初论方兴未艾的先予仲裁

张进德

先予仲裁,也称确认仲裁、无争议同时 仲裁,是指双方当事人在合同签订的同时, 为保障其合法权利将来得以实现,避免日后 发生纠纷再去仲裁或诉讼的麻烦,而约定通 过仲裁机构就合同所涉及的内容提前仲裁, 以调解方式结案,并出具调解书或依双方主 张制作裁决书的一种仲裁方式。先予仲裁方 式的运用初见于湛江国际仲裁院,且近一两 年来呈现出巨大的发展潜力。但在法律界也 存在争议观点,认为仲裁毕竟是解决纠纷的 方式,在纠纷尚未实际发生时仲裁缺乏介人 基础。以笔者之见,先予仲裁可能是促成中 国仲裁走出低迷的一个良好契机,它有其融 洽的理论依据及制度基础。

实践优势

从实践领域来看, 先予仲裁目前主要集 中于借贷关系的案件,尤其常用于小贷公 司、典当、股份制银行系统与民间借贷等领 域的案件。该类案件具有几个显明特点:其 一,数量极其庞大;其二,法律关系相对简 单; 其三,纠纷解决所需的证据简明直接;其 四,容易产生呆账坏账,权利实现的机会可能 转瞬即逝。先予仲裁的优势与上述特征的契 合度极高。兹举一例对先予仲裁的流程予以 简介。2018年1月20日,小明与某小贷公司 在线签订3万元的贷款协议,并签订仲裁协 议;在双方当事人申请(双方约定)的前提下, 仲裁机构稍后(或同时)便介入,主持向双方 出具仲裁调解协议,约定若60日后小明不偿 还第一笔借款 5000 元的本息,则应负一定的 违约责任;若 3 月 20 日小明未履行合同义 务,此后仲裁机构便可依据此前的调解协议 直接出具仲裁裁决,且裁决一经作出立即生 效(并具备强制执行力)。上述程序大致就 是实践中先予仲裁的一种常见操作模式。

先予仲裁追求预防纠纷,在纠纷真正发生之前即以生效裁决确认了当事人双方的权利义务关系,这首先从客观角度最大限度避免了权利义务实现过程中的异化现象;另外从主观角度来讲,一纸预先裁决也在一定程度上打消了当事人妨碍权利义务实现的不良

□ 先予仲裁是指双方当事人在合同签订的同时,为保障其合法权利将来得以实现,避免日后发生纠纷再去仲裁或诉讼的麻烦,而约定通过仲裁机构就合同所涉及的内容提前仲裁,以调解方式结案,并出具调解书或依双方主张制作裁决书的一种仲裁方式。

- □ 先予仲裁追求预防纠纷,从客观角度最大限度避免了权利义务实现过程中的异化现象。另外,先予仲裁通过最大程度上限缩程序,将将来可能的纠纷解决成本降至最低。此处的高效低成本也是多方位的。
- □ 如果说传统的仲裁和诉讼制度是逐步实现证据收集固定、法律关系确认、 裁判结论生效的过程,那么先予仲裁就是"一锤子买卖",在出具有效 裁决的同时,兼具了证据保全与权利义务关系预先确认的功能。

念头。此种状况可以大幅度地减少呆账坏账,强化了经济活动全程中的可预期性。同时,纠纷预防也应纳入广义的纠纷解决范畴,而且比纠纷发生后的纠纷解决具备更高层级的实践价值。

另外,先予仲裁通过最大程度上限缩程序,将将来可能的纠纷解决成本降至最低。此处的高效低成本也是多方位的。首先,个案的仲裁成本降低,这就为以有限司法成本解决巨大数量的纠纷提供了可能性。其次,"此长彼消",大数量纠纷得以解决,同时也为法院大幅度减轻了案件负担。再次,通过直接出具生效裁决督促当事人权利义务的实现,将当事人的可预期性提至最高,最大限度降低了当事人的时间成本与期待成本。最后,最大程度上避免未来诉讼或仲裁的漫长过程中债务人转移财产、逃避债务的风险,有效降低了"执行难"的风险成本。

理论基础

作为一项古老的纠纷解决机制,仲裁的本质是公权在司法领域向私权的让渡。而且,这一让渡的对象并非普通民众个体,而是作为社会力量的仲裁机构。在民商事领域,现代法治理念赋予了仲裁同等于法院审判的效力、权威与地位。在这一中立第三方的地位之下,出具最终法律效力的解纷结论

已经是所有司法事务当中层次最高的一项,因此法律事项的见证功能自然也不在话下,也是仲裁作为准司法机构的基本功能的应有之义。于是,先予仲裁的预先确认功能在理论上便是成立的。此时,可能另有一项理论质疑: 先予仲裁的裁决产出并未经历充分的正当程序。那么,笔者的理解在于,先予仲裁实际是经过了正当程序的,其中的最关键因素便是当事人双方的合意,即在合意前提下的程序缩减。

这里,又牵涉到仲裁机制的另一个古老属性——合意性。现代仲裁机制源自于西方。在商事活动日渐发达的时代,为使商事关系得以顺利发展,及时解决商人之间的各种商事纠纷,在纠纷当事人自愿的基础上,共同委托大家信赖、德高望重、办事公道、熟悉情况的第三人对纠纷进行居中裁判。自己的纠纷能够由自己最大限度做主,这一古老的仲裁理念流传至今,也成为国际通行的仲裁法基本规则。在我国仲裁法上,当事人合意的空间也是远远大于民事诉讼法上的空间,在仲裁方式选择、仲裁员选择、仲裁程序选择、仲裁结论方式选择等多方面皆有体现。基于此,在当事人合意前提下的先予仲裁也是具备理论说服力的。

如果说传统的仲裁和诉讼制度是逐步实现证据收集固定、法律关系确认、裁判结论生效的过程,那么先予仲裁就是"一锤子买卖",在出具有效裁决的同时,兼具了证据保全与权利义务关系预先确认的功能。综前所述,这些

功能得以存在的理论基础至少有二:其一,仲 裁机构具备法律赋予的公信力与权威性;其 二,从证据确认、法律关系确认到仲裁方式的 选择等全方位都有当事人合意的前提。

制度逻辑

无论如何,一项制度的创新不能突破现行法律的规定,先予仲裁也是如此。首先,先予仲裁是以双方当事人达成有效的书面仲裁协议作为前提。另外,先予仲裁的结案方式只能是调解,因为此时纠纷并未实际发生,也就不存在仲裁庭强制性裁决的前提。而且,此时仲裁调解协议的内容实质上是一种附条件的协议行为,即约定日后若发生纠纷则当事人需负何种法律责任。《仲裁法》第51条第2款规定:"调解达成协议的,仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。"由此可见,在仲裁程序中达成调解之后,仲裁庭有制作调解书或者裁决书的选择权,日后根据调解协议出具先予仲裁的裁决书是有法律依据的。

另外,先予仲裁在程序方面作了较大程度的缩减,但仍然符合现行法的制度逻辑。没有纠纷的发生,也就没有围绕纠纷展开的庭审程序,而这并不违反现行法。《仲裁法》第39条规定: "仲裁应当开庭进行。当事人协议不开庭的,仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决。"由此,先予仲裁在当事人合意之下的不开庭方式是符合制度逻辑的。但需注意的是,在现行仲裁法框架之下,先予仲裁中的仲裁员选择、仲裁申请书、不开庭协议等程序载体材料都是不可缺少的。此外,鉴于先予仲裁是实践中生发出来的一种仲裁新方式,仲裁庭在适用先予仲裁过程中,应当最大限度向双方当事人充分履行告知与阐释的义务,且应当做好相关的书面材料制作工作。

最后需要指出,待先予仲裁的实践成熟之后,可以考虑通过制定司法解释甚或修改《仲裁法》明确设立先予仲裁方式,一方面做到先予仲裁的全面规范化,另一方面也可将这一创新方式在仲裁实践中推而广之。

(作者系上海政法学院副教授、法学博士)

经济犯罪刑法实质化认定应当遵循的三个原则

曹坚

近年来,在职务、金融等刑事案件的认定中经常提到刑事认定看实质的概念,但何为刑法意义上的实质,如何依法界定刑法实质化认定的内涵与边界,尚缺少理论提升,在遇到识别具体刑事个案中的法律要件时,仅凭简单化的一句"刑事认定看实质"显然是远远不够的,也难以平息由此产生的类似刑民交织、此罪与彼罪等刑事定性争议问题,以及犯罪形态、犯罪数额等刑事定量问题。笔者以为,首先需要澄清和强调刑法实质化认定的基本原则,无规矩不成方圆,明确了基本原则才可以科学把握实质化认定的定案思路,略述如下:

正条恐時,哈还如下: 罪刑法定原则是现代刑法的基石,对所有罪行的认定都必须在罪刑法定的原则指导下,离开了罪刑法定原则,一味简单地追求所谓实质化的刑事认定,将有可能使刑事追诉陷入不当境地。简单说,当我们看到某一经济行为给社会带来严重的不适感时,但仅凭该行为有严重的社会危害性,不入罪似乎无法的为有严重的社会危害性,不人罪似乎无法的为有严重的社会危害性,不人罪似乎无法的为有严重的社会危害性,不人罪似乎无法的,是以轻罪定性似乎难以揭示其行为的罪,但以轻罪定性似乎难以揭示其行为的罪,他以轻罪定性似乎难以揭示其行为的,转而寻求重罪。如果说,对危害行为的,该和寻求重罪。如果说,对危害行为的,认定都是在相应罪名的构成要件范围之内,该种人等和是在相应罪名的构成要件范围之内,该种人为与刑法罪名的转化对接,是刑事思维与刑事认识的逻辑在具体个案中的生动运

用。但是,如果不尽符合相应罪名的犯罪构

成,而强行将该行为塞人其中,就可能违背了罪刑法定的原则。刑法实质化首先必须遵循罪刑法定原则,具体体现为两个方面: 1. 行为是否构罪必须以刑法的具体罪名的构成要件为判断依据,凡不符合刑法罪名规定的行为,即使存在相应的社会危害性也不能人罪。2.行为是构成重罪还是轻罪,仍然需要以刑法的罪名条款为依据,特别是要重点把握重罪与轻罪在构成要件上的区别点,将行为的事实要素提炼为规范要件,符合重罪的定重罪,不符合的则不能片面拔高认定。

在强调刑事问题看实质时,往往是司法人员观察事物的表象时,其观点认识在违法与犯罪、轻罪与重罪之间摇摆,这固然需要以罪刑法定原则为根本性的指导,但同时还需要深入考虑出罪或入罪、罪轻或罪重的处理是不是体现了定罪与量刑的科学平衡。判断罪刑是否平衡协调,可以从两个方面入手:

一是法律评价与世俗评价是否大体一致。法律评价是从法律规范意义上出发对案件处理效果的评价,在认定刑事案件时,主要是从犯罪构成、量刑情节出发对犯罪行为的定性与定量评价。世俗评价则主要是从人们朴素的正义观念出发对犯罪行为的认识。法律评价显然不等于世俗评价,其具有专业认定所要求的规范严谨,世俗评价更多带有感性色彩,且易受舆论影响而可能带有冲动盲从的一面。但是,法律源于生活又高于生活的特点决定了法律评价在绝大多数场合就

是对世俗评价的理性抽取、凝结与升华,两者 在价值取向上是相向而行而非背道而离。如果 在具体个案的判断和处理上,法律评价与世俗 评价出现了严重的牴牾甚至对立,则需要仔细 斟酌是否有机械适法的可能,即不当扩大化地 理解适用罪名犯罪构成的某一要件,或者没有 协调有机地适用刑法法条。

二是法律评价是否充分足够。法律总是滞后于生活的变化,固守僵化思维运用法律会出现放纵犯罪的可能,而不当扩大运用法律则会出现刑法介入过于积极的局面,对法律的适用应当追求恰如其分的效果。对某些具有一定开放性特征的罪名要件,应当伴随经济社会生活的发展而予以延展性理解与解释,不能僵化固守其原有的传统含义。

刑事的谦抑严格讲是运用刑法的一种理念,其内涵涉及慎刑思想,强调刑法的内敛与节俭。其实,罪刑法定原则和罪刑相适应原则都体现了谦抑的理念,对罪行的评价要适格和适度。谦抑原则的涵摄对象不能完全用罪刑法定原则和罪刑相适应原则来理解,还有其独有的内涵,即强调司法机关在具体运用刑法时要把握度和量,谨防过犹不及。

前面论述到刑法文本永远滞后于社会实践,经济活动中总有人采用各种隐蔽的手法规避各种刑事风险,这其间,有刑法可以容忍的,也有不能为刑法所容忍的,容忍度的一张一驰无疑考验着司法机关用法释法的法律智慧。当出现刑法意义上的模糊行为,也即游走

在罪与非罪、此罪与彼罪边缘的行为时,司法机关面临这种行为时有进行道德谴责、民事责任认定、刑事责任追究等多个路径的选择,笔者认为,此时应当强调以刑事谦抑体现社会人伦的价值。对严重侵犯人的价值与尊严,引起社会共愤的行为,仅道德谴责与民事赔偿难以修复社会关系,现有刑事罪名在构成要件的某些方面有所欠缺难以直接运用时,可考虑通过司法解释或者裁判释法的方式,适当延伸罪名的射程,体现刑罚的及时性与必要性。对在经济生活中出现的违法现象,相应行政法规严重滞后而难以应对时,刑事认定能否先行,实践中存有争议。

有观点认为,刑法是法律体系中的最后一道防线,应当守好本分,守门员不要履行前锋的职责。另有观点认为,刑罚权是国之重器,需审慎使用,对已经出现的严重危害国家经济利益的行为,要及时予以惩罚体现刑法的威慑力。刑法中的不少经济罪名,都需要相应的行政法律法规甚至部门行业规范性文件的内容作为指引,在决定入罪时要仔细查找并研判行政规范的内涵与案件事实有否必然的关联,有之则有进一步刑事评价的可行性。对抽象构成要件的经济罪名,不仅要关注行为本身的社会危害性大小,还要剖析抽象构成要件覆盖该行为的可行性,能够通过合理解释予以覆盖的,应当人罪;解释牵强的,则须审慎而为之。

(作者系上海市人民检察院第一分院公诉 处检察官)