

论证券纠纷调解机制的 修改与完善*

李有星** 王卓晖***

摘要: 证券纠纷调解机制是非诉方式解决纠纷的一种途径,具有专业性强、权威度高、便捷高效、成本低廉的特点,在证券资本市场发达的国家普遍适用。美国金融业监管局(FINRA)和德国私人银行在证券纠纷调解上有着较为成熟的体制和运行机制,有着一整套调解的程序规则。我国需要在《证券法》修改中强化证券纠纷调解制度设计,在调解主体,受案范围,经费和程序等方面作出规定,建立适应我国证券市场特点的专业调解机制,为快速、有效地调解纠纷提供制度基础。

关键词: 证券法 证券纠纷 调解机制

随着我国证券资本市场的发展,证券民事纠纷案件不断增加,解决证券纠纷的调解制度被提到重

* 【基金项目】浙江省社科规划优势学科重大课题(14YSXK01ZD);温州大学金融综合改革协同创新中心资助项目“民间金融监管协调机制的模式创新研究”、浙江省金融研究院 AFR 区域重点招标项目(ZD14002)部分成果。

** 浙江大学光华法学院教授、博士生导师。

*** 浙江大学光华法学院硕士研究生。

要位置。肖刚主席在2013年11月29日的第四届上证法治论坛上提出“研究建立证券纠纷调解制度,《证券法》修改是否可以考虑借鉴德国的做法,建立适应证券市场特点的证券调解制度”。证券纠纷调解是指在证券业协会、证券业的监督管理机构或其他组织和个人的主持下,以相关国家法律、法规及其他规范性文件为依据,对纠纷双方进行劝说和斡旋等方式促进他们互相谅解并自愿达成调解协议,从而消除纷争的活动。^{〔1〕} 证券纠纷调解具有专业性强、权威度高、便捷高效、成本低廉的特点,更具有尊重投资者意愿、程序明晰、简便,具备保密性、人性化、和谐性等优越之处。

美国证券金融监管局(FINRA)有着较为成熟的调解机制,解决证券商与投资者之间的纠纷效果明显。近年来,我国本土也涌现了一些成功的证券纠纷调解成功案例。2014年上半年,协会证券纠纷调解中心通过在线申请平台和处理投诉函方式共接收48起证券纠纷调解申请,受理其中33起符合受理条件的调解申请;在地方协会的配合下,成功调解20起纠纷。全国36家地方协会上半年自行受理376起纠纷申请,调解成功356起纠纷。^{〔2〕} 这些都充分表明证券纠纷调解机制大有可为。从我国目前证券纠纷调解机制的现状分析入手,借鉴美国和德国的证券调解机制,对我国证券纠纷调解机制的修改与完善提出建议。

一、我国证券纠纷调解机制的现状

(一)我国证券纠纷调解机制运行的状况

我国2005年版的《证券法》第176条规定,证券业协会负责会员之间、投资者与会员之间的证券纠纷的调解。证券法确立了中国证券业协会为法定证券纠纷专业调解机构,但长期来就具体证券纠纷调解解决的细则没有出台,调解工作进展有限。2012年,起草公布《证券纠纷

〔1〕 娄伟、杨荣新:《人民调解学概论》,法律出版社1994年版,第1页。

〔2〕 中国证券业协会证券纠纷调解:“三管齐下,完善证券纠纷调解机制”,载《中国证券报》2014年1月2日, http://www.cs.com.cn/app/ipad/ipad01/01/201401/t20140102_4267681.html。

调解工作管理办法(试行)》、《证券纠纷调解规则(试行)》、《调解员管理办法(试行)》。这三大条例规定了组织架构、受理范围、来源经费、调解效力等实体问题,同时也规定了调解员的资格条件、聘用、行为规范、考核、培训等一系列程序问题。与此同时,证券业协会还成立了证券纠纷调解中心负责证券调解相关事宜。

证券法对证券业协会授权,规定其负责具体落实证券纠纷调解机构的组建及运作,制定调整相应规则,证券纠纷调解的推广等工作。并且,我国设立了证券业协会调解专业委员会和调解中心,调解专业委员会扮演者决策机构的作用,制定基本制度,并负责调解员聘用等工作。而日常组织、外联、协调、调解员管理等工作则交给调解中心全面负责。2012年7月以来,协会在网站上设立了证券纠纷调解专区,建立了证券纠纷调解在线申请平台,及调解中心与地方协会协同工作的证券纠纷调解工作系统,并在全国范围内聘任了将近200名证券纠纷调解员,初步建立了一支覆盖全国的、专业化的调解员队伍。

目前的调解机制有如下特点:第一,受理范围广泛。包括会员与会员的纠纷,会员与投资者的纠纷,会员与其他利益相关者纠纷。第二,对股民投资者倾向性保护同时不忽视证券公司的发展实际。第三,方式灵活。采用书面、电话沟通、网络联系等非现场方式。第四,调解周期短,高效迅速。20个工作日调解完毕,遇到特殊情况经批准延长不得超过10个工作日。第五,设置了垂直双层的组织架构。中国证券业协会成立了证纠纷调解专业委员会和证券纠纷调解中心,各司其职,分工明确,为工作顺利开展提供了保障。第六,初步建立了“诉调对接”、“仲调对接”、“信调对接”的平台,提高了调解协议的执行力。

(二)我国证券纠纷调解机制的缺陷

我国证券纠纷解决机制存在以下不足:

其一,调解主体单一化。2012年出台的《中国证券业协会证券纠纷调解工作管理办法(试行)》中,中国证券业协会成立了证券纠纷调解专业委员会和证券纠纷调解中心。这是对《证券法》中关于证券业协会调解职能的完善,然而依旧未能改变调解主体单一的现实。现行《证券法》以及相关法规对证券交易所和证监会是否具有调解职能并没有做出规定。基于证券交易所的职能和市场地位,以及其拥有的高

素质人才、理论知识丰富、实践经验等,其完全具备调解纠纷的能力。调解主体多元化才有利于真正发挥证券调解机制的作用。

其二,“对接机制”不成熟。在当下,只有经人民法院确认的调解协议和人民法院制作的具有给付为内容的调解书才有强制执行力,而其他调解协议只有合同效力。但调解协议的效力与大众的认可度和调解功能实现密切相关,如何提高其执行力,值得在立法和实践中加以推敲。近年来,协会积极推进“诉调对接”、“仲调对接”和“信调对接”机制的建设,已经与北京市西城区人民法院签署了诉调对接合作协议,与北京仲裁委员会签署了仲调对接合作协议,并积极与证监会信访办研究信访工作与行业调解工作的对接途径,大力支持地方协会建立诉调、仲调和信调对接机制。但是,由于证券纠纷调解制度尚处初创阶段,在“对接”的运行流程、工作程序等方面,都还缺少成熟的具体工作制度。同时,由于调解协议不具有强制执行力,当事人申请法院确认和强制执行,面临不确定性。

其三,适用范围规定模糊。《中国证券业协会证券纠纷调解工作管理办法(试行)》第12~13条对于调解的受理范围做出了简单规范,然而对“涉案金额”欠缺明确规定,只是以“因案情复杂或涉案金额过高等原因,调解中心认为不适宜调解的”不予受理一笔带过。证券调解制度的原则之一即以受理小额争议案件为原则。针对证券纠纷涉及主体众多,赔偿金额也有大小差异的特点,应该尽快界定合适的证券纠纷“争议额”。

其四,调解程序较为简单。虽然《中国证券业协会证券纠纷调解规则(试行)》明确了调解人员在这各个阶段发挥的作用,但此规范较为笼统,缺乏针对性,对当事人意思自治方面也欠缺规范。

二、美国证券调解机制的实践与启示

面对如今我国证券市场纠纷调解机制存的诸多弊端,从发达资本主义国家的相关制度构建中取经显得尤为重要。综观各个国家调解制度,各有特色和优势。美国的金融监管局(FINRA)形成了完整的调解

程序,德国建立了私人银行调查员机制,英国金融督察服务有限公司(FOS)提供一整套金融争议解决机制。日本、我国台湾、香港地区等均以各种方式建立了一套调解机制。^[3]其中,无论是程序还是调解组织构建方面,美国的证券调解机制较为成熟,借鉴意义相对大一些。下文从其组织演变,具体流程,调解效力等若干方面探讨。

(一) 美国证券调解机制发展演变

调解是美国解决证券纠纷的一种重要方式,主要以证券业自律组织为平台。美国金融业监管局(Financial Industry Regulatory Authority, FINRA)作为最大的证券业自律组织,主导美国证券调解服务市场。其前身为全国证券商协会(National Association of Securities Dealers, NASD)^[4]

NASD 开始推出调解的服务是在 1989 年,这是面对仲裁日益诉讼化而推出的,以此代替证券仲裁。NASD 最开始分别与美国仲裁协会和美国仲裁调解公司这两个外部争议解决机构进行合作。其中, NASD 的作用是推荐当事人到上述合作平台调解。尽管上述计划没有达到预期成果,但一定程度使业界瞩目,当事人开始关注到调解可以作为证券纠纷的一种可行途径。^[5]

经美国证监会批准,在 1995 年 7 月 NASD 修改其《仲裁程序规则》增加有关调解规定。这加快了 NASD 的发展速度,绝大部分调解案件迅速流向了 NASD。剩余少量的案件调解流向了纽约证券交易所(NYSE)、美国仲裁协会和其他一些争议解决机构。2007 年 7 月 30 日,经 SEC 批准,NASD 与 NYSE 通过合并会员监管业务,使二者合并为 FINRA,即美国最大的非政府证券监管机构,这种重组解决了自律监管成本昂贵的问题。至此,FINRA 也变成了美国甚至全世界最大的证

[3] 参见陈小雁:“证券纠纷 ADR 研究——以美国、英国为例”,华东政法大学 2010 年硕士学位论文。

[4] Folberg J. and Taylor A., *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflict without Litigation*, 1984, 1:7.

[5] Jill I. Cross, *Securities Mediation: Dispute Resolution for the Individual Investor*, Pace Law Faculty Publications. 2006, p. 378.

券仲裁和调解机构。^[6]

(二) FINRA 调解规则的适用范围

虽然 NASD 和 NYSE 合并为 FINRA,但并没有另行制定调解规则,仍然沿用原来 NASD 的《调解程序规则》(Mediation Code)。^[7]关于其适用范围,《调解程序规则》第 14101 条:“本条规定适用于提交给 FINRA 调解的任何事项。”第 14100 条规定,“事项”指纠纷或争议。第 10104 条(b)款规定,假如所有当事人同意,任何根据《投资者争议仲裁程序规则》或者《证券商之间争议仲裁程序规则》,任何事项或争议,都可以根据本规则提交调解。虽然《调解程序规则》并没有就“事项”分类,但是在实践中,以当事人为标准分类,可以分为投资者与证券商之间、证券商相互间、证券商与其雇员间这三类。其中,最常见的是投资者与证券商之间纠纷。

以调解请求事由为标准,典型的证券纠纷分为以下几类:第一,交易未获授权。第二,投资建议不妥当,即经纪人的建议未能实现投资人的目标。第三,投资组合单一。第四,违反信托义务。第五,经纪人过失,即由于经纪人未能尽到勤勉义务和合理的谨慎,因而导致的投资者损失。第六,实质性的疏漏,即投资者认为是经纪人在描述投资产品的误导和重要疏漏,经纪人应为此赔偿损失。^[8]

(三) FINRA 证券调解的程序

在《调解程序规则》中没有具体规定,但是在实践中却存在一定的程序。其中包括以下步骤:

1. 提起调解

当事人无论是在仲裁程序之外申请调解,还是在仲裁程序中的任何一个阶段申请调解,都需要向调解主任呈递《提交调解协议》。调解工作人员会要求每一方当事人都在《提交调解协议》上签字,并仔细阅读《调解程序规则》。把经过各方签字的《提交调解协议》递交给调解主任时,才视为当事人将争议事项提交调解。不过,对于该争议事项是

[6] Jill I Cross, *Securities Mediation: Dispute Resolution for the Individual Investor*, Pace Law Faculty Publications. 2006, p. 378.

[7] Mediation code 14104.

[8] 刘晓春:“美国证券调解机制及其价值评析”,载《海外金融法》2012年第1期。

否满足调解条件,只有调解主任可以行使决定权。

2. 选定调解员

FINRA 与各方当事人沟通交流后,从调解员名册中提出建议名单,并提供这些调解员的背景信息,比如学历、职业、特长、经验、培训和证书等情况。当事人有权从这批名单中选择调解员,也可要求提供新的名单,当然在上述建议名单之外,甚至在调解员名册之外选定调解员。如果当事人没有选定调解员,FINRA 调解主任有权力代替其选择。

3. 调解排期

选定调解员后,工作人员开始帮助调解员和当事人确定调解的开庭时间。调解员、当事人及其代理人通过见面、召开电话会议或者视频会议类似方式,选择对大家都合适的调解场合。

4. 庭前准备

在开庭调解之前,当事人需要将他们认为有利于各方利益的资料交给调解员。调解员需要做到不向任何人透露有关材料、信息以及其他沟通情况。并且在调解结束时,可以归还相应的当事人这些资料,也可以加以销毁。

5. 开庭调解

开庭调解一般有两部分。一是“面对面调解”,即调解员和当事人都在现场调解。当事人开始对这个程序并不了解的情况下,调解员先进进行解释,鼓励当事人参与并保守秘密,给当事人充分陈述的机会,使当事人保证致力于解决纠纷。二是“背靠背调解”,调解员与各方当事人分开会面。只有在当事人许可的情况下,调解员才可以透露单独会面的内容。调解员需要充分发挥其作用,帮助当事人分析利弊和风险,鼓励当事人畅所欲言,促进纠纷解决。^[9]

6. 调解费用

调解的费用主要包括调解立案费和调解员的开支。FINRA 区分直接申请调解的立案收费和在仲裁程序中申请调解的立案收费。直接申请调解,当事人须在递交《提交调解协议》时直接缴纳立案费,针对不

[9] 宋朝武:《调解立法研究》,中国政法大学出版社2008年版,第32页。

同类型当事人,有不同收费标准。在仲裁程序中申请调解,为了表示FINRA对调解的鼓励,应该下调收费标准。当事人列明调解员的费用开支,也可以各方平摊,当然当事人也可以另外约定一个分担比例。每方当事人,必须在第一次开庭调解前,就按照各自承担的份额,预存调解员报酬开支费用。如果当事人不按要求缴费,停止调解服务。^[10]

7. 调解结案及效力

以下三种结果是调解最终可能出现的:(1)达成和解并同意履行书面和解协议;(2)当事人未能协商一致,宣布调解终止;(3)任何一方当事人或者调解员,无论因为任何原因而退出调解程序。关于和解协议的约束力,《提交调解协议》格式文本中规定“在签字的当事人许可,任何经调解而达成的和解协议均有约束力,可以强制执行。”美国调解、仲裁和诉讼是并行的,所以在美国调解协议不需要任何司法确认。在实践中,FINRA作为美国影响力最大的证券业自律监管机构,有权对会员做出处罚,这在一定程度上能促进会员自动履行和解协议。

(四)美国证券调解机制的启示

在了解美国FINRA的发展历史以及运作流程后,获得以下启示:

第一,调解主体须要具备专业性,独立性,权威性。美国FINRA最终成形经历了漫长的演变过程,现在是最大的证券业自律组织,主导美国证券调解服务市场。并且调解员必须严格遴选才可以聘任,并且接受培训。由此可见,专业权威的调解组织才能胜任此项工作。在目前我国证券业发展的大背景下,证券业协会作为一个自律性组织,权威性需要进一步加强。同时,证券交易所相比于证券业协会,发展历史悠久并且权威性强,也应当发挥起调解的作用。

第二,调解程序须规范化,充分保证双方意思自治,保密性及高效性的特点。所谓意思自治,是指调解员在案件始终必须尊重当事人的意思,在双方都同意的情况下才可以启动调解程序。所谓保密性,根据《调解程序规则》,调解员和当事人不得将任何意见、建议在其他任何

[10] Folberg J. and Taylor A., *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflict without Litigation*, 1984, 1:7.

法律程序中,作为证据而引述或者使用,当然如果当事人同意或者法律明确规定则另当别论。对最终的调解结果,调解员不可以向任何第三人透露。所谓高效性,参照美国的实践,FINRA 规定案件当事人或者获得全权授权的代理人均有权参与调解,在出庭调解的情况下须积极参与,这样保证了其高效性。相比之下,我国目前关于调解程序的规定较为简单,需要在保证当事人权益的基础上,有针对性地细化。

第三,调解与仲裁相分离保证结果公平合理。最终如果调解没有达成一致意见则转入仲裁程序,这样保证了此项制度的最终效力。我国在程序建设上应当考虑调解与仲裁,调解与诉讼的对接问题。以保证调解结果的效力。

三、德国金融专业调解制度的特点与启示

(一) 德国私人银行专业调解制度

1992年,德国推出私人银行调查员程序,这是由德国银行联邦协会为其所属银行制定。该程序作为德国金融领域第一个庭外的调解程序,设立了一个专门的客户投诉处作为调查员机制的窗口。这样,金融纠纷通过调查员机制以非官方的方式迅速得到解决。该机制的设计初衷是为了保护普通金融消费者的利益,但也同时面向企业和金融专业人员,在信用支付或支付卡误用等情形发生争议时进行调解。

德国机制的调查员通常都是专职人员,由管理层推荐、银行协会董事会聘任,且在聘任之前,银行协会还会将候选人的姓名与工作经历告知消费者中心联邦协会和消费者协会,所聘任的人员往往之前都是资深法官或法律专业人士,素质较高,其人格和专业技能也在一定程度上保证了制度的公正性。

调查员程序依据的是私人银行程序章程,即银行自愿加入程序,并承认章程的约束力。德国的私人银行调查员程序结构严谨、影响广泛、社会效果良好,无论对于消费者还是银行都易于接受。

概括起来,德国金融专业调解制度有以下特点:(1)程序灵活,时间短。(2)保护消费者权益。对消费者免费,且调解书对消费者也没

有必然约束力。(3)仅对5000欧元(合47,000元人民币)以下的投诉标的具有约束力。银行不得向普通法院提起诉讼,而投诉人则可向普通法院提起诉讼。^[11]

(二)德国专业调解制度的启示

第一,注重调解人员专业性。德国专业调解聘任的都是法律专业人士,使调解结果公正性很强。而目前我国调解员选拔培训机制不成熟,并且缺少专职人员,无法保证调解质量。因此,我国可以考虑修改证券调解员管理规则,使具备专业技能的法官或律师等法律人有机会兼职证券调解员。并且对这类兼职调解员的专业法律人士给予一定的工资补贴。

第二,调解标的额有限制。德国私人银行的调解仅对5000欧元以下的投诉标的具有约束力。从目前各国实践来看,小额标的纠纷适用调解制度较为科学合理。然而我国目前证券调解管理办法中,没有对调解的“涉案金额”加以规定,应参照近些年实践和各国立法,尽快加以完善。

四、我国证券纠纷调解机制的完善建议

(一)赋予证券交易所证券纠纷调解职能

证券交易所作为重要的行业自律组织,其具有悠久的历史,较高的权威性,并且实践经验丰富,拥有高素质人才,同样具备调解纠纷的能力。建议修改《证券法》和相关行业自律规则,在证券交易所内部建立专业调解机构,解决会员之间以及会员与客户之间的民事纠纷。以此赋予证券交易所证券调解职能,实现调解主体多层次避免证券纠纷调解主体单一化。

(二)明确受案范围之“涉案金额”

我国目前的调解工作管理办法中,对于受案“涉案金额”欠缺明确规定。参照德国私人银行调查员机制,“对于未超过5000欧元的投诉

[11] 参见“境外金融专业调解”,载《中国证券报》2012年12月18日第5版。

标的,调查员的调解对银行具有拘束力,银行同时也失去了向普通法院提起诉讼的职能,但投诉人有权向普通法院起诉”。我国台湾地区也有专门针对小额争议处理的流程。同时,我国的保险业也提出“小额争议调解机制”,在保监会的推动下大体上成功运行。综上,为保护中小投资者权益,证券协会有必要根据近些年的实践经验,划定较为明确的“涉案金额”,使进入调解的门槛更为明确清晰。

(三) 建立我国证券纠纷调解基金

鉴于中国证券业协会是非营利性的社团法人,目前规定对投资者不收取任何费用,对会员可在测算的基础上收取少量的成本费,从而达到了保护投资者利益的目的。《中国证券业协会证券纠纷调解工作管理办法》第15条规定:“证券纠纷调解工作经费由协会及其他来源提供。”为了形成纠纷调解机制长效保障机制,建议尽快建立中国证券纠纷调解基金,保障调解员因调解发生的调查费、差旅费、鉴定费、补贴费以及调解员培训费等。

(四) 调解程序充分尊重当事人意思自治

在程序的完善方面,应当有选择地借鉴和参考美国的调解程序,充分尊重当事人的意思自治。

1. 申请调解

目前我国规定,调解由调解人单方提出即可。然而为保护投资者的意思自治,申请调解原则上应当由双方共同向调解中心提出,会员与投资者的纠纷可以由投资者提起。提起调解申请时需提交《调解申请书》,由调解中心制定格式文本。

2. 选定调解员

我国目前在“选择调解员”的规定未充分尊重当事人的意思。“当事人不同意调解中心指定或代为选定的调解员的,视为不同意调解,调解程序终结。”忽视了当事人的自主选择权。建议借鉴美国的模式,规定当事人有权从这批名单中选择调解员,也可要求提供新的名单,当然在上述建议名单之外,甚至在调解员名册之外选定调解员。

3. 正式调解

在调解过程中,调解员如何扮演好其应有的角色需要技术上的考量。我国可以参照美国金融监管局提出“背靠背调解”,处理比较复杂

的纠纷,即由调解员分别与每一方当事人单独会面。这就给予了调解员机会,以帮助当事人审视自己在案件中的强项和弱项,客观分析风险,从而提出解决争议的方案。通过多个回合“背靠背调解”,调解员就能够发掘当事人的需求和解决纠纷的潜在利益,帮助当事人达成共识。

(五) 完善调解员管理办法

借鉴德国私人银行调查专员制度,我国亟须建立一支专业的调解员队伍。建议修改《中国证券业协会调解员管理办法》,通过设置调解员名册,并选择部分经验丰富并具备证券专业知识的退休法官、律师、监管干部、行业专家和相关领域学者作为调解员。^[12]同时,在规则中,对调解工资、补贴等报酬的配套制度加以明确。

(六) 多种方式增强调解效力

美国 FINRA 调解员达成的小额协议本身具有强制执行力。而我国和美国有着不同的法律传统,无法直接赋予调解协议强制执行力。提高调解在实践中的效力对于发挥调解的总体功能至关重要。为加强调解协议的执行力,我国证券调解机制可通过以下措施加以完善:

第一,通过修改自律规则加强执行效力。在自律规则中,要求会员和投资者遵守调解协议的内容,并明确规定违反调解协议应承担的责任,以此达到行业内部的自律性规范。

第二,继续推进“诉调对接”、“仲调对接”、“信调对接”等对接方式。目前我国证券业协会虽然在不同层面展开与仲裁委员会,法院以及信访局的合作,但是所签订框架协议毕竟效力有限。因此,建议将这些“对接方式”在立法和制度层面加以体现,明确对接的具体工作流程。

如可修改管理规则,明确对于证券调解协议,权利人可以依据《民事诉讼法》及相关司法解释的规定向有管辖权的基层人民法院申请支付令。申请支付令时,需提交申请书,申请书的内容应载明具体的请求,包括给付金钱或者有价证券的数量还要将根据的事实证据载明,并将调解协议原件附在申请书里。同样,对于“仲调对接”和“信调对接”

[12] 肖芳、李杰:“我国金融争议解决机制的多元化”,载《北京仲裁》2012年第1期。

依然可以通过修改法规增强证券业协会与各机构合作的效果。

第三,加强证券业协会与公证机构的合作。证券纠纷调解协议符合公证机构受理范围,当事人可以向公证机构申请调解协议公证。《公证法》第37条规定,经过公证后的调解协议可以作为申请强制执行的文书。中国证监会、中国公证协会、中国证券业协会等可以共同下发文件,对证券民事纠纷调解协议的公证业务进行指导。

第四,直接发挥法院的确认作用。根据我国台湾地区的经验,《证券投资人及期货投资人保护法》规定,经调处机构将调解协议送达有管辖权的法院审查,经法院核定、确认的调处协议与民事判决有同等效力。台湾地区的做法在我国有相似的实践传统,可以借鉴,通过法院赋予调解强制执行力。由证券业协会、证监会、证券交易所调解后直接送交法院审查,法院成立独任庭对其进行实质审查,包括是否意思自治和违反强制性规定两方面内容。如果违反则退回,当事人也可以直接申请重新调解或者起诉。