此类解纷条款,应注意号称“世界体育法庭”的国际体育仲裁院(Court of Arbitration for Sports, CAS),CAS在体育领域强制性仲裁程序是否适用于体育领域并购,以及中国资本的并购法律行为从利益最优化的角度应如何运作,这些问题必须得到回应。

1 海外并购解纷条款的路径选择

CAS在竞技领域的管辖体制形成环环相扣、首尾衔接的“伞形”机制,使其仲裁管辖具有强制性和垄断性^[2]。CAS管辖条款从顶层设计开始,逐步插入各级体育协会或组织之中,对竞技体育参与者形成一种“或接受,或离开”的选择压力。海外职业足球俱乐部的并购争议是否也应归属CAS强制管辖,为此必须查阅CAS仲裁法规。在CAS《与体育相关的仲裁法典》中,有3个条款涉及对CAS管辖范围的厘定:(1)总则性的“S12”条款建构了两类与体育相关的仲裁程序,即普通仲裁(ordinary arbitration)和上诉仲裁(appeals arbitration)程序。(2)作为程序规则的“R27”条规定可提交CAS仲裁的“争议事项”,即争议必须具有体育相关性。如何理解体育相关性,法典将其区分为3种类型:一是涉及有关体育原则的事项;二是涉及有关体育实践或发展的处罚措施或其他利益事项;三是更为宽泛、涉及体育的任何活动或事项。前两者可谓体育专业事项;后者还扩展至涉及体育的任何事项。(3)作为程序规则的“R47条”的特色集中体现在两个方面:一方面,规定了CAS行使上诉仲裁管辖权的严格条件:针对的争议事项仅限于上诉性体育类争议;必须存在事先或事后的格式化或特定仲裁协议,即在其法规、条例或特定仲裁协议中由此约定;必须是上诉申请人根据其所属体育机构内部法规或条例业已穷尽可供利用的法律救济措施^[3]。另一方面,针对此类争议,CAS新设二级上诉机制,即针对相关体育机构的内部裁定向CAS提起上诉的,在CAS作出一审裁决后,相关当事人仍可将该CAS裁决提交CAS进行上诉仲裁。

综合来看,CAS仲裁的强制管辖主要涉及两方面:一是针对相关体育机构或组织的内部处罚决定而进行的强制管辖,即上诉仲裁管辖;二是针对赛事期间发生的所有相关争议,既涉及普通仲裁程序管辖的案件,也涉及上诉仲裁程序管辖的案件。除此以外的涉及体育类争议,在双方当事人合意约定的情况下,可提交

CAS依普通仲裁程序进行管辖。由此推论,中国资本海外并购职业足球俱乐部的法律事实不属于CAS强制仲裁管辖的事项,理由如下:

(1)中国资本海外并购职业足球俱乐部发生的任何争议事项,在性质上属于平等主体之间的外部争议事项,并不属于国际足协或国际奥委会针对职业足球俱乐部,以及该职业足球俱乐部针对其成员作出的内部准行政性或纪律性处罚争议。

(2)中国资本海外并购职业足球俱乐部发生的任何争议事项,作为平等主体之间的普通争议事项,也与特定赛事安排没有任何关联,从而并不存在参赛报名表或其他文件中格式化的CAS管辖条款,CAS强制仲裁管辖并无依据。

(3)中国资本海外并购职业足球俱乐部发生的任何争议事项,在性质上更多属于一般商事仲裁的受案范围,只是与体育领域存在交叉关联,而与体育专业并无实质和直接的关系,在宽泛意义上可纳入CAS《与体育相关的仲裁法典》第R27条第2款所界定的第3种类型争议范围。

总之,中国资本并购海外职业足球俱乐部过程中任何争议均不存在CAS强制仲裁管辖的问题,但并购双方主体可通过特别仲裁条款或仲裁协议将并购协议提交CAS,依普通仲裁程序进行管辖和仲裁。

2 海外并购解纷条款的要点考量

在国际争议的解决中,国际仲裁是主流争议解决机制,诉讼则扮演着类似于仲裁在国内解纷体系中的替代角色,主因包括:一是国际仲裁相对于跨国诉讼而言,可以充分发挥其非当地化优势,实现高度自治,避免跨国诉讼必然存在的当地化倾向。二是国际仲裁相对于跨国诉讼而言,可以更专业和便捷地解决当事人之间的争议。三是在承认和执行环节,国际仲裁领域依据1958年《纽约公约》一体化安排,可在全世界150多个国家得到承认和执行,具有高度可流通性,而跨国诉讼产生的判决却不存在此类高度国际化的制度安排,法院判决或裁定的承认和执行受制于各国严格,甚至有些苛刻的条件。

仲裁实践中,当事人常为自身利益考虑计,对仲裁条款的存在、效力及其具体安排提出异议。因此,把握仲裁条款的关键要素及其搭配,是中国资本在并购海外职业足球俱乐部的协议中必须严肃对待、认真制定条款^[4]。仲裁条款的拟定可繁可简。繁复至极者,可媲美一部完整的程序法,因为从仲裁原理看,当事人可就仲裁的任何细节作出安排。简约者,甚至可以在协议中惜墨如金仅表述为“仲裁”即可^[5]。就最关键

点而言，中国资本在并购协议中拟定仲裁条款时，应重点关注如下要素及其设定方式：

1) 仲裁机构。

一是否需要约定机构。从仲裁原理看，仲裁机构并非必备要素，在没有仲裁机构的情形下，即为临时仲裁。机构仲裁具有相对优势，并为仲裁主流，CAS 仲裁即为机构仲裁。然而，通过比较法考察认为，有的立法将机构仲裁作为唯一选项，缺乏仲裁机构的仲裁条款是无效的，中国的立法即是如此。因此，适用哪国立法就成为决定性的标准。这是具体设定仲裁条款时必须考虑的首要问题。二是如何约定仲裁机构。在众多仲裁机构之中择一而定，考验的不只是慧眼，还应考虑对己有利的现实因素。针对中国资本海外并购职业足球俱乐部而言，在遴选仲裁机构时至少应考虑中立性、专业性，以及成本可接受。以中立性为例，被并购的足球俱乐部主要集中在欧盟国家，在价值观、法律文化以及职业足球制度方面，与我国均存在较大的差异，且在以 CAS 为首的世界体育司法领域内，也主要由来自欧美国家的人员构成。这就意味着 CAS 仲裁机构，以及位于欧盟领域内的解纷机构并非最佳的机构。

2) 仲裁地。

一是决定仲裁裁决的国籍及国际流通性。根据 1958 年《纽约公约》规定，一份仲裁裁决的国籍是由仲裁地确定的，包括我国在内的国家对国内仲裁裁决和国外仲裁裁决采取区别对待的双轨制格局，外国仲裁裁决有比国内仲裁裁决更为优待的地位。不仅如此，仲裁裁决的国籍还将决定其是否能依 1958 年《纽约公约》的便利条件得到承认和执行。二是决定仲裁条款及案件实体争议的法律适用。在跨国足球俱乐部并购争议中，中国和并购足球俱乐部所在国的法律必然存在差异，争议解决应首先考虑根据哪国法律规则即法律适用的问题。在仲裁条款及实体争议的法律适用上，先适用当事人选择的法律，然而在当事人没有选择法律，以及所选法律无效、不存在或无法查明的情况下，仲裁地所在国的法律通常将被采用。可见，仲裁地对于并购双方主体利益影响巨大。三是决定仲裁便利及高效程度。仲裁作为当事人的自治和自助式解纷机制，没有司法机关的公权力资源，从而在推动仲裁进行、便利仲裁裁决等方面是“没有牙齿的老虎”，即可以作出中间裁决，但无力凭借自身实现该裁决。这就需要依赖国家动用司法资源予以支持，不同的仲裁理念和文化将决定国家支持仲裁的态度和力度。

3) 仲裁法律适用。

足球俱乐部并购争议中，双方的利益秩序重新分配、平衡或重构，决定于重新分配、平衡或重构的规

则，这就涉及到仲裁的法律适用即准据法的选择问题。仲裁法律适用在严格意义上分为 3 类：案件实体争议的法律适用、仲裁程序的法律适用，以及仲裁条款的法律适用。

限于篇幅，本研究只讨论案件实体争议的法律适用问题。中国资本并购海外职业足球俱乐部的过程中，当事人之间通常会约定合同争议适用的法律，但这里可能存在“常识性”误解，将其约定适用的法律同时视为是解决实体争议和仲裁条款效力的法律。此类误解在提请司法机关确认仲裁条款效力的诸多案例中尤为突出。简单但大体正确的实践立场是，除非当事人在约定法律适用时非常明确的专门或兼及指向仲裁条款，否则，该约定适用的法律将仅限于案件实体争议的厘断。这就逆向提示，并购双方在拟定仲裁条款时，务必关切二者之间的差异，避免误将实体争议的法律适用理解为仲裁条款的法律适用。否则，案件处理的实体结果很可能与并购双方的预期存在很大，乃至完全相反的差异。

4) 仲裁裁决效力。

仲裁机制之初即为克服诉讼机制的相应弊端，为争议当事人提供选择空间^⑥。作为有别于诉讼的多级终审制，仲裁为当事人提供了彰显其效率优势的一裁终局制。大多数国家现今仍然维持严格的一裁终局制，并将其视为不可逾越的红线，凡是约定仲裁裁决不具有终局性，或者允许当事人提起上诉的仲裁条款，均被裁定为无效条款。随着国际社会对仲裁本质理解的深入，特别是反思一裁终局制的科学性和合理性，晚近在理论界兴起允许当事人合意决定仲裁裁决效力的思潮。不过，现阶段允许仲裁上诉的仲裁规则仍属非主流。为避免仲裁条款的合法性危机，中国资本在海外足球俱乐部并购协议的仲裁条款之中，必须对仲裁裁决的效力约定保持谨慎。为谨慎起见，合意否定仲裁裁决一裁终局制的仲裁条款原则上不予推荐。

3 海外并购解纷条款的示范设计

3.1 最优仲裁条款的考量

首先，在仲裁机构的选定上，应推荐选择中国境内的仲裁机构。据不完全统计，中国有近 200 家仲裁机构。中国境内的所有仲裁机构均可被指定为适当机构，为中国资本海外并购职业足球俱乐部的争议解决服务，而且并购方所在地仲裁机构是成本最低的选择。

其次，在仲裁地的选择上，应优先考虑在中国进行仲裁。积极意义如下：一是仲裁裁决为中国国籍，从而在 1958 年《纽约公约》的所有缔约国之中得到承认和执行。二是获得法律适用上的利益，即如果在当

事人没有选择仲裁条款准据法的情况下,根据我国立法规定,仲裁地的法律将作为准据法;而且,对实体争议,我国仲裁实践倾向于在当事人没有选择法律时,也根据仲裁地确定适用的法律。三是有助于提高中国并购方的仲裁参与能力和效率,降低仲裁成本。当然,可供考虑的另一方案则是,采取名义仲裁地与实际庭审地分离的做法。CAS仲裁法典即是如此,所有CAS仲裁裁决,包括随赛事举办国不同而辗转迁移的CAS派驻赛场旁的临时仲裁庭的裁决,其国籍均为瑞士籍,而且其法律适用、仲裁裁决的司法审查等均“悬浮”受制于瑞士法律^[7]。由此得到的启发就是,在确定并购协议仲裁条款的仲裁地时,可将名义仲裁地确定为更有助于得到西方国家,特别是欧盟国家认可的国家,如瑞士等,同时将事实上的仲裁地确定在中国,这样就有助于兼顾名义仲裁地产生的积极法效和实际仲裁地具有的现实意义。

再次,在仲裁法律适用上,应约定适用中国法律。仲裁条款与案件实体争议的法律适用具有层次性,仲裁条款的有效性服务于案件实体争议的解决,因此首先应确保仲裁条款法律适用的有效性和对己的有利性。根据我国关于仲裁条款的法律适用规则,仲裁条款的适用规则依次是当事人选择、仲裁机构或仲裁地法、法院地法。鉴于中国仲裁立法否定临时仲裁,因此,选择适用中国法律决定仲裁条款的效力并不总是最佳的,这尚需根据双方当事人的需求进行具体应对。其后才是考虑案件实体争议的法律适用,此方面则最好确保适用中国法律,毕竟中国法律才是中国并购方所熟知的。

最后,在仲裁裁决效力的约定上,建议约定一裁终局。国际仲裁主流是维持仲裁裁决的一裁终局制,或者,对仲裁裁决的效力不作任何约定,交由应予适用的仲裁规则及仲裁法决定。

3.2 中立仲裁条款的考量

首先,仲裁机构选择的中立考虑。中国资本并购欧洲职业足球俱乐部所产生的争议,可以选择的仲裁机构应当是与并购事实有一定关联,但又无直接联系的仲裁机构。诸如位于法国的国际商会仲裁院、新加坡国际仲裁中心、香港国际仲裁中心等。就仲裁实践的经验推知,并购双方主体很可能选择香港国际仲裁中心,毕竟香港的特殊地位使其能贯通中西法律文化,并赢得中外双方主体的信任。CAS仲裁机构并不是最佳选择,CAS的登记地在瑞士,考虑到欧洲足坛在世界体育领域的影响力,以及瑞士本身受到欧盟法律及文化影响甚深,从而对中方而言,在香港国际仲裁中心或新加坡国际仲裁中心进行仲裁更为公平。

其次,仲裁地选择的中立考虑。就仲裁地的选择而言,一是要考虑其法律意义,二是要考虑其现实成本。前者主要通过名义仲裁地的选择控制,后者则主要通过实际庭审地影响。名义仲裁地必须选择在1958年《纽约公约》成员国,以提升仲裁裁决的国际流通性。在实际庭审地的问题上,原则上仲裁庭具有决策权,并购双方不会对实际仲裁地有大的分歧,除非实际仲裁地完全位于双方的预期之外。

最后,仲裁法律适用的中立考虑。作为妥协或平衡的方案在实践中通常是,将双方主体来源国法律均作为选项。另外的方案则是,选择适用职业足球领域内的国际惯例或国际规则。需要特别提醒的是,从实践看,在当事人法律选择无效或未选择的情形下,实体争议应由仲裁庭决定,仲裁条款则应适用仲裁机构或仲裁地的法律。因此,中国并购方必须考虑,在选法无效时,仲裁机构或仲裁地的法律将成为适用法律,而这反过来提示,必须谨慎且综合地约定仲裁机构或仲裁地。

3.3 瑕疵仲裁条款的考量

1) 仲裁条款的瑕疵化。

中国资本在不能实现仲裁条款中立设置的情形下,应考虑逆向运用仲裁法理。对此,最高法官曾指出:“在当前的现实情况下,如果不能约定在我国仲裁,有意使仲裁条款无效也不失为一个好办法。”^[8]

如何使仲裁条款无效,必须依据仲裁法理而为之。主要措施包括:

其一,就仲裁机构的约定而言,可要求约定两个以上仲裁机构,或者约定“或裁或审”的仲裁条款。此种仲裁条款在我国司法实践中很可能被认定为无效。仲裁条款无效之后,其碍诉抗辩力也不复存在。

其二,就仲裁地的约定而言,一方面要考虑仲裁地对法律适用的影响,另一方面要考虑仲裁地对仲裁裁决的影响。策略是尽可能推荐对仲裁进行严格管控的国家或地区作为仲裁地,如我国立法就否定临时仲裁,并对仲裁机构约定规定了严格的条件。

其三,就法律适用而言,同时约定两种或两种以上的法律,看似兼顾并购双方主体的合法利益,但却很可能因为被选择的法律相互矛盾而无效。此外,值得推荐的做法还包括浮动选法,即事先不明确应适用哪一国或地区的法律,而只是抽象规定在争议发生后,应适用被申请人国籍国或住所地法律。

其四,就仲裁裁决效力而言,当事人可以否定仲裁裁决的终局力,授权一方提起上诉仲裁,或者另行仲裁,或者向法院提起诉讼。鉴于一裁终局是大多数国家仲裁立法的基本原则,挑战仲裁裁决的一裁终局制,也就是违背一国的公共秩序,从而该仲裁条款的

效力被否定。

2) 仲裁条款无效的法律后果。

对当事人而言，只是为了否定仲裁条款显然并非其最终目的，因此必须考虑否定仲裁条款之后的法效如何。就中国资本海外并购职业足球俱乐部的事例而言，对方主体在我国境内并无住所，因此一般诉讼管辖规则，即原告就被告规则使中国法院不能具有管辖权，但依我国现行涉外民事诉讼规则，我国采取的是较为宽泛的涉外管辖体制，即对于合同纠纷或财产权益纠纷而言，即便被告在我国境内没有住所，但合同签订地、履行地、标的物所在地，可供扣押财产所在地等任一事实因素在中国领域内，或者被告在我国领域内设有代表机构的，或侵权行为地在中国领域内的，我国法院均可管辖。据此，只要中国资本在并购海外职业足球俱乐部过程中，有意识地在中国领域内创设上述管辖根据，中国法院即可管辖。最简便创设管辖根据的措施，即是在中国领域内签订并购协议，或要求在中国领域内部分履行合同。

管辖权对诉讼结果影响深远，主要决定如下事项：诉讼程序与语言；诉讼代理事项；诉讼成本；案件的法律适用；案件结果的救济。因此管辖权之后，在法律内意义上需要重点关注的事项即是诉讼中的法律适用。鉴于并购协议隶属合同范畴，据此，依我国关于涉外合同的法律适用规则，在当事人没有选择法律的情况下，将适用最密切联系地法或依特征履行方法决定。这就为并购当事人暗示了应对措施，即为使我国法律的适用，应尽可能多在中国嵌入相关因素，以使中国成为并购协议的最密切联系地。尽管在理论上讲，被并购的职业足球俱乐部所在国更可能被界定为最密切联系地，但考察我国涉外司法实践的倾向，我国司法机关常为避免外国法的适用重荷，从宽解释最密切联系的标准，其常用手法有：在庭审中引导当事人选择中国法或者仅根据与中国的一个联系因素，即认定中国为最密切联系地。

4 解纷条款拟订中的善恶辩证法

解纷条款本为“灭火”即解纷而设计，本应守护当事人之间的和谐与和平秩序，但解纷条款本身却可能因为“玩火”而导致引火烧身，在解纷之前还得先行解决自身的次生纷争。如果仲裁条款本身是善的，且善的仲裁条款能带来善的秩序，那么有意识“杀死”仲裁条款将是应被指责的行为。然而，事实可能并非如此。尽可能促使仲裁等解纷条款有效，是法律人的善愿。但在海外并购职业足球俱乐部过程中，如果双

方地位悬殊，有效的仲裁条款将会为中国并购主体带来极大风险或不利时，问题的考虑和解决就不可能太过“纯真”，围绕法律主线的斗智就成为更为真实的行动准则。这一准则的绝对律令，显然不是任何情况下都应促成仲裁条款的有效；相反，这一准则的绝对律令乃是任何情况下都应追求自身利益的最大化。这就要求，仲裁条款的拟订也应为此目的或有效或无效。过于单纯的“唯有效论”不仅无法应对现实的骨感，而且也会因在解释实践、规范实践和改造实践上的无能力而最终灰飞烟灭。善用也好，恶用也罢，值得肯定的是，它们都是以仲裁法理和相关法律法规为依据而进行。法律为众生提供了行为平台和准则，如果法律并不禁止行为人因何作为、为何而为的内在动机或目的，那么就不应在无规定的情形下指责众生的所作所为。相反，如果众生的作为背离了法律的初心，那么法律不应责众，而应首先检讨自身的缺漏，众生的作为为立法者精准地锁定了问题所在，从而让立法者有能力恶为善用。黑格尔⁹⁾曾言：大自然每每妙用人类恶劣的情欲，但其最终造就的却是大自然自身的目的。以此角度观之，解纷条款的拟定技巧彰显并购双方主体的利益博弈，但被妙用为改进体育领域治理秩序，趋于善治的动力。

参考文献：

- [1] 陈晨曦. 中国资本抢滩海外足坛[N]. 人民日报, 2016-07-10(006).
- [2] 张春良. 强制性体育仲裁协议的合法性论证[J]. 体育与科学, 2011, 32(2): 23-27.
- [3] 张春良, 卿莹. CAS 仲裁法典最新发展述评[J]. 武汉体育学院学报, 2012, 46(9): 36-41.
- [4] W LAURENCE CRAIG, WILLIAM W PARK, JAN PAULSSON. International chamber of commerce arbitration[M]. New York: Oceana Publications, 2000: 273.
- [5] 杨良宜. 国际商务仲裁[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2005: 113.
- [6] 刘晓红. 仲裁“一裁终局”制度之困境及本位回归[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 22-24.
- [7] 张春良. 论北京奥运会仲裁的法律问题[J]. 体育科学, 2007, 27(9): 86-91.
- [8] 刘贵祥, 麻锦亮. 中国企业“走出去”法律风险及其司法应对[J]. 法律适用, 2013, 24(5): 74-82.
- [9] 黑格尔. 小逻辑[M]. 贺麟, 译. 北京: 商务印书馆, 1997: 394-395.