# 纠纷未起"先予仲裁"并不合法

冯晓青

22018年5月28日,最高人民法院审判委员会第1740次会议通过了《最高人民法院关于仲裁机构"先予仲裁"裁决或者调解书立案、执行等法律适用问题的批复》(以下简称《批复》)。《批复》是针对广东省高级人民法院《关于"先予仲裁"裁决应否立案执行的请示》(粤高法〔2018〕99号)而做出的回应与规定。

由于前段时间在广东等地方出现了发生 纠纷前,网贷合同当事人就申请仲裁机构按 照既有协议作出仲裁调解书,并依据制作具 有法律约束力及执行力的仲裁裁决文书,且 数量惊人。广东省高级人民法院遂请示最高 人民法院作出批复,以理清这类由某些仲裁 机构"创新"的仲裁类型和方式的合法性, 以及司法审查如何对待仲裁裁决与仲裁调解 书的立案执行。

《批复》的公布与生效,无疑是对前段时间存在一些争议给出的具有法律效力的明确答案,其对于规范我国仲裁活动,加强司法对仲裁的依法监督,保障我国仲裁这一纠纷解决的重要机制的正常运转,公平、公正地维护当事人合法权益,具有十分重要的意义和作用。以下笔者根据自己从事法学研究以及律师、仲裁实务的经验和体会,拟从几个方面进行解读,以飨读者。

### 执行合法仲裁裁决应被支持

仲裁是解决法律争议的重要形式和机制,合法仲裁裁决的执行应得到人民法院的 肯定和支持。

我们知道,通常解决法律纠纷的途径和机制有:当事人自行和解、调解、向人民法院提起诉讼以及向仲裁机构申请仲裁。仅就仲裁这种途径和形式而言,其具有自身特色和优势。例如,仲裁制度实行"专家断案",程序公正、透明,能很好地保障当事人合法权益。又如,仲裁裁决实行"一锤定音",这使得这一纠纷解决方式具有高效性。

另外,考虑到近些年来我国法律纠纷数量越来越多,仲裁无疑能够在一定程度上分流案件,减轻人民法院审理案件的压力。从我国仲裁实践来看,仲裁确实已成为我国解决法律纠纷的重要形式和机制。因此,我国人民法院对于仲裁裁决的司法态度一贯是尊

- □ 仲裁是解决法律争议的重要形式和机制,合法仲裁裁决的执行应得到人 民法院的肯定和支持。
- □ 作为解决合同争议或者其他财产权益纠纷的仲裁,毫无疑问应当以存在 争议或者实际的纠纷为前提,而不能在纠纷发生之前即予以仲裁,并做 出仲裁裁决或者调解书。
- □ 仲裁活动本身应当严格依照法律程序进行。违反法定程序,或者限制当事人基本程序权利,都会导致对有关当事人的不公平,有违仲裁制度的立法目的。

重、支持并鼓励当事人以仲裁方式解决纠纷,同时对于经过司法审查的依据合法程序 所做出的仲裁裁决予以及时执行。

从笔者曾兼职的北京仲裁委员会仲裁裁决历年统计数据看,经过司法审查撤销仲裁裁决、不予执行的案件数量极少,个别案件涉及的是程序性瑕疵。基于上述考量,《批复》明确"当事人申请人民法院执行仲裁机构根据仲裁法作出的仲裁裁决或者调解书,人民法院经审查,符合民事诉讼法、仲裁机村民法院经审查,符合民事诉讼法、仲裁执行。"该规定表明,人民法院对于合法仲裁裁决的司法态度。裁决应当及时受理和立案执行,也进一步明确人民法院对于合法仲裁裁决的司法态度。甚至可以认为,这也是人民法院的一项法裁决的司法态度。上述规定,同时也是保障合法仲裁裁决的人民法院对于合法仲裁裁决的一项法定、自时也是保障合法仲裁裁决和强制力的体现,有利于保障充分利用仲裁制度公正、高效地解决法律纠纷。

#### "先予仲裁"有违仲裁法规定

仲裁应以出现法律争议为前提,为避免 网贷合同纠纷而出现的"先予仲裁"不符合 仲裁法规定和精神。

根据仲裁法原理和我国《仲裁法》第2条规定,仲裁机构可以接受仲裁案件的范围限于"当事人间已经发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷"。

所谓纠纷,指的是当事人对于民事权利 义务产生分歧和争议,如对于合同的效力、 合同解除、违约责任,或者合同某一条款理 解存在争议。作为解决合同争议或者其他财 产权益纠纷的仲裁,毫无疑问应当以存在争议 或者实际的纠纷为前提,而不能在纠纷发生之 前即予以仲裁,并做出仲裁裁决或者调解书。 否则,就会违背仲裁制度的基本精神和法理, 造成仲裁制度的混乱。

然而, 近年来, 随着网络与电子商务的发 展,一些网贷平台为了"安全还贷",敦促部 分仲裁机构"创新"出网贷合同先予仲裁的仲 裁模式和制度,即当事人之间尚没有发生实际 的争议或纠纷, 而是在订立和履行网贷合同过 程中,为避免网贷交易风险,以现有网贷合同 为基础先行向有关仲裁机构申请仲裁, 仲裁机 构受理后制作仲裁调解书并按照调解协议再制 作仲裁裁决。据调查,有的仲裁机构作出的这 类具有法律强制力的法律文书达上百万件。由 于这种仲裁行为缺乏事前发生争议这一关键性 事实, 只是试图以仲裁裁决名义为网贷合同的 信用背书,因此明显不符合《仲裁法》的精神 和规定。基于此,《批复》明确规定:"网络 借贷合同当事人申请执行仲裁机构在纠纷发生 前作出的仲裁裁决或者调解书的, 人民法院应 当裁定不予受理;已经受理的,裁定驳回执行 申请。"这一规定对前段时间存在的争议给予 了明确答案,有利于正本清源。同时,该规定 也统一了司法审查仲裁案件的法律适用标准, 有利于促进我国仲裁事业的发展。

## 程序瑕疵的仲裁裁决应不予执行

仲裁庭组成或仲裁的程序违反法定程序产 生的仲裁裁决或者仲裁调解书申请立案执行具 有不合法性。 仲裁活动本身应当严格依照法律程序进行。违反法定程序,或者限制当事人基本程序权利,都会导致对有关当事人的不公平,有违仲裁制度的立法目的。

在网络贷款实践中,存在这样的情况:网 贷合同签订后, 当事人为了避免今后可能发生 的纠纷而事先达成了和解或者调解协议。当实 际出现合同纠纷后, 当事人一方向有关仲裁机 构申请仲裁。在这种情况下,仲裁机构是否可 以直接根据事先达成的调解、和解协议作出仲 裁裁决或者仲裁调解书?由于这里的调解、和 解协议仅是为避免纠纷而预设的, 仅以此为依 据直接作出裁决或者仲裁调解书, 就会实质性 地违背仲裁程序制度要求的查明产生纠纷后的 事实真相,以及当事人实际发生纠纷后的意思 表示。因此,《批复》明确规定:仲裁机构未 依照仲裁法规定的程序审理纠纷或者主持调 解,径行根据网络借贷合同当事人在纠纷发生 前签订的和解或者调解协议作出仲裁裁决、仲 裁调解书,应当认定为《民事诉讼法》第237 第2款第(3)项规定的"仲裁庭的组成或者 仲裁的程序违反法定程序"的情形。此外,网 贷现实中还存在另外一种情况,即有些网贷平 台为防范出现任何风险,事先通过格式合同形 式对另一方当事人仲裁活动中的基本程序权利 予以限制,如申请仲裁员回避、提供证据、答

显然,根据我国《合同法》规定,格式合 同条款不得排除另一方当事人的主要权利和加 重其法律责任。实践中的上述约定应当归于无 效。为规范这类行为,《批复》还规定:仲裁 机构在仲裁过程中未保障当事人申请仲裁员回 避、提供证据、答辩等仲裁法规定的基本程序 权利的,也属于上述"仲裁庭的组成或者仲裁 的程序违反法定程序"的情形。不仅如此,针 对现实中一些网络借贷合同当事人以合同中约 定的弃权条款为依据主张仲裁程序合法,《批 复》也明确规定, "网络借贷合同当事人以约 定弃权条款为由, 主张仲裁程序未违反法定程 序的,人民法院不予支持"。这些规定,有利 于保障当事人仲裁活动中的基本程序权利,也 为人民法院司法审查仲裁裁决的合法性提供了 更加明确的指引。

(作者系中国政法大学教授、博士生导师;深圳、南京仲裁委员会仲裁员;中欧仲裁中心仲裁员)

# "先予仲裁"已被喊停 借贷仲裁再莫先行

李立新

前段时间叫得沸沸扬扬的"先予仲裁" 执行问题,随着最高人民法院的一纸司法解 释终于尘埃落定:5月28日通过、昨日开 始施行的《最高人民法院关于仲裁机构"先 予仲裁"裁决或者调解书立案、执行等法律 适用问题的批复》(以下简称《批复》)明 确规定,"网络借贷合同当事人申请执行仲 裁机构在纠纷发生前作出的仲裁裁决或者调 解书的,人民法院应当裁定不予受理;已经 受理的,裁定驳回执行申请。"

乍一看,很容易产生疑问,即仲裁裁决的执行得不到保障,谁还会去申请仲裁?但事实上,这是一个误解。《批复》开篇首先明确了"当事人申请人民法院执行仲裁机构根据仲裁法作出的仲裁裁决或者调解书,人民法院经审查,符合民事诉讼法、仲裁法相关规定的,应当依法及时受理,立案执行"。这体现了司法对仲裁裁决书法律效力的肯定,也体现了司法对仲裁制度的一贯支持。

既然如此,为什么前述的仲裁裁决的执行申请,《批复》要规定不予受理呢?个中蹊跷,全在于"先予仲裁",即在纠纷发生前就已经作出了仲裁裁决。

通常而言,仲裁裁决是在纠纷发生后、 当事人根据双方约定的仲裁条款,将其争议 提交仲裁机构进行裁决,才会有仲裁裁决, 即先有纠纷、后有裁决;"先予仲裁"却是 反其道而行之,先有裁决、后有纠纷。正是 这先后顺序的颠倒,导致其违法而被喊停。

问题是,通常的先有纠纷、后有裁决,为什么会演变为未有纠纷、先予仲裁?这还得归结于互联网金融的快速发展。当 P2P 网贷平台面向全国网民开展小额借贷服务之际,带来两大问题:

一是网贷平台以什么为信用吸引客户、 从而确保通过平台借贷的双方签约后守约履 行义务;

二是一旦履约发生纠纷数量十分庞大, 这对有限的司法资源而言,无疑构成了一个 巨大的挑战。

为此,市场经济发达的广东湛江仲裁委员会拓展仲裁业务,于 2016 年率先创新性地推出了"先予仲裁"制度,即在纠纷尚未发生的情况下,为确保当事人双方履行借贷合同确定的权利义务,预先请求仲裁机构依其现有协议作出具有约束力和执行力的法律文书(包括仲裁裁决或调解书),一方面避免了网络平台的信用,一方面避免了一"互联网+"时代的创新式仲裁,对利用 P2P 平台借出款项的放贷人而言,对借款人逾期不能还款的风险,有预先作出的、有强制执行力的仲裁裁决书构成还款保证,以此吸引更多的网民加入平台,亦为日益庞大的网络借

贷纠纷提供便捷的争议解决之策。

但是, 诉的本质是纠纷的发生。根据《仲 裁法》第一条,立法目的是仲裁经济纠纷;根 据《仲裁法》第二条,可以仲裁的是平等主体 的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷 和其他财产权益纠纷。可见, 仲裁制度首先建 立在争议发生的现实基础之上, 仲裁的启动必 须以当事人双方实际发生纠纷为前提。其次, 纠纷必须通过一套科学完整的仲裁规则加以解 决,即以程序保障实体权利的公正。然而,纵 观现有的"先予仲裁"实践, 当事人之间只是 存在发生纠纷的可能性,在此情形下予以仲 裁, 违背了仲裁以程序保公正的基本原则, 并 且必然从程序和实体两方面侵害当事人的权 利。表面看是"先有纠纷、后有裁决",还是 "先有裁决、后有纠纷"的先后顺序上的小问 题,实质是程序公正的大问题。

"先予仲裁"之所以被互联网金融平台广泛利用,是因为仲裁的执行力及由此而带来的社会公信力,互联网金融平台以此而为自己添加信用背书。然而,"先予仲裁"名为"仲裁",实为第三方对合同内容的见证,揭开"仲裁"面纱,底下看不到仲裁机构作为中立第三方为解决纠纷而进行的客观裁定。由于"仲裁"时合同纠纷并未真正发生,一方面不可能针对纠纷带来的实体问题公正仲裁,另一方面,也不可能保证双方当事人根据纠纷实情

而选择仲裁员、充分陈述意见及质证举证等, 无法通过正当的程序权利保障实体权利的公 工

正是基于这样程序正义要求和法理逻辑,《批复》在最后明确了网络借贷合同纠纷中应当认定为仲裁程序违反法定程序的两种具体情形:一是仲裁机构未依照仲裁法规定的程序审理纠纷或者主持调解,径行根据网络借贷合同当事人在纠纷发生前签订的和解或者调解协议作出仲裁裁决、仲裁调解书的;二是仲裁机构在仲裁过程中未保障当事人申请仲裁员回避、提供证据、答辩等仲裁法规定的基本程序权利的。并且明确规定不允许通过在合同中约定弃权条款来主张仲裁程序未违反法定程序。

总之,随着互联网技术的发展,不仅公司企业,大量的自然人个人亦可能参与到借贷合同中来。纠纷的多发是必然,因此,客观上需要比司法灵活的仲裁开拓创新、有效分流法院的审判压力,而"先予仲裁"侧重于事前化解纠纷、预防交易风险,符合纠纷解决方式多元化发展趋势,但其程序违法而致公正缺失,结果遭致最高人民法院的理性喊停。今后,参与互联网借贷的大小主体,必须充分注意网贷平台的"先予仲裁"信用不可靠,切记"先予仲裁"已被喊停,借贷仲裁再莫先行。

(作者系上海大学法学院民法教研室主任、副教授、硕士生导师)