金融自律组织替代性纠纷解决机制的构建与完善

刘欣东　方军伟

摘　要　金融自律组织作为金融市场的重要组成部分，由其推行替代性纠纷解决机制（ADR）在缓解司法压力、提高纠纷化解效率方面具有显著优势。成熟金融市场通常以差异化 ADR 安排应对不同类型的纠纷，并通过上位制度授权强化金融自律组织 ADR 的正当性依据。更为重要的是，金融自律组织 ADR 反映出金融自律管理与替代性纠纷解决存在明显的双向互动现象。进一步考察理论，金融自律组织 ADR 面临的公权不可处分和利益冲突问题都不足以成为金融自律组织实施 ADR 的限制性因素。目前国内金融自律组织的 ADR 机制主要应用于调解领域，尚未与自律管理职责充分结合。按照金融自律管理与替代性纠纷解决功能耦合与制度融合的进路，长期或可从优化调解机制、构建自律和解制度、研究探索仲裁机制三条路径上加以探索。

关键词　自律管理　替代性纠纷解决　金融自律组织

一、问题的提出

在“案多人少”“诉讼爆炸”等现代司法压力下，替代性纠纷解决机制（Alternative Dispute Resolution，ADR）随之兴起，是诉讼制度以外的非诉讼纠纷解决程序或机制的统称，具有替代诉讼、自主选择、解决纠纷三个特征（范愉，2016）。其中，金融自律组织（Self-Regulatory Organizations，SRO）作为以行业自律方式组织管理金融活动的行业协会，由其开展的 ADR 在近些年我国“促进行业调解”的政策引导下得以蓬勃发展。

银行间市场是典型的“金融业批发市场”（孙天琦，2021），自律管理在日常监管中发挥重要作用。中国银行间市场交易商协会（以下简称“交易商协会”）对银行间市场实施自律管理。2022 年 4 月，交易商协会正式组建专业调解员队伍，调解会员及会员与其他金融市场机构之间的业务纠纷，范围覆盖银行间债券市场、同业拆借市场、票据市场、信用衍生品市场等。截至 2024 年底，交易商协会已处理 127 起纠纷，服务 200 余家会员单位。

金融市场自律组织开展的调解能够为会员间法律关系简单的纠纷提供较好的解决渠道，化解矛盾在前，并能结合自律管理形成示范效应。值得思考的是，金融市场自律组织与司法机关、政府部门或其他市场组织实施的调解有何不同，如何构建行业信赖、多数机构认可的纠纷解决机制？怎样使金融纠纷处理与金融市场自律管理有机结合，取得“1+1 ＞ 2”的效

刘欣东、方军伟，中国银行间市场交易商协会后督中心员工。本文系作者个人观点，与任职单位无关，文责自负。

果？在我国当前法治环境和银行间市场发展的阶段性特征之下，还可以做哪些规划或调整以促进纠纷处理与自律管理的双向互动？

本文将研究范畴聚焦于金融自律组织实施的调解、仲裁、执法和解等 ADR 机制，并按照以下思路具体展开。首先，考察境内外金融自律组织实施 ADR 的实践情况，总结典型模式，分析各自特点，并提炼出具有借鉴意义的启示；其次，深入探讨金融自律组织 ADR 中可能存在的理论争议，并通过配套制度建构破除理论藩篱；最后，对完善金融自律组织 ADR 机制提出具有现实意义的可探路径。

二、金融自律组织 ADR 的兴起与演进

（一）金融自律组织 ADR 发展的现实需求

金融自律组织 ADR 源起于俱乐部式自律组织的自治意识，因其缓解司法压力的显著优势在各法域蓬勃发展。1817 年，纽约证券交易所首个章程即明确会员间买卖证券的纠纷由交易所董事会解决，标志着金融自律组织 ADR 自美国证券市场发端（吴伟央，2013）。但很长一段时间，美国司法机关并不认可金融自律组织避开诉讼程序的纠纷解决结果，即便《美国联邦仲裁法》已明确仲裁这一纠纷解决方式的法定地位，最高法院仍通过判例排除仲裁在证券领域的适用性。[①] 历经 20 世纪 60 年代的诉讼爆炸，美国联邦最高法院逐步转变对 ADR 的态度，被在先案例确定的“证券纠纷不可仲裁”规则，也在 80 年代的几个判例中被推翻。[②] 无独有偶，日本受“1996 年金融大爆炸”的改革影响，日趋专业化、复杂化的金融领域衍生出大量纠纷。日本当局为解决相关纠纷，通过立法推进 ADR 的发展，并于 2010 年指定金融商品斡旋咨询中心（FINMAC）为“指定纠纷解决机构”，寻求为金融纠纷提供更概括、全面、高效的 ADR 服务（杨东和毛智琪，2013）。

我国金融自律组织 ADR 快速发展，是司法压力过大的现实需要。2013 年以来，我国司法压力陡增，每年全国法院案件总量以年均 13% 的增幅快速上涨，10 年增加 2.4 倍；法官年人均办案由 2017 年 187 件，增至 2023 年 357 件，人案矛盾日益突出。[③] 司法改革近年来也聚焦“诉源治理”，逐步重视行业自律组织在各自领域的纠纷处置专业能力，金融自律组织 ADR 因此也在“大调解”下逐步发展，承接诉讼分流的部分任务。同时，传统的“枫桥经验”历久弥新，“讲情说理”式的协调沟通更能修复合作关系、易于得到当事人的文化认同，相较诉讼剑拔弩张的对抗式审判模式更容易被接受。我国金融领域 ADR 也在前述背景下蓬勃发展，仅就调解方面，截至 2022 年 12 月，金融行业共有 1 192 个调解组织、1.3 万名调解员入驻人民法院调解平台。[④]

① Wilko v. Swan, 346 U.S. 427 (1953) .美国联邦最高法院在该案中认为，为保护投资者的目的，《1933年证券法》规定的证券相关权利被认为不可放弃，包括排除诉讼的仲裁协议。

② Shearson/American Express v. McMahon, 482 U.S. 220 (1987). Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc., 490 U.S. 477 (1989).

③ 最高人民法院工作报告——2024年3月8日在第十四届全国人民代表大会第二次会议上。

④ 中国金融争议解决年度观察（2023）[EB/OL].(2023-12-25)[2025-3-10].https://www.bjac.org.cn/news/view?id=4680.

（二）金融自律组织 ADR 的典型模式

在纠纷解决方式多元化的背景下，各法域根据自身的法律传统和文化背景，也发展出了各具特色的金融自律组织 ADR 模式。从类型来看，ADR 一般包括调解（Mediation）、仲裁（Arbitration）、谈判促进（Negotiation）、投诉咨询等；此外，执法和解（Settlement）也属于 ADR 的一种，主要应用于能源管制、环境保护和证券监管等行政执法过程中（王锡锌，2003）。不同法域的金融自律组织 ADR 在类型、程序保障等方面不尽相同，典型模式概括如下。

1. 美国 FINRA 模式

美国金融业监管局（FINRA）接受美国证监会（SEC）监管，是美国最大的证券业自律组织，向市场提供的 ADR 服务包括仲裁和调解两条路径。

在仲裁机制方面，FINRA 设置了两套程序规则，一套适用于客户（金融消费者）[①]与会员金融机构（或关联人）之间的纠纷，另一套则针对金融机构（或关联人）之间的纠纷。前者在程序启动上侧重保护弱势的消费者一方，除双方均同意并申请仲裁的情形外，允许金融消费者在未约定仲裁协议情形下，就与金融机构的纠纷事宜单方面申请仲裁。[②]除此之外，两套规则基本遵循“申请仲裁 - 各当事方答辩 - 选择仲裁员 / 仲裁庭 - 庭前会议与证据开示 - 开庭 - 裁决”的流程，只在具体流程、程序标准上有所差异。[③]FINRA 仲裁裁决具有终局性，可以得到法院的承认与执行。如果涉及经济上的赔偿，则赔偿方必须在收到裁决 30 日内支付，逾期将额外计息。[④]此外，FINRA 就不履行仲裁裁决的行为，可以暂停或取消相关方会员资格[⑤]，并对责任人加处 2 500~20 000 美元的罚款，并可根据情节严重情况暂停从业资格。[⑥]

在调解机制方面，FINRA 调解全流程强调当事人“自愿”，启动方面必须由调解各方达成书面协议，并明确当事人不得被 FINRA 规则或调解员强迫参与任何调解事项。同时，允许任何一方在签署书面协议之前退出调解，但须以书面形式发出通知。调解遵循“申请调解 - 审查受理 - 选择调解员 - 开展调解 - 达成调解协议 / 调解失败”的流程，其中开展调解的方式较为灵活，按照私密和保密的原则，调解员可以与各方当事人共同会面或单独会面，但单独会面的信息需要通知其他各方。[⑦]对于调解达成的协议，FINRA 通过联动自律管理的方式予以保障，可以对不履行调解协议的会员处以暂停 / 取消会员资格的自律处分。[⑧]此外，FINRA 还建立了经纪商信息系统、

① 根据FINRA规则，客户（Customer）不包括经纪商和交易商，与金融消费者的外延近似，后文为统一表述便于理解，均采用“金融消费者”称谓。

② FINRA Rules §12200.

③ 根据FINRA Rules §12509，如在证据开示环节，客户与会员券商之间的纠纷额外有“文件清单”流程，要求按照FINRA的“证据开示指南”和“文件清单”提供相应的文件证据资料，以缓解客户方获取证据材料的不便利性。

④ FINRA Rules §12904，§13904.

⑤ FINRA Rules §9554; FINRA By-Laws, Section 3，§4.

⑥ FINRA Sanction Guidelines, X. Sales Practices.

⑦ FINRA Rules §14104，§14109.

⑧ FINRA Rules §9554; FINRA By-Laws, Section 3,§4.

行业诚信数据库等，以市场化力量敦促纠纷当事人履行调解协议。

此外，FINRA 对其与会员之间形成的处罚类纠纷，设置了纪律处分和解制度[①]，允许管理对象在 FINRA 发起纪律处分相关程序时提出和解申请，以期达到简化程序、减免处罚的效果。

2. 日本 FINMAC 模式

日本证券和金融商品斡旋咨询中心（FINMAC），作为日本金融厅确定的“指定纠纷解决机构”，2009 年由五家行业协会共同设立[②]，旨在为金融商品交易业提供一元化和横断化的金融 ADR 服务（杨东和毛智琪，2013）。FINMAC 模式下，行业自律组织并不直接组织调解，由 FINMAC 统筹受理金融消费者与金融商品交易者之间的纠纷。对于开展有价证券买卖、代销、保管等业务的金融商品交易业者，FINMAC 通过与其签订“实施程序基本合同”强化程序正当性；对于开展投资信托的募集及私募等业务的金融商品交易业者，可以通过其他社团委托或注册的方式实施纠纷解决相关业务。[③]

FINMAC 的纠纷处理分为咨询、投诉、调解三类，流程上通常是金融消费者就某个事项提出咨询或投诉，FINMAC 可以直接提供必要的建议并同时告知相应金融机构，由该机构联系投诉金融消费者并尝试解决；对于仍无法解决的情况，FINMAC 可以进一步听取双方主张、要求机构提交材料等，并给出建议。咨询、投诉过程中，FINMAC 可以随时根据实际情况和当事人需求将咨询和投诉转为调解程序。[④]

FINMAC 调解在程序上同样侧重保护弱势一方。按照规则要求，金融机构应事先与 FINMAC 签订“实施程序基本合同”，合同内容必须包括金融消费者申请调解时金融机构同意参加程序、在程序中说明并提交资料、必须接受特别调解案等。同时，通过通报监管单位和公告等方式，以市场声誉的方式约束金融机构在调解程序的行为，强化调解协议执行力。[⑤]

3. 英国 FOS 模式

英国《2000 年金融服务与市场法》决定成立独立、公正的金融申诉专员服务公司（FOS），以提供覆盖全部金融业的“一站式”投诉处理服务，秉持独立、公平、效率等原则对金融消费纠纷进行裁决处理（人民银行 等，2013）。FOS 模式下，由 FOS 公司（政府担保的有限责任公司）统筹保险业、银行业等所有自发组建的申诉专员，行使职权的依据来源于法律，同时需要对金融行为监管局（FCA）负责，按照 FCA 细化的投诉处理程序开展工作。而 FCA 是由法律授予监管权的非政府监管机构，对其监管过程中的行为，可以根据《2000 年金融服务与市场法》行使行政执法和解的权力，构成作为英国金融 ADR

① FINRA Rules §9270.

② 日本证券业协会、社团法人投资信托协会、社团法人日本证券投资顾问协会、社团法人金融期货交易业协会以及社团法人日本商品投资贩卖业协会五家团体。后社团法人日本商品投资贩卖业协会解散，一般社团法人第二种金融商品交易业协会加入FINMAC。

③ FINMAC《投诉解决支持和调解业务规程》，第4~5条。

④ FINMAC《投诉解决支持和调解业务规程》第13、16条。

⑤ FINMAC《投诉解决支持和调解业务规程》第5条之3、27、37、40、52条。

的重要部分。

FOS 受理的投诉范围包括两类，一是金融消费者针对 FCA 监管金融机构提出的投诉，二是金融消费者针对非监管范围的金融机构提出的投诉，相关机构自愿接受 FOS 服务。具有向 FOS 投诉资格的消费者必须是自然人、小型企业、慈善机构、低净值信托等弱势方，FOS 不受理金融机构间的纠纷。[①] 金融消费者向 FOS 投诉后，由被投诉金融机构先行与金融消费者沟通。8 周内未达成解决方案的，金融消费者可继续向 FOS 投诉，由 FOS 指派申诉专员通过调解、调查等方式促使双方当事人达成一致方案。如仍无法解决，申诉专员可以做出最终裁定，金融消费者可以在指定期限内决定是否接受[②]，接受的生效裁定能够被法院强制执行。[③]

（三）金融自律组织 ADR 典型模式的启示

不同典型模式在 ADR 形式、救济、强制执行保障措施等方面存在差异，但究其本质，均服务于妥善解决金融纠纷的一致目标。以解决问题、实现目标为导向，经梳理比较美、日、英三国的域外经验，有三点启示可以作为国内 ADR 模式的发展参考。

一是以差异化的 ADR 安排应对不同类型的纠纷（表 1）。从争议当事人的不同类型来看，自律组织职责权限相关的有三类纠纷，分别是金融机构与客户之间的纠纷、金融机构之间的纠纷、金融自律组织与管理服务对象之间的纠纷。对于金融机构与金融消费者之间的纠纷，强调对消费者这一弱势方的程序保护；对于金融机构之间的纠纷，强调双方自愿；对于自律组织与管理服务对象之间的纠纷，则遵循“申请 - 协商 - 核准”的模式，此情形涉及自律组织对其管理权限的处分，申请与核准是必要的环节。

表 1　典型模式对不同纠纷类型的差异化 ADR 安排

	金融机构与客户之间的纠纷	金融机构之间的纠纷	金融自律组织与管理服务对象之间的纠纷
美国 FINRA	仲裁（侧重保护消费者，按照消费者一方申请可启动；强制开示证据清单）	仲裁（强调自愿）	纪律处分和解程序（依当事人申请启动、FINRA 决定是否使用）
	调解（强调自愿，优势是灵活、保密）	调解（强调自愿，优势是灵活、保密）	
英国 FOS	“投诉 - 和解 - 调解 / 裁定”的 FOS 方式（强制金融机构参与、主动寻求和解；消费者可决定是否接受申诉专员的裁定，金融机构强制接受）	FOS 不涉及，金融机构可寻求其他商事仲裁、调解等 ADR（强调自愿）	FOS 无管理权限、不涉及此类纠纷。相应的 FCA 可以根据当事人申请行使行政执法和解的权力
日本 FINMAC	“咨询 / 投诉 - 先行和解 - 调解”的 FINMAC 方式（强制金融机构参与、主动寻求和解；消费者可决定是否接受调解方案，金融机构强制接受）	FINMAC 不涉及，金融机构可寻求其他商事仲裁、调解等 ADR（强调自愿）	FINMAC 无管理权限、不涉及此类纠纷

① FCA Handbook, Dispute Resolution: Complaints, §2.3, §2.5, §2.7.
② FCA Handbook, Dispute Resolution: Complaints, §3.2.2, §3.5.1, §3.6.
③ Financial Services and MarketsAct 2000, §229.

二是除各方自愿的事项外，ADR 程序上的特别安排均需强化正当性依据，通常有上位法授权（表 2）。①行政执法和解或自律和解等涉及公共权益处分的事项都有上位制度授权。FINRA 开展自律和解的相关自律规则均报请 SEC 批准，获得行政授权后开展。SEC 作为行政机构，同样设置了和解程序，其开展行政和解方面的制度依据来源于法律授权。[①] FOS 不具有自律管理职责，但其上位的 FCA 具有行政监管职责。FCA 在行政执法中可以开展和解，由《2000 年金融服务与市场法》明确授权。[②] ②程序上侧重保护消费者、对金融机构的强制安排均需授权。FINRA 模式下，由自律规则明确倾斜保护的程序规则，交由 SEC 批准后实施，获得了行政上的概括授权；FOS 模式下，相关程序规则由法律和 FCA 规则确定，属法律和行政授权实施事项；FINMAC 模式下，由法律授权“指定纠纷解决机构”开展 ADR，并强制金融机构事先与 FINMAC 签订“实施程序基本合同”，通过约定强制机构接受调解结果等。③普通调解和仲裁尊重纠纷当事人自愿。如 FINRA 对金融机构之间的纠纷，须严格按照双方的书面协议开展仲裁、调解；FOS、FINMAC 强制保护消费者的 ADR 模式不适用金融机构之间的纠纷，可以根据双方当事人意愿寻求其他商事仲裁、调解等 ADR 解决。

三是金融自律管理与替代性纠纷解决存在明显的双向互动。在 FINRA 等自律组织开展 ADR 时，运用自律管理手段强化仲裁、调解等 ADR 解纷方式的效力；同时，也采取和解等 ADR 方式反哺自律管理，柔性纠错、敦促整改。FINRA 就不履行仲裁裁决的行为，可暂停或取消相关方会员资格，并对责任人加处 2 500~20 000 美元的罚款，并可根据情节严重情况暂停从业资格；对不履行调解协议的会员处以暂停或取消会员资格的自律处分。此外，类似“行政和解”制度，金融自律组织在解决自身和会员间的处罚纠纷时，也通过自律和解的形式解决大量的处罚、处分案件。类似 SEC 行政处罚和解程序[③]，FINRA 设有纪律处分和解机制。根据 FINRA 规则，当事人在收到 FINRA 对其发起纪律处分程序的通知后，可以随时以书面形式向 FINRA 提出和解建议，争取替代处分。当事人与

表 2　金融自律组织 ADR 典型模式的制度依据

	法律	行政规则	组织规则	约定
美国 FINRA	1934 年《证券交易法》及其《马洛尼修正案》（概括授权）	SEC 概括授权（FINRA 规则得到 SEC 的批准）	FINRA 规则 FINRA 制裁指南	调解、金融机构之间的仲裁须有当事人之间的书面协议
英国 FOS	英国《2000 年金融服务和市场法》	英国金融行为监管局手册	—	非必须
日本 FINMAC	日本《金融商品贸易法》	金融厅长官指定 FINMAC 为“指定纠纷解决机构”	FINMAC《投诉解决支持和调解业务规程》	金融机构须与 FINMAC 签订“实施程序基本合同”

① SEC开展行政和解的法律依据包括美国1990年《行政争议解决法》（Administrative Dispute Resolution Act），2002年《萨班斯-奥克斯利法》（Sarbanes-Oxley Act）。

② FCA Handbook, The Enforcement Guide, §5.1.

③ 1990年，美国国会通过了《行政争议解决法》（Administrative Dispute Resolution Act, ADRA），授权行政机关适用条件、和解、仲裁或其他非正式程序，对行政争议进行迅速处理。SEC制定了《SEC行为规范》，其中规则240（Rule240）专门对证券行政和解的条件、程序、审查和批准等做了详细规定。

受损相关方达成和解的情况，也可能促使处分从轻、减轻，如 FINRA 在其处分指引明确将调查对象“是否采取纠正措施或采取相应程序避免后续不当行为的再次发生”以及“是否合理地尝试支付赔偿或以其他方式补救不当行为”作为裁量考量因素。

三、金融自律组织 ADR 的理论限制与制度突围

金融自律组织可以运用调解、自律和解甚至仲裁等 ADR 方式提升自律管理质效，同时自律管理也可以促进 ADR 定分止争的目标实现，二者存在功能耦合性。但金融自律组织在探索建立 ADR 过程中始终面临理论和制度层面的约束，需要进一步夯实理论基础，完善制度保障。

（一）金融自律管理权的性质辨析

在分析建构金融自律组织 ADR 的理论和制度过程中，绕不开一个前提性问题——对金融自律管理权性质的认识和判断。这关乎金融自律组织 ADR 的正当性基础。

1. 金融自律管理权的形成路径

对于金融自律管理权性质的分析涉及一组法学基本概念的界分——权利和权力。权利是指国家通过法律加以许可的个人自由意志支配的行为范围，具有法律性、自主性、利益性以及义务相关性的特点。而权力是指国家机关代表国家或公共利益以国家的强制力为支持而从事一定的行为并对一定的人或物产生实际影响的能力（舒国滢，2019）。权利与权力的区分是现代法制规范路径差异的基点。法律对于前者侧重于保护，权利变动秉持“法无禁止即自由”的基本原则，归于私法的调整范围；而对于后者则侧重于限制，权力变动秉持“法无授权不可为”的原则，由公法调整（徐明和卢文道，2005）。

从形成过程上看，金融自律管理权的来源存在两种路径。**一是私权让渡。**市场成员自发组成行业自律组织，通过自律组织章程、会员服务协议、上市协议等将本属自身的自我管理权让渡于金融自律组织，形成自律管理权。[①] 自律组织获得自律管理权是基于合同安排，属于私主体之间的权利转让。在英美等发达金融市场的发展历史中，此类私权让渡形成的自律管理权早于政府监管出现，属于金融自律组织的固有权利。**二是行政授权。**政府将本属于自身的监管职权授权给自律组织，由自律组织代为行使。此时，自律管理的本质是行政权力，属于公权力。

2. 金融自律管理权的法律特性

无论自律管理权由市场自发通过私权让渡形成，还是由政府授权形成，当金融市场发展需要自律管理权发挥更大作用时，一般会通过法律形式将自律管理权固定。由此自律管理权成为一种法定权利。然而，立法只是对自律管理权的确认，并不会改变权利的形成过程和权利性质。若法律将自律管理权作为行政授权的产物，那么根据行政法原理会明确规定授权主体、授权内容、授权后责任承担等内容，被授权自律组织因法定行政授权获得行政主体资格。若法律并未采用行政授权立法模式，而是将自律管理权作为一种单独权利，则意味着是对金融自律组织作为私法主体的自治权进行认可和保护，承认自律

① Mahoney, Paul G., The Exchange as Regulator, 83 Va. L. Rev. 1453(1997).

管理权的私权属性（卢文道，2008）。我国《证券法》《证券投资基金法》等法律在明确证券业协会、证券交易所、基金业协会的自律管理权时，均未采用行政授权立法模式，而是肯认了其自我管理自我约束的固有权利（王贺瑞，2020）。

尽管私权属性更符合我国法律框架下对金融自律管理权性质的认识和判断。但不可否认，金融自律管理行为具有一定公权色彩。**第一，**基于合同产生的自律管理权通常是自律组织以单方之意思产生优于合同相对方（管理服务对象）法律地位，甚至很多监管对象与自律组织并无合同关系，这难以纳入民事合同理论的评价范畴（葛翔，2023）。其与“纯粹的民事管理权”（如雇主对雇员基于雇佣合同的管理权）亦存在性质差异，是一种发生在公共领域的行为，受制于公共利益的实现（冷静，2017）。**第二，**金融自律组织通常是社会团体，根据社团理论，社团自治权难以用权利和权力给予分类和分析，更多是以权利和权力的混合体形式存在（鲁篱，2003）。对此，英国宪政学者戴雪认为，权力亦存在公权力和私权力之区分，来源于私人的权力属于私权力（袁曙宏和苏西刚，2003）。**第三，**实践中金融自律组织除了行使自身的自律管理权外，特定情形下行政监管机构会通过行政授权或行政委托的方式将行政监管权授权或委托给自律职责，由此造成金融自律组织兼具私权力和公权力。**第四，**在对自律管理行为的司法介入方面，境内外司法机关基于“有救济，斯有权利”的理念均倾向于通过行政诉讼或司法审查而非民事诉讼处理自律监管行为争议。但同时会通过规定“穷尽救济原则”[①]“善意监管民事责任豁免原则”[②]等保持司法谦抑性，尊重自律管理的合理判断（谢贵春和武俊桥，2017；葛翔，2023）。

综上可以认为，在理论层面，金融自律管理权来源于私权让渡，本质上属于一种区别于“公权力”和“私权利”的私权力；在实践层面，金融自律组织因行政授权或行政委托的存在，可能处于公权力和私权力兼具的状态，因而自律管理行为易被纳入行政诉讼和司法审查范畴。

（二）金融自律组织 ADR 的理论约束与厘清

金融自律组织实施 ADR 始终面临两大理论约束：一是公权不可处分的理论桎梏，二是利益冲突问题对 ADR 公正性的影响。因为这两个理论问题的存在，使得金融自律组织实施 ADR 时总是面临如下质疑：自律组织代表公共利益承担一线监管职责，是否有权与违规主体和解，这是不是在让渡自律管理权？当事人之间的纠纷经过调解后，尽管双方之间的矛盾获得解决，但若对公共秩序造成影响，自律组织是否应当继续处理，能否因为当事人和解而减轻或从轻处罚？自律组织如何处理公共利益、行业利益和自身利益之间可能存在的冲突？这些质疑有必要在理论层面加以回应和解决。

1. 公权不可处分的理论重释

所谓公权不可处分，是指公权力机

① 穷尽救济原则是指，相对人对自律管理行为不服，在进入行政诉讼或司法审查程序之前，自律管理行为应先经过自律组织内部审查或行政审查，给予自律管理行为自我纠正的机会，类似于行政诉讼中的行政复议前置。

② 善意监管民事责任豁免原则是指，自律组织在履行或本意是履行监管职责时，无须为自律管理行为造成的损害承担民事赔偿责任，除非被证明自律管理行为是出于恶意。

关只是代表国家行使公权力，而非公权力的所有者；只有依法行使公权力的职责，而不享有处置公权力的自由，因为公权力所代表的公共利益不可让渡（谭炜杰，2012）。如前文所述，因行政授权或行政委托的存在，金融自律组织在实践中可能处于公权力和私权力兼具的状态。因此涉及金融自律组织的 ADR 行为可能受到公权不可处分理论的限制。具体而言，对于市场主体之间的纠纷，金融自律组织的首要职责是实施自律监管，打击违法违规行为；在此过程中，不应采用和解等方式进行“权力交易”，让渡、减损公共利益。然而，从法理和实践层面分析，公权不可处分理论目前已经不能成为禁止在自律管理或行政执法中运用 ADR 手段的理由。

第一，随着公法理念的变迁，公权不可处分原则的绝对性已经逐渐被打破。二战之后，世界范围内的国家和社会转型加速，个人主义让位于多元主义，公权行使方式从单一到多元、从刚性到柔性、从严格管制到放松管制。公权力的行使弹性和交易性获得更多实践支持，公权不可处分的理论内涵逐步发展为“不能随意处分、违法处分”之意（斯图尔特，2011）。例如，早在 1946 年，美国《联邦行政程序法》就确立了行政和解制度，当事人之间达成的和解方案一旦被行政机关接受，则成为一项行政决定；1990 年美国颁布《行政争议解决法》，授权和鼓励行政机关适用调解、和解、仲裁或其他非正式程序对行政争议进行快速处理（王锡锌，2003）。自 20 世纪 70 年代起，刑事和解制度在美国开始盛行，在打击犯罪中的刑事调解、辩诉交易成为典型的公权处分行为。

第二，自由裁量权行使成为公权参与 ADR 的理论基石。“处分”一词通常指权力的转让、抛弃、委托、变更等。而公权参与 ADR 的过程，并非对权力的任意变更或抛弃，而是根据和解结果行使权力形成处理结果，本质上是自由裁量权的表现形式；自由裁量权的行使是公权参与 ADR 获得正当性的根本原因（李东方，2015）。法律并不排斥自由裁量权，因为“徒法不足以自行”，法治需要自由裁量权所附的主观能动性应对现代社会迅速、复杂的变迁。可以说，ADR 的运用是行使自由裁量权之必需。法治的重点是在授予自由裁量权的同时，从目的、条件、方式、责任等维度对自由裁量权的行使提供必要的规范。

第三，实质正义理论和程序公正原则为公权参与 ADR 提供补充支持。现代法治着眼于超越消极、机械的形式主义法治，而趋向积极、能动的实质主义法治（金慎，2019）。在程序公正的前提下，实质性解决纠纷、化解矛盾的实质正义目标，在价值序列上逐步超越消极行政、职权主义的形式正义目标。正因有了实质正义的价值基石和程序公正的制度保障，金融自律管理与 ADR 的功能耦合具备了相应的理论基础和制度建构方向。

尽管金融自律管理权的性质并非公权力，只是带有一定公权色彩的私权力。但举重以明轻，通过澄清公权不可处分的理论问题，有利于扫除金融自律组织实施 ADR 的最大理论障碍——金融自律组织实施 ADR，是其在自律管理中行使自由裁量权的题中之义。

2. 利益冲突的必然性与控制进路

与完全代表公共利益的行政主体相比，金融自律组织同时涉及公共利益、行

业利益和组织个体利益。其中公共利益来源于金融自律组织的“公共性”职能，可能是法律直接赋予的，也可能是政府部门通过行政授权或行政委托授予的。行业利益则是金融自律组织的固有利益。金融自律组织是由营利性的经济主体形成的商业互助性合作组织，作为营利主体的集合必然要维护行业利益，其行为受益对象一般也限于组织成员，具有一定封闭性（楼晓，2013）。而金融自律组织的个体利益是指为了维持组织自身生产、运营和发展而产生的利益诉求。尽管法律通常要求金融自律组织要保证非营利属性，但这不能排除其追求个人利益。一方面，非营利性的法律要求仅指向金融自律组织不从事以营利为目的经营性活动，不得向出资者、组织成员等分配收入和剩余价值。但这并不意味着金融自律组织没有经济利益或商业性特征。以证券交易所为例，在金融活动全球化的背景下，其面临全球交易所之间的竞争，需要通过吸引上市公司和投资者、压降运营成本等商业手段获得竞争优势。另一方面，金融自律组织的个体利益除了表现为经济利益外，还可能表现为追求政治利益，以提高自身影响力。

由此可见，金融自律组织的行为总是伴随着复杂的利益冲突影响，表现为公共利益与行业利益的冲突、公共利益与组织个体利益的冲突、行业利益与组织个体利益的冲突，以及组织个体利益与组织成员个体利益的冲突。在实施 ADR 过程中，由利益冲突引发的道德风险问题可能影响金融自律组织 ADR 公正性。例如，在证券交易履约纠纷中，交易双方之间的矛盾可以通过调解解决，但违约方的不诚信行为对市场秩序等公共利益的破坏可能被忽视。又如，证券交易所更有冲动允许违规上市公司通过和解并缴纳惩罚性违约金的方式免除暂停业务或会员资格等更严厉的处罚，以此平衡行业利益、组织个体利益和组织成员个体利益，但可能让渡了公共利益（谭静和邹思思，2017）。必须承认，金融自律组织的性质和职责决定了其利益冲突是不可能消除的，只能追求有效控制。

信息经济学为解决利益冲突引发的道德风险行为提供了解决思路。由于信息不对称的存在，加剧了利益冲突引发的道德风险行为的风险。因此防控利益冲突的不利影响，关键在于完善治理结构和解决信息不对称问题。对此，法律上有几种解决进路。**一是**明确法律责任。私法中，民商事主体因利益冲突产生的“背信弃义”行为，通常被纳入“信义义务”项下的“忠实义务”框架中加以解决。如在信托、资管法律关系中，受托人因追求个人利益损害委托人利益，会因违反忠实义务承担赔偿责任；公司法也通过忠实义务规制控股股东、董监高等与公司的利益冲突问题。公法中，行政主体背离公共利益将直接导致行政行为违法，需承担相应行政违法责任。**二是**完善治理结构。基于权力制衡理念，通常将涉及利益冲突的权力分配至不同主体或组织内部的不同机构，并要求在组织内部建立“防火墙”，预防利益冲突的不利影响。**三是**强制信息披露。披露利益冲突情形以及防范解决机制有利于相关方监督不当行为，并及时追究相应法律责任。从实践来看，信息公开是解决利益冲突问题最有效的一种手段。

综上所述，金融自律组织的性质和职责决定了其必然处于公共利益、行业利益和组织个体利益相互交织的复杂利益冲突

之中。在 ADR 实施中，利益冲突虽然无法完全消除，但通过必要的信息公开、完善的治理结构以及完善的责任承担机制可以得到有效控制。

（三）金融自律组织 ADR 的制度突围

通过前述理论层面的分析可以得出，公权不可处分和利益冲突问题都不足以成为金融自律组织实施 ADR 的限制性因素，至少理论层面都存在相应解决路径。制度是连接理论和实践的桥梁。为了确保金融自律组织 ADR 的公正性和公信力，突破理论限制的藩篱，金融自律组织 ADR 需要系列配套制度的支持。

一是对金融自律组织的自律管理权予以确认和保护。明确自律管理权的私权力属性和法律地位，是有效构建 ADR 制度的前提和基础。

二是为自律管理职责履行与纠纷解决目标提供衔接机制。自律管理和纠纷解决虽然具有功能耦合性，但在衔接时依然需要法律提供必要的制度确认填补缝隙。例如，调解的强制性边界问题，金融自律组织实施的调解是否应具有单方强制启动的效力，不履行调解结果是否应产生自律层面的不利后果；又如，调解结果能否从轻、减轻甚至免除自律处罚；自律组织与违规主体能否进行自律和解以及和解结果的效力等。这些关键性问题需要立法者经过价值衡量后加以制度性解决。

三是必要的信息公开制度，以提高透明度。尽管调解、仲裁等 ADR 制度本身的优势在于保密性，但保密性不应与公共利益相冲突。通过金融纠纷本身往往可以窥见金融监管之漏洞所在，这也是金融自律组织职责所在。合理的信息公开制度可以在保密性和透明度之间取得平衡，例如，定期公布金融纠纷处理数据、纠纷类型、处理结果分布密度等，提高金融监管质效。此外，通过必要的信息公开接受社会监督，也有利于维系金融自律组织的公信力。

四是通过外部监督，保证公正性与规范性。考虑到金融自律组织 ADR 背后的公权力色彩，需要通过外部监督保证权力运行的公正性。一方面，金融自律组织 ADR 应纳入金融监管范畴，监管机构应通过规则备案、业务检查等手段实施必要监管，确保金融自律组织 ADR 机制稳健运营。对于重大纠纷的调解、和解结果，应当向金融监管部门备案，接受监督。另一方面，对于涉众性较强的纠纷，可探索建立司法审查制度，由法院对诉讼外调解或双方自行和解所达成的协议进行审查后协议方能生效。这一审查不同于原本经由司法审查赋予的强制执行效力，而是在协议自身的有效性层面予以约束，从协议公平性的角度进行审查，保护投资者利益。构建外部监督机制的逻辑主线在于提高金融自律组织 ADR 的公正性与合法性。

四、关于完善金融自律组织 ADR 机制的可探路径

国际经验表明，金融自律管理与替代性纠纷解决存在功能耦合和制度融合的空间。目前从银行间市场实践来看，交易商协会开展的 ADR 机制主要应用于调解领域，尚未与自律管理职责充分结合。按照金融自律管理与替代性纠纷解决功能耦合和制度融合的进路，或可从以下三条路径探索完善金融自律组织的 ADR 机制。

（一）优化调解机制，加强与自律管理的双向支持

金融自律组织未来如何更好地发挥调

解职能，应该跳出传统的金融纠纷调解单一思路，结合自律管理功能，通过调解与自律管理的衔接与配合，形成“以自律管理支持调解，以调解优化自律管理”的相互促进协同的模式，构建符合市场特点的调解机制。在自律管理支持纠纷调解层面，美国的 FINRA 和日本的 FINMAC 都已做出有益探索。参考二者经验，或可做出以下尝试。

一是以自律管理手段，赋予调解结果一定自律层面的约束力。按照调解制度的一般性原理，和解结果只能依赖于当事人自愿履行，除非通过司法确认由法院出具调解书，否则无法申请强制执行。当事人花费大量成本取得的调解结果，可能因为对方再次失信而作废，极大影响参与调解的积极性。如果可以将调解结果赋予一定自律层面的约束力，将提高调解的可执行性。例如，FINRA 规定不履行调解协议的会员处以暂停 / 取消会员资格的自律处分；FINMAC 通过通报监管单位和公告等方式，以市场声誉的方式约束金融机构在调解程序的行为，强化调解协议执行力。聚焦本土金融市场，交易商协会等自律组织可以利用会员诚信档案机制或市场化评价机制，将拒不执行调解结果的行为作为严重失信行为纳入诚信档案或给予负面评价，供市场成员查询使用；亦可考虑将拒不执行调解结果的行为作为一种轻微违规行为，纳入自律管理措施或自律处分的范畴，给予相应声誉罚。但需要强调的是，赋予调解结果自律层面的约束力并未改变调解的自愿属性，因为自律层面的约束力本质是通过声誉约束激励当事人履行调解结果，而并非直接的强制执行力。调解结果的执行性依然来源于当事人自愿，而非国家强制力。

二是研究特定纠纷类型的强制调解制度，拓宽调解的应用范围。从国际经验来看，金融纠纷调解组织通常规定金融消费者与金融机构之间的金融纠纷适用强制调解制度，即金融消费者提出调解诉求后金融机构不得拒绝，必须参与调解。目前我国《证券法》已经对普通投资者与证券公司之间的纠纷规定了强制调解制度[①]，以侧重保护处于弱势地位的普通投资者。此类强制调解安排修正了调解应以双方自愿参与为前提的一般原理，是在衡量双方当事人的资源禀赋差异基于实质正义价值理念作出的制度调整。而对于合格机构投资者之间发生的纠纷，参与主体属于《证券法》规定的专业投资者范畴，并不适用普通投资者基于弱势地位享有的强制调解制度优待。然而深入分析会发现，特定纠纷类型也能表现出当事人之间固有的强弱地位差异。例如，在债券欺诈发行、虚假陈述纠纷中，欺诈方掌握信息优势，投资者则时刻处于信息不对称的弱势地位。证券市场建立的强制信息披露制度也因欺诈方的侵权行为无法发挥作用。此类纠纷当事人固有的强弱地位差异为强制调解制度提供了适用空间。具体路径上，可以考虑以银行间市场这一典型机构投资者市场为试点，由交易商协会在规则中明确，对于债券欺诈发行、虚假陈述纠纷，投资者向调解中心提出调解申请的，信息披露义务人不得

① 第九十四条 投资者与发行人、证券公司等发生纠纷的，双方可以向投资者保护机构申请调解。普通投资者与证券公司发生证券业务纠纷，普通投资者提出调解请求的，证券公司不得拒绝。

拒绝。

在纠纷调解优化自律管理层面，可以加强调解结果在自律管理中的运用，正式建立“和解减轻”制度。现代金融自律管理已将提高市场效率与维护市场秩序作为并行的价值目标。而“和解减轻”制度恰好可以实现填补当事人损失、润滑市场交易、维护市场秩序的三重功能。对于轻微违规的案件，违规对象经自律组织调解后达成和解，并积极采取措施补救的，可以免予或减轻自律处罚。这一制度可以激励当事人定分止争的动力，通过当事人主动化解矛盾，节约自律管理的成本。以FINRA为代表的金融自律组织明确将调查对象“是否采取纠正措施或采取相应程序避免后续不当行为的再次发生”以及“是否合理地尝试支付赔偿或以其他方式补救不当行为”作为裁量考量因素。交易商协会等金融自律组织亦可参考此类规定，正式建立自律管理层面的“和解减轻”制度。

（二）构建自律和解制度，拓展金融自律组织ADR的立体层次

从成熟市场经验来看，行政处罚或自律处分中会将执法和解作为有效补充，甚至在部分国家多数案件通过执法和解等非处罚机制解决。我国目前已有中国版“行政和解”，即现有证券期货行政执法当事人承诺制度[①]，在证监会执法工作中有所运用。

与行政监管相比，自律管理更强调“轻触式”执法，也更具有灵活性优势。FINRA、香港联交所等境外金融自律组织已在纪律处分规则中专门规定了和解程序，从适用条件、程序、后果、救济等方面建立了完善的机制。目前境内金融自律组织尚未建立完善的自律和解机制，节奏上已经落后于行政监管。究其原因，一方面是我国法律对于金融自律管理权的保障不足，对于自律和解这类有较大自由裁量权空间的管理手段，金融自律组织不敢轻易尝试；另一方面，从金融自律组织的产生过程和实际运行情况来看，金融自律管理的公权色彩较重，受于公权不可处分理念的桎梏，存在一定的思想障碍。

银行间市场的机构投资者市场定位以及自律管理为主体的管理方式，为构建“中国版”自律和解制度提供了土壤。首先，机构投资者市场涉众性较低，违规行为牵涉的公共利益明显小于公众投资者市场，自律和解的实施空间更大；其次，自律组织行使是私权力而非公权力，私权力参与和解的制度逻辑更顺畅，可以嵌入行业自治、社团自治的制度框架；最后，自律管理权可以被行政监管有效约束。执法和解作为自由裁量权行使方式，最怕被滥用，特别需要外部监督预防权力寻租。自律管理行为是政府监管的对象，监管机构可以

① 2020年修订《证券法》第一百七十一条 国务院证券监督管理机构对涉嫌证券违法的单位或者个人进行调查期间，被调查的当事人书面申请，承诺在国务院证券监督管理机构认可的期限内纠正涉嫌违法行为，赔偿有关投资者损失，消除损害或者不良影响的，国务院证券监督管理机构可以决定中止调查。被调查的当事人履行承诺的，国务院证券监督管理机构可以决定终止调查；被调查的当事人未履行承诺或者有国务院规定的其他情形的，应当恢复调查。具体办法由国务院规定。相配套的制度包括：2021年11月，国务院公布的《证券期货行政执法当事人承诺制度实施办法》（国务院令第749号），2022年1月证监会发布的《证券期货行政执法当事人承诺制度实施规定》。 国务院证券监督管理机构决定中止或者终止调查的，应当按照规定公开相关信息。

约束自律和解的适用范围、适用程序、和解效果，并且可以纠正不当和解行为、提供救济措施，确保制度运行的公平性和规范性。因此，交易商协会可以在银行间市场尝试率先建立“中国版”自律和解制度，一方面扩展自律管理“工具箱”，同时也丰富了金融自律组织替代性纠纷解决机制的立体层次，为国内金融自律组织开展自律和解提供有益示范。

（三）研究探索仲裁机制，丰富金融自律组织 ADR 的内涵

FINRA 在争议解决方面确立的“仲裁 + 调解”范式拓宽了金融自律组织完善 ADR 机制的思路。仲裁是机制最为成熟、法治保障最充足、应用范围最广的一种 ADR 机制。目前我国共设立了 282 家仲裁机构，仲裁员和机构工作人员达 8 万余人，累计办理案件 500 多万起，涉案标的额 8 万多亿元。[①] 中国国际经济贸易仲裁委员会发布的《中国国际商事仲裁年度报告（2022—2023）》显示，2022 年全国仲裁机构办理的各类案件数量中，金融类案件占比最多，达 37.5%。[②] 然而在 282 家仲裁机构中，专业性仲裁机构主要集中于建筑、航空、海事、知识产权等领域，我国尚无一家全国性金融纠纷专业仲裁机构。金融仲裁案件多在几家综合性商事仲裁机构仲裁。[③] 金融自律组织在行业内具有公信力、专业度，所汇聚的行业资源具有探索建立仲裁机制的基础，长期来看或有探索空间。但不可否认，建立仲裁机制对金融自律组织来说是一项陌生且复杂的工作，需要经过充分的可行性论证和大量的资源支持，过程中也将面临严峻的市场竞争和挑战，仍待深入研究。N

学术编辑：韦燕春

参考文献

[1] 范愉.非诉讼程序（ADR）教程（第三版）[M].北京:中国人民大学出版社,2016.

[2] 葛翔.比较视野下金融自律组织监管行为可诉性的再审视——兼论自律监管行为司法审查的边界[J].上海法学研究,2023,9(1):237-248.

[3] 金慎.行政纠纷调解制度研究[D].武汉:武汉大学,2019.

[4] 冷静.法定自律组织还是法律法规授权组织:新形势下证券交易所及其一线监管性质辨[J].证券法苑,2017,23(5):190-218.

[5] 李东方.论证券行政执法和解制度——兼评中国证监会《行政和解试点实施办法》[J].中国政法大学学报,2015(3):35-51+158.

[6] 楼晓.证券业自律管理“公权化”研究[D].武汉:武汉大学,2013.

[7] 卢文道.证券交易所自律管理论[M].北京:北京大学出版社,2008.

[8] 鲁篱.行业协会经济自治权研究[M].北京:法律出版社,2003.

① 数据来源：司法部网站，https://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/fzgz/fzgzggflfwx/fzgzggflfw/202409/t20240910_505751.html。

② 数据来源：中国国际经济贸易仲裁委员会网站，http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=19547。

③ 从仲裁案涉争议金额排名来看，我国排名靠前的综合性商事仲裁机构主要为中国国际经济贸易仲裁委员会（简称“贸仲”）、深圳国际仲裁院（简称“深国仲”）、北京仲裁委员会（简称“北仲”）、上海国际仲裁中心（简称“上国仲”）、广州仲裁委员会（简称“广仲”）、上海仲裁委员会（简称“上仲”）。这六家仲裁机构来自四大一线城市，基本上代表了我国仲裁机构的最高水平。

[9] 舒国滢.法理学导论（第三版）[M].北京:北京大学出版社,2019.
[10] 斯图尔特.美国行政法的重构[M].沈岿,译.北京:商务印书馆,2011.
[11] 孙天琦.建立金融业批发市场行为监管体系[J].中国金融,2021(5):19-21.
[12] 谭婧,邹思思.证券交易所收取惩罚性违约金的法律问题探析[J].证券法苑,2017,23(5):238-257.
[13] 谭炜杰.行政诉讼和解研究[M].北京:中国政法大学出版社,2012.
[14] 王贺瑞.中华人民共和国证券法释义[M].北京:法律出版社,2020.
[15] 王锡锌.规则、合意与治理——行政过程中ADR适用的可能性与妥当性研究[J].法商研究,2003(5):67-76.
[16] 吴伟央.美国证券自律组织纠纷解决机制程序正当性研究——以证券调解与仲裁程序为中心[J].证券市场导报,2013(3):51-58+65.
[17] 谢贵春,武俊桥.普通法系证券自律管理司法政策脉络与实践研究[J].证券法苑,2017,23(5):258-296.
[18] 徐明,卢文道.从市场竞争到法制基础:证券交易所自律监管研究[J].华东政法学院学报,2005(5):5-31.
[19] 杨东,毛智琪.日本证券业金融ADR的新发展及启示[J].证券市场导报,2013(7):65-72+77.
[20] 袁曙宏,苏西刚.论社团罚[J].法学研究,2003(5):58-70.
[21] 中国人民银行,银监会,证监会,等.英国金融申诉专员制度[J].中国金融,2013(8):78-80.
[22] Coffee J J C,Sale H A,Whitehead C K.et al.Securities regulation cases and materials 13th[M].New York:Foundation Press,2021.

Improving Alternative Dispute Resolution Mechanisms of Financial Self–Regulatory Organizations

LIU Xindong　FANG Junwei
(Post Supervisory Center, NAFMII)

Abstract　As an important part of the financial market, financial self-regulatory organizations (SROs), by which alternative dispute resolution (ADR) mechanisms are employed, have significant advantages in alleviating judicial pressure and improving the efficiency of dispute resolution. Mature financial markets usually respond to different types of disputes with differentiated ADR arrangements and strengthen the justification for ADR by financial self-regulatory organizations through the authorization of the superior system. More importantly, financial self-regulatory organization ADR reflects the obvious two-way interaction between financial self-regulation and alternative dispute resolution. Examining the theory further, neither the non-disposability of public rights nor the conflict of interest problems faced by ADR of financial SROs are sufficient to become the limiting factors for the implementation of ADR by financial SROs. At present, the ADR mechanism of domestic financial SROs is mainly applied in the field of mediation and has not yet been fully integrated with self-regulatory responsibilities. According to the progress of the functional coupling and institutional integration of financial self-regulatory management and ADR, in the long run, it may be possible to optimize the mediation mechanism, build a self-regulatory conciliation system, and study and explore the arbitration mechanism in three paths.

Keywords　Self-Regulation, Alternative Dispute Resolution, Financial Self-Regulatory Organizations
JEL Classification　K41　G28　D74