

论金融法中的违约预防制度

陈 醇

内容提要:违约本应当适用违约责任制度,但是金融法实践中往往禁止违约并尽量避免适用违约责任制度,且运用公法措施处罚或救济违约。违约责任制度存在一定局限性,无力应对金融领域违约的系统性及由此产生的传染性。金融法建立了违约预防制度,从履约准备金、资本充足率、杠杆率、流动性、信息披露、合同规模、关联度、系统重要性金融机构等方面预防系统性违约,以落实金融安全原则。我国金融法应当以违约预防制度弥补违约责任制度的不足,将违约预防制度纳入金融法的合同制度,并从体系化、民事责任等诸方面予以完善。

关键词:金融法 违约责任 系统性违约 违约预防

陈醇,浙江师范大学法政学院教授。

违约是金融风险的重要表现形式。有学者认识到:“从法律的角度看,次贷危机本质上是一场信用危机,即贷款合同下的借款人大规模违约,它反映出贷款机构经营过程中的极度不谨慎,从而酿成巨大的信用风险与市场风险。”^[1]该观点将违约与次贷危机对应起来,认为违约是2008年金融危机的重要表现之一。事实上,违约也是我国民间融资风险、P2P交易风险的基本表现形式,例如,温州资金链与担保链断裂的典型表现就是群体性、连锁性的违约。^[2]因此,应对违约是金融法应对金融风险的重要内容之一。

一 违约责任制度在金融法中的冷遇

(一) 金融法对违约责任制度适用的避免

合同法并不惧怕违约,违约责任制度就是为此而设。根据传统思维,违约应当适用违

[1] 楼建波:《金融海啸中的三重危机与法律应对》,《社会科学》2009年第6期,第87页。

[2] 参见温州市决策咨询委员会、中共温州市委政策研究室编著:《温州企业资金链、担保链风险化解的实践与探索》,中国经济出版社2016年版,第5页。

约责任制度予以解决;即使是一些违约形成了群体性,它也不过是众多违约的总和,可以将之分解为复数的单个违约,然后适用违约责任制度逐一解决。这种简明的“违约——违约责任”模式是合同法的一般原理或步骤。

违约责任制度是一个源远流长的制度。“罗马债的历史起源产生于对私犯的罚金责任;合同责任在初期从属这一概念。”^[3]其后,金钱赔偿成为罗马法实际操作中违约责任的主要方式,而实际履行成为理论上的主要方式,这奠定了现代民法违约形态与违约责任的基础。^[4]罗马法为违约责任制度作出了杰出贡献,同时,也确立了几个非常重要的合同法原理:其一,违约责任制度成为合同法的必要组成部分。其二,通过事后的违约责任来制裁违约,以保障合同的履行与效力。其三,违约责任相对性原则。合同相对性理论是一个古老的合同法理论,这一理论要求合同法将合同权利义务等局限于特定合同及其当事人之间。^[5]据此,违约责任也存在相对性,即违约责任一般只局限于单个合同的当事人之间,不考虑其溢出效应。其四,罗马法后期区分了违约责任与公法责任。这一区分保持至今,其巨大意义在于,与公法责任相比,违约责任的严厉性要小得多,其中贯彻了意思自治等大量私法价值观。

上述原理,成为现代合同法的一般性原理,无论是大陆法系还是英美法系,均认可上述原理。至今,任何法律人都会承认,违约责任制度是合同法中一项极其重要的、必不可少的制度。^[6]更多的时候,违约责任制度的重要性及其必要性似乎是一种不需要论证的公理,各种论著大概认为不存在任何疑问,因而根本上就不对此进行过多的论证。

但是,令人惊奇的是,这种违约处理模式并不是金融法的常态,在金融法中,违约责任制度的适用遇到了真正的困难。保险法、商业银行法等金融法事实上禁止一些合同的违约,并尽力避免违约责任制度的适用。比如,我国保险法第92条禁止人寿保险合同的违约,规定保险公司被撤销或宣告破产的,必须将人寿保险合同及责任准备金转让给其他经营人寿保险的保险公司;第114条明确规定,保险公司必须履约,不得违约;第116条重申保险公司的违约行为是禁止性行为;第145条将保险公司的偿付能力(履约能力也在其中)严重不足作为接管的法定情形之一。从以上条款中可见保险法对保险公司违约的忌讳。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释(二)》(法释[2013]14号)重申了对保险公司违约的禁止,其中第8条禁止保险人未行使合同解除权而拒绝赔偿。总的说来,保险法禁止保险合同的违约,并尽量避免适用违约责任制度。与保险法一样,商业银行法禁止一些合同的违约,也尽量避免违约责任制度的适用。我国商业银行法禁止存款合同的违约,第33条规定:“商业银行应当保证存款本金和利息的支付,不得拖延、拒绝支付存款本金和利息。”该法第44条禁止商业银行汇票交易合同的违约。另外,票据法也尽量避免违约责任制度的适用。票据行为有合同说与单方法律行为

[3] [意]彼德罗·彭梵得著:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第284页。

[4] 参见丁玫:《罗马法合同赔偿制度》,《政法论坛》2001年第5期,第30页。

[5] 参见王利明:《论合同的相对性》,《中国法学》1996年第4期,第63页。

[6] 参见徐杰:《合同法中的违约责任制度》,《中国法学》1999年第3期,第21页。

说两种,以承认前一学说为基础,可以看到票据法避免违约责任制度适用的明确意图:票据无因性理论与规范表明,票据合同一般是不允许违约的,因为无因性理论的本质,是赋予后手的债权以强于前手债权的效力,以避免违约。我国证券投资基金法禁止基金合同的违约,也尽量避免违约责任制度的适用。该法第 37 条规定,基金托管人发现基金管理人的投资指令违反基金合同约定的,应当拒绝执行,立即通知基金管理人,并及时向国务院证券监督管理机构报告。该法第 67 条规定了基金管理人应当按时支付赎回款项,不得违约。虽然我国证券投资基金法规定了违反基金合同的违约责任,但它避免适用违约责任制度的意思也显而易见。

金融危机中的违约也尽量避免适用违约责任制度。在 2008 年金融危机中,美国众多债务人对房地美与房利美的违约没有进入司法程序,更没有按照违约责任制度进行处理,其后美国众多金融企业面对的违约也是如此。众所周知,美国采用了救市的方法避免或预防了已经发生和没有发生的违约,几乎没有适用违约责任制度。在整个危机之中,美国只对雷曼兄弟等极少数金融企业的违约适用了违约责任制度,最后在在一定程度上导致这些公司破产。著名法学家波斯纳对此进行了尖锐的批评,认为这是美国政府的一个根本性错误。^[7] 按照他的观点,金融危机中的上述违约根本就不应当适用违约责任制度。在 2008 年金融危机中,其他国家也采用了救市的方法避免或预防了已经发生或将要发生的违约。

正常的金融生活通过金融交易而完成,这种交易在法律上体现为合同;从合同法上看,金融危机就是违约及其责任的危机。金融危机这个世界最大的经济灾难之一,对金融危机的研究成为法学、经济学等最为重要的领域之一。因此,金融危机中的违约尽量避免适用甚至不适用违约责任制度,这是一个非常值得注意的现象。

(二)以公法惩罚与救济违约行为

金融法不仅禁止违约、避免违约责任制度的适用,还运用公法制度对违约进行惩罚与救济。这表现于刑法与行政法两个领域。

在民间集资领域,我国运用刑事责任惩罚违约。民间集资往往形成群体性的融资合同,一旦违约,就会造成群体性的严重损失甚至引发群体性事件。基于对群体性违约及其造成的群体性事件的恐惧,我国制定了非法集资方面的系列罪名来遏制民间集资中的违约。我国刑法中的违反金融秩序罪以及《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2010]18号)是对民间集资合同引发群体性违约或其威胁的规制。根据该解释,民间借贷合同的数量、金额达到一定规模且可能或已经造成违约及无法偿还后果的,构成非法吸收公众存款罪甚至集资诈骗罪等。上述制度是以刑事责任惩罚违约及其损失的典型:如果违约责任制度足以解决违约及其造成的严重损失问题,根本就不会出现上述刑法规定。如果合同法能够以“违约——违约责任”模式解决上述群体性违约及其损失问题,那么,无论保护金融秩序之类的术语如何诡秘,侵犯金融秩序之类的说法

[7] 参见[美]理查德·波斯纳著:《资本主义的失败——〇八危机与经济萧条的降临》,沈明译,北京大学出版社 2009 年版,第 187 页。

也难以成立,非法集资等罪名就失去了存在的基础。以刑事责任制度来规制民间集资中的违约行为,说明违约责任制度无力应对这类违约,它存在某种缺陷。

与上述说法相呼应的是,刑法学者从另一个侧面说明了违约责任制度的无能为力。刑法学者在论述刑法的谦抑性时说:“位于现代刑事法律科学与现代刑事政策核心的,就是以刑法干预的正当性考虑与刑法干预的谦抑性思想为基础的‘道德→第一次法→第二次法’的犯罪化作业过滤原理。”^[8]依据这一操作性流程,民商法(特别是合同法)作为第一次法应当发挥其过滤功能,即完成对大量违约的调整,从而避免过多的违约进入刑法的调整之中。只有当合同法的违约责任制度并没有发挥应有的“过滤”功能之时,大量的违约行为才会进入刑法的调整之中。20多年来,关于金融安全的犯罪罪名几乎是呈几何级数增长。^[9]金融刑法的繁荣,从另一个侧面说明了违约责任制度的无能为力。至于违约责任制度到底是在什么地方有问题,刑法学者没有指明。这是可以理解的,毕竟学科有所差异。

更为常见的现象是,金融法运用行政责任处罚违约。我国证券法的民事责任只有侵权责任制度,没有违约责任制度,并且该法的“法律责任”部分主要规定了行政责任。与此相似,我国保险法民事责任条款并不在“法律责任”部分,其“法律责任”部分主要规定行政责任;商业银行法、票据法、证券投资基金法的“法律责任”部分的主要内容也是行政责任。以保险法为例,该法第116条将保险公司的违约行为作为禁止性行为;第162条规定了违反上述禁止行为的行政处罚。又如,中国人民银行等四部委发布的《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》(银发[2018]106号),也只规定了对违法行为的“惩处”而没有规定民事责任。这种以行政责任来预防与处罚违约的条款,在金融法中比比皆是。这很容易理解,因为这些法律文件是行政管理机关所制定的,行政处罚是监管的方法,对金融交易中违约的规制,监管者首先想到的是行政处罚而不是规定违约责任。以行政责任惩罚违约,其优势在于,行政责任可以对企业的营业执照、违法所得、企业法定代表人资格等进行处置,而违约责任则没有这样的功能。

除了惩罚,国家也会对违约进行救济。美国通过救助大企业而避免了它们因违约而造成的破产,我国国有银行也得到了国家的救助。^[10]有学者认为,消除金融危机的唯一方法是消除“太大不能倒”问题。^[11]我国与美国对大型金融企业的救助有异曲同工之妙。与对国有银行的态度不同,民营企业的违约适用了违约责任制度,这导致了一批中小企业的破产,其中少量幸运者得到了政府的救助,因而得以避免因违约而导致的破产。^[12]

金融法中违约责任制度的困难挑战了合同法的违约责任基本原理。这种挑战主要

[8] 梁根林:《刑事法网:扩张与限缩》,法律出版社2005年版,第34页。

[9] 参见刘伟:《论民间高利贷的司法犯罪化的不合理性》,《法学》2011年第9期,第142页。

[10] 参见朱大旗著:《金融法》,中国人民大学出版社2000年版,第289页。

[11] See Sharon E. Foster, Too Big To Fail-Too Small To Compete: Systemic Risk Should be Addressed Through Antitrust Law but such a Solution Will Only Work if it is Applied on an International Basis, 22 Fla. J. Int'l L. 31, 35 (2010).

[12] 参见杨轶清:《核心自然人风险与公司安全链——金融危机下浙商的败局解读》,《浙江经济》2009年第23期,第35页。

是:违约责任制度在金融法中不再占有特别重要的地位,甚至不再成为其合同制度必要的组成部分。人们可能会认为,合同法存在一般性的违约责任制度,这是金融法不规定违约责任制度的原因,而法律责任部分不规定违约责任制度仅仅只是一种疏忽。这种观点不能成立。我国合同法只规定了借款合同、融资租赁合同等少量金融合同,大量的金融交易制度不在其分则之中。合同法没有规定的那些金融合同,其违约责任制度也是需要细化的。更为重要的是,违约责任制度在金融法中所遭遇的根本性挑战,不是违约责任制度的一般法与特别法问题,而是金融法禁止违约与尽量避免违约责任制度的适用,以及以公法责任惩罚违约的问题。违约应当适用违约责任制度,这是合同法的铁律之一。不需要违约责任制度、避免适用违约责任制度、以公法责任惩罚违约,这说明违约责任制度遇到了生死存亡的根本性危机。本文想要探讨的问题是:违约责任制度到底有什么局限?金融法中的合同制度应当如何弥补这种局限?初看之下,这是两个问题,实质上,它们是同一个问题,即违约责任制度的缺陷及其补救性制度的问题。

二 违约责任制度适用冷遇的成因

法律制度的缺陷往往在对新事物的不适应中显现出来,因此,本文拟从违约责任制度的潜在假定与金融合同的违约特征两个方面来讨论违约责任制度的局限。

(一) 违约责任制度正常运作的四个前提

违约责任制度虽然源远流长,但它的正常运作仍然是以一些潜在的假定为前提的。

第一,假定多数责任人处于资可抵债的财务状态。民事责任制度具有惩戒、补偿和预防功能。^[13]但是,这种功能的发挥是以资可抵债为前提的,违约责任制度也是如此。如果一个责任人资可抵债,违约责任制度的上述功能都有实现的可能性;如果一个责任人资不抵债,就无法运用财产责任惩戒责任人、补偿受害人,违约责任制度的预防功能也难以实现。如果责任人资不抵债,那么,违约责任制度的万里长城就差不多形同虚设了。

第二,假定违约是孤立的。在合同法之中,所有的违约均指单个违约,它不考虑违约的群体性,更不考虑违约可能导致的传染即一个违约可能引发另一个违约的风险。根据合同相对性理论,违约具有相对性,不应当过多考虑连锁性违约的系统性。同时,在违约责任制度的理念中,违约及其责任只是个别性的、私人之间的事情,它不会影响到基础信用,不会动摇一个社会或经济的根基,不会导致宏观经济的崩溃,也不会造成严重的社会与政治后果。

第三,假定违约责任制度自身具有一种自足性。作为合同法的最后一道屏障,违约责任制度能够处理好合同责任问题,而不需要公法的过多辅助,此即违约责任制度的自足性。罗马法将违约与犯罪分开之后,违约责任成为与刑事责任并列的制度,违约一般不导致刑事责任或行政责任,这既是对意思自治的保护,也是对意思自治的自信。违约适用违

[13] 参见王卫国著:《过错责任原则:第三次勃兴》,中国法制出版社 2000 年版,第 218 页。

约责任制度,而不需要公法责任的太多干预,这已经成为合同法的公理。

第四,假定事后处置方式足以应对和救济违约及其后果。传统民事责任制度是一种事后问责的善后处理制度,而不是民事责任的预防制度。违约责任制度如是,侵权责任制度也是如此。违约责任制度等责任制度在私法之中占有重要的地位,它是私法保护和救济当事人权益的基本方法。合同法以承担后果即后果自负的方法调整合同。违约责任制度秉承了民事责任制度的这种自信,认为通过事后的违约责任追究就足以救济违约及其造成的后果。

(二)金融领域违约的系统性

金融领域的违约与一般交易的违约有何不同呢?如前所述,有学者认为次贷危机是贷款合同下的借款人群体性违约,这注意到了次贷危机中违约的群体性。近年来,系统性风险理论被一再强调,其经典表述是:“系统性风险是指一个触发事件比如经济的冲击或金融企业倒闭所造成的一连串糟糕的经济后果,有时被称作多米诺骨牌效应,可能包括一系列的金融企业和/或市场失败,在后果较轻时包括一系列的金融企业重大损失或任何重大的金融市场价格波动。”^[14] 违约是金融风险的重要表现,系统性风险概念中的触发事件包括甚至主要是违约,其中一个或一群违约会引发多米诺骨牌效应,引发更大规模的违约和损失。从违约上看,所谓系统性风险,就是系统性的违约及其造成的系统性损失。金融违约秉承金融风险的系统性特征,也具有系统性与传染性,因此,违约的系统性与传染性就成为金融领域违约的一般性特征。为了称呼的方便,本文将这种具有系统性与传染性的违约称作系统性违约,以便从违约之上解读金融系统性风险。

系统性违约也可以从金融交易的系统性上得到直接的解读。金融企业之间的交易具有高度的关联性,这是系统性风险的成因之一。^[15] 关联性的群体性交易必然会导致关联性的违约即系统性违约。一些金融交易一旦形成了系统性的合同关系,它就难以甚至不可修改,因为所牵涉主体、合同及其权利义务过多而使修改程序成为不可能的事情,这种系统性结构因而具有很强的粘性。^[16] 基于金融交易及其违约的系统性,国外金融法已经运用了复杂网络方法计算金融公司联结的规模与复杂性;^[17] 我国学者已经开始了金融公司联结度量与系统重要性度量的估算。^[18] 金融交易及其违约的这一特征与其他交易不同。在其他交易合同领域,违约可能不是系统性违约。例如,买卖合同的违约,就可能只是对一个合同的违约。因为买卖合同可以是各自独立的,没有集中资本之类的需要,不会

[14] Steven L. Schwarcz, Systemic Risk, 97 *Geo. L. J.* 193, 195 (2008).

[15] See Hal S. Scott, An Economy in Crisis: Law, Policy, and Morality During the Recession; Article: I. Suggestions for Regulatory Reform; the Reduction of Systemic Risk in the United States Financial System, 33 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 671, 674 (2010).

[16] See Kathryn Judge et al., Fragmentation Nodes: A Study in Financial Innovation, Complexity, and Systemic Risk, 64 *Stan. L. Rev.* 657, 703 (2012).

[17] See Prasanna Gai & Sujit Kapadia, Contagion in Financial Networks, 466 *Proc. Math. Phys. Eng. Sci.* 2401, 2405 (2010).

[18] 参见欧阳红兵、刘晓东:《中国金融机构的系统重要性及系统性风险传染机制分析——基于复杂网络的视角》,《中国管理科学》2015年第10期,第32页。

形成系统性的合同群落,也就不会导致系统性违约。

当金融学、经济学与金融法将系统性风险当作其共同敌人之时,合同法也不应当孤立地看待系统性违约。我国目前应重视系统性风险的预防,而不应当局限于单个金融机构的运行状态。^[19] 在违约之上,也应当重视系统性违约,而不应当局限于单个违约。

金融领域违约的系统性,因为金融信用的基础性而得到了强化。一些金融合同涉及到市场经济、社会甚至国家的最基础的信用。债的本质是信用,合同之债的本质也是如此。这种信用可以分为不同的层次,其中金融信用是较为基础的信用;在金融信用之中,商业银行、保险公司的信用等,是一个经济、社会甚至国家信用的基础。这种基础地位表现于:如果商业银行对存款人违约、保险公司对投保人违约,那么,其他领域的违约就在所难免。这会引发整个经济、社会甚至国家信用的崩溃。在心理上,人们认为存款合同、保险合同是非常安全的合同,它们是不会出现违约的,而一旦出现违约,人们就会认定经济、社会中最安全的合同债权都出现了危机,其他交易也就更不安全了,从而造成对整个经济、社会信用的怀疑、恐慌,引发羊群效应,失去对整个信心的信心。事实上,人们往往是以存款或保险等最基本的财产权为基础而开展丰富多彩的交易生活,一旦基石崩溃,整个交易安全也就会随之崩溃。金融交易中的系统性违约,容易动摇市场信用与法律信用的根基。一旦动摇了这一根基,其他信用也就难以建立。

(三) 系统性违约对违约责任制度假定的突破

系统性违约突破了违约责任制度正常运作的四个假定,并可能引发严重的后果。

第一,系统性违约往往导致资不抵债,使违约责任制度形同虚设。系统性违约因为其违约群体巨大,相应的损失数量往往数倍于债务人的资产,这种资不抵债状态使以财产责任为基础的违约责任制度失去了其正常运作的前提,此时,适用违约责任制度既无法减轻债权人的损失,也无法实现违约责任制度的其他功能,违约责任制度于此失去了存在与适用的意义。

第二,金融领域的违约及其违约责任不是孤立的,众多违约具有系统性,其违约责任也具有系统性,这给违约责任制度带来了巨大的困难。从合同法角度上看,金融领域的系统性风险就是系统性违约,系统性违约成为诱发金融危机的重要风险。有学者在论述金融企业“太大”的定义时说:“如果一个公司显示出系统性风险,即如果公认它的失败可能引发社会难以接受的宏观经济后果,那么,它构成了‘太大’。”^[20] 从违约上看,违约的传染性及其后果是“太大”的衡量标准。系统不等于部分之和,系统性违约也不是复数违约的简单加和。在金融交易中,当单个违约出现以后,如果适用违约责任制度,就可能诱发更多的违约直至系统性违约。适用违约责任制度无法切断系统性违约的传染性,相反,它可能会促进系统性违约的形成和扩散:它使系统性违约的“导火索”得到司法机关的“证实”,潜在的违约于是明确为现实的违约,一个违约的确定将导致另一个或更多违约的确定,这将加快违约的传染速度;相关案例在传媒的宣扬之下迅速转化为市场信息,加剧市

[19] 参见朴英爱、田彪:《〈多德—弗兰克法案〉与特朗普政府金融监管改革》,《亚太经济》2017年第5期,第91页。

[20] Adam J. Levitin, In Defense of Bailouts, 99 Geo. L. J. 435, 453 (2011).

场价格的不利变化,使违约急剧扩散;同时也将影响人们对经济形势的预期,加剧人们的悲观情绪,使市场形势更加不利。于是,单个违约诱发群体性违约,最终可能诱发系统性违约。系统性违约如同森林大火,违约责任制度的适用不是灭火器而是巨大的吹风机,它不仅无助于灭火,相反,可能造成火势更旺。更为重要的是,违约及其责任会影响基础信用,并因为基础信用的崩溃而造成更为严重的系统性违约。一些金融信用是经济、社会信用的基石,这一基石的动摇会导致严重的违约后果。

第三,违约责任制度无法应对系统性违约,失去了其应有的过滤功能,行政责任与刑事责任成为惩罚系统性违约的重要制度,行政救市也成为重要的违约救济措施。国家无法容忍系统性违约的传染及其严重后果,往往会运用公法予以规制,此时,刑事责任与行政责任对违约的广泛干预就在所难免。系统性违约具有传染性,国家不能容忍司法的被动性而任其传染,更不能容忍司法的负面影响而促进上述传染性。国家可以不管一个合同的违约,但不能对一大群企业的违约及其传染视而不见。那样会导致经济萧条、社会动荡。系统性违约已经不再是一个简单的合同法问题,它是一个宏观经济问题、一个不可忽视的社会问题甚至是一个政治问题。司法因其被动性等而在应对系统性违约问题上存在缺陷,与系统性违约问题的复杂性和重要性形成了反差。

第四,违约责任制度对违约的事后处置,不足以解决和救济系统性违约的严重后果。这不仅表现为违约人资不抵债而无法实现违约责任制度的功能,还表现于金融领域的违约存在传染性,可能导致系统性违约并进一步扩大其规模,最终导致严重的经济与社会后果。

三 违约预防制度的内涵、类型与价值依据

从时间上看,对任何事故的应对有两种基本方法:事先预防与事后处理。从这种思维出发,金融法对系统性违约及其损害的应对,既可以采用事后处置的方法,也可以采用事先预防的方法。从合同法上看,事后处置的方法就是违约责任制度,而事先预防的制度是什么呢?

(一) 违约预防制度的内涵

金融法建立了违约预防制度来预防系统性违约。所谓违约预防制度,是指金融法中预防系统性违约的发生与违约规模扩大(扩散)的法律制度。从目标上看,该制度的主要目的是预防系统性违约,包括预防系统性违约的发生和违约规模的进一步扩大;从时间上看,该制度的作用时间是在系统性违约出现或扩散之前;从主体上看,该制度要求交易者群体主动地预防系统性违约的后果及传染性;从内容上看,该制度以违约预防措施为主要内容,是金融法中的专业性制度。

违约预防制度不同于违约责任制度。二者都是应对违约的方法,但是,二者存在根本性的区别:第一,二者作用的时间不同。前者是对系统性违约的预防,作用于系统性违约发生或扩散之前;后者是对已经发生的违约的处理,作用于违约发生之后。第二,二者的

目标不同。前者的目标是预防系统性违约的发生与传染;后者是处理单个违约的制度,没有考虑违约的系统性与传染性。第三,对金融领域的违约认识不同。前者认识到金融领域违约的系统性与传染性;后者以合同相对性为理论依据,推理得出违约的相对性,潜在的假设是违约没有系统性和传染性。第四,实施途径不同。前者运用一些事先预防的措施,这留待后文阐述;后者则运用赔偿损失、实际履行等措施。

一般合同法虽然没有专门的违约预防制度,但是其中大量规范具有附带性的违约预防功能。例如,合同法的诚实信用原则,要求有约必守、恪守承诺,该原则就具有一定的预防违约功能;合同法中的缔约制度要求要约与承诺的确定性,这对于预防违约具有重要的意义;合同法规定了要约与承诺的程序环节及其效力,均具有预防违约的功能;合同法运用大量的篇幅规定了合同的内容,这有利于明确当事人各方的权利义务,避免纠纷与违约;违约责任制度也具有事后威慑功能,其中可得利益的赔偿具有预防违约传染的功能,从而有助于预防事先的违约;合同法中的三个抗辩权即先履行抗辩权、同时履行抗辩权、不安抗辩权,也具有一定的违约预防功能,如此等等。一般合同法为金融法违约预防制度准备了基础,从这个角度看,一般合同法是违约预防制度的源头。

但是,金融法的违约预防制度与一般合同法中具有附带性违约预防功能的规范群落是不同的。前者是对金融领域系统性违约的预防,强调金融属性及由此产生的专业性;后者则是对一般违约的预防,它具有一般性而不具有专业性。前者针对性地预防系统性风险,这决定了它需要考虑相应违约的系统性、传染性,这要求金融法必须高度重视系统性违约的预防,进而要求建立专门性的违约预防制度;一般合同的风险常常不具有系统性、传染性,也就不需要建立专门性的违约预防制度。前者的预防对象是契约群的系统性违约,它着眼于契约群,并以防范系统性违约的形成与传染为重心;后者的预防对象则以单个合同的违约为限,且预防只是附带性目标,它始终受制于合同相对性原则,无意于预防系统性违约。总之,违约预防制度是金融法中专门针对契约群系统性违约的制度,它不同于一般合同法中普通的、非专业性的防范单个合同违约的规范群落。

正是因为这样,一般合同法存在“违约责任制度”及其他篇章,而没有“违约(责任)预防制度”之类的篇章。既有民事责任制度包括违约责任制度与侵权责任制度,形成了民事责任的二元结构体系。这种区分源于古罗马的《十二表法》,该法的违约责任属于第三表“债务法”的内容,而侵权责任则属于第八表“伤害法”的内容。其后,法国民法典等大陆法系民法典都如此区分。在既有合同法或侵权法之中,不存在与上述两大责任制度并列的民事责任预防制度。以我国合同法为例,其中没有要求对履行作出预备,只有担保合同制度是专门性违约预防制度,该制度通过一个合同的效力来强化另一个合同的效力。除此之外,合同法少有专门性的预防违约制度。

违约预防制度的功能不同于民事责任制度之中的预防功能,也不同于预防型民事责任中的预防功能。民事责任制度之中预防功能的实现方式,是通过科以民事责任来“惩前毖后”,而违约预防制度旨在通过事先的制度安排来防止系统性违约及其责任,而不是通过一个责任来预防另一个责任。民事责任的上述预防功能受到重视,有学者认为有必

要重视预防型民事责任,即重视停止侵害、排除妨碍、消除危险三种责任的预防功能。^[21]王泽鉴教授强调说:“损害的预防胜于损害的补偿。”^[22]这些思想是侵权责任法的思想,不是合同法的思想,且不是实质性的事前预防功能,仍然局限于事中的阻止与事后的恫吓,这与违约预防制度的预防方式存在本质性的差异。

合同法中没有“违约预防制度”之类的章节,但是,公司法对违约预防制度却并不陌生。公司信用制度一直是公司法的重要制度,公司资本制度、资本信用与资产信用的关系等均是公司信用制度问题。^[23]债权的实现决定于债务人的信用,而合同之债是债的主要形式。因此,公司信用主要是合同之债的信用。公司信用的保护制度也主要是公司的违约预防制度。公司资本制度、公积金制度等的基本功能就是预防违约,它们均是公司法中的违约预防制度。长期以来,人们未能将信用与合同直接联系起来,因而,未能揭示公司信用制度这一违约预防制度的真实面貌。值得强调的是,公司信用制度这一违约预防制度,所预防的违约并不是单个违约,而是公司对所有合同债权人的违约。公司因其原料采购合同、生产销售合同等会建立一个以公司为同一主体的契约群。^[24]一旦公司违约,就是对一个群体的违约。公司法因此建立了资本制度等以预防群体性违约。资本制度与公积金是所有公司的违约制度,但是,在一般公司的资本制度重要性降低之时,金融公司的资本制度反而日益严格。

(二) 违约预防制度的类型与功能

对违约预防制度进行分类,可以更清晰地了解这一制度的内容及其违约预防功能。总结现行法,并根据违约预防制度内容的差异,可以将违约预防制度分为履约准备金规范、资本充足率要求、杠杆率限制、流动性要求、信息披露制度、合同规模限制、关联度限制、系统重要性交易主体制度等类型。履约准备金规范要求交易者保留一定数量的履约准备金以预防违约,即为履行合同义务准备一定的资金,它包括存款准备金、保险法中的各种准备金等,它是一种通俗易懂的违约预防制度;资本充足率要求是所有金融公司共有的违约预防制度,它旨在对公司资本数量及其与债务等的比率作出规定,通过准备履约的资本并限制资产负债比等,达到预防系统性违约的目标;杠杆率限制包括杠杆率限度、杠杆率的计算公式等内容,它意在限定履行合同的资本与合同违约损失的比例,以达到预防系统性违约的效果;流动性要求包括流动性覆盖率、流动性比例、流动性缺口率、负债集中度等制度,旨在保障金融企业资产的流动性即以适当价格出售的能力,以便及时为履约提供资金,防止因流动性不足而导致的系统性违约;信息披露制度是金融法的一般性制度,它旨在缓解交易者之间的信息不对称,从而避免由此引发的系统性违约;合同规模限制是一种较为直接的违约预防制度,它直接限定交易的规模,包括单个企业交易规模的限制、最大持仓限额、大户报告、涨跌停板、慢走规则等内容,以限制因合同规模太大引发的违约

[21] 参见丁海俊:《预防型民事责任》,《政法论坛》2005年第4期,第126页。

[22] 王泽鉴著:《侵权行为法》(第1册),我国台湾地区三民书局1998年版,第10页。

[23] 参见赵旭东:《从资本信用到资产信用》,《法学研究》2003年第5期,第109页以下。

[24] 参见陈醇著:《权利结构理论:以商法为例》,法律出版社2013年版,第132页。

规模及其传染规模;关联度限制包括公司人格否认制度、关联交易限制、集中度限制、资产负债相关性限制、持股限制、分业经营制度、账户分离制度等制度,其特征是限制甚至切断不同主体或不同合同之间的关系,避免违约在不同主体或不同交易之间的传染,它旨在防范因过度关联而导致的系统性违约;系统重要性交易主体制度要求系统重要性金融企业履行特别的违约预防义务,防止其违约造成的巨大连锁效应,以防止“太大不能倒”及其违约传染。

尽管违约预防制度在各个金融法律制度中表现略有差异,但却是所有金融法的共同制度。例如,我国商业银行法规定了履约准备金规范、资本充足率要求、杠杆率限制、流动性要求、信息披露制度、合同规模限制、关联度限制等;我国保险法、证券法、证券投资基金法等也是如此。各个金融法律制度的违约预防措施可能侧重点会有所不同,例如,证券法比较重视信息披露制度,而保险法比较重视履约准备金与资本充足率制度,但它们都建立了一个较为全面的违约预防制度。近年出台的一些金融法律制度也重视违约预防制度。例如,《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》(银监会令[2016]1号)第3条、第30条、第31条规定了中介机构信息披露,第10条禁止增信(担保或者承诺保本保息),第17条限定了借款人单笔借款上限和借款余额上限,第35条规定了客户资金存管协议,这些规定分别从信息披露、关联度限制、借款合同规模等之上预防系统性违约;《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》(银发[2018]106号)第12条规定了信息披露制度、第13条与第19条禁止金融机构在资产管理业务中提供担保、刚性兑付承诺等风险承担承诺、第14条要求账户分离、第16条规定集中度限制、第20条规定资产负债比例限制,它们均是违约预防制度。2008年金融危机之后,各国纷纷建立预防金融危机(重点是预防系统性违约)的法律制度,其中美国《华尔街改革与消费者保护法》规定或强化了各种违约预防制度,要求系统重要性金融机构承担特别的违约预防义务等内容,可视为该法案的特色之一。

根据违约预防制度的特征,可以对其作出不同的分类,以揭示其不同的预防功能。根据合同缔约与履行的阶段不同,可以将违约预防制度分为缔约预防制度与履行预防制度,前者从缔约过程上预防系统性违约,后者从合同权利义务及其履行上预防系统性违约。根据金融企业重要性的不同,可以将违约预防制度分为系统重要性金融企业的违约预防制度与其他企业的违约预防制度,前者一般较为完备,后者则可以相对简略,以保持风险与预防措施相适应,防范系统重要性金融企业的“太大不能倒”。根据金融行业的差异,可以分为商业银行法的违约预防制度、证券法的违约预防制度等,这种分类有助于揭示不同金融行业法律制度在违约预防制度上的共性与个性。根据系统性违约的规模,可以将违约预防制度分为预防局部性系统性违约的制度与预防全局性系统性违约的制度,以便将违约预防制度与风险规模对应起来。如此等等。限于篇幅,不一一阐述。

违约预防制度在金融法中拥有重要的地位且受到强调。我国证券法、商业银行法、保险法等所有的金融法律制度都将预防金融风险或维持金融秩序作为其立法宗旨之一,这一宗旨一般规定于这些制度的第1条。例如我国商业银行法第1条将“保障商业银行的稳

健运行,维护金融秩序”作为其基本宗旨。违约预防制度是贯彻上述立法宗旨的基本制度,因而,违约预防制度也就成为金融法的基本制度。近年来,金融风险的预防受到前所未有的重视,相应地,违约预防制度的地位也日益重要。例如,《温州市民间融资管理条例》(浙江省人大常委会公告2013年第10号)第1条将“防范和化解民间融资风险”作为此条例的首要任务。这一类表述体现了近年金融法对风险预防的重视,也体现了违约预防制度的重要地位。

(三) 价值基础

违约预防制度是落实金融安全原则的基本制度,金融安全是违约预防制度的直接价值基础。有学者认为消费者保护、金融安全、金融效率应当同时作为金融法的三个基本原则。^[25] 另有学者认为,金融公平、金融安全和金融效率是金融法的三个基本价值。^[26] 对居于弱勢的消费者进行保护,这是公平的题中之义,因此,后一种观点更为适当。上述两种观点给出了金融法基本原则的主要内容,但是,如果在此基础上加入金融自由原则,或许更为全面。金融安全的反面是金融风险,违约预防制度是预防金融风险的制度,因此,它是保障金融安全的制度。在金融法中,违约预防制度居于重要的地位,且是金融法的共性制度,因此可以说,违约预防制度是落实金融安全原则的重要制度。这就为违约预防制度找到其直接的价值基础。

违约预防制度也契合于其他金融法原则。

其一,违约预防制度符合金融效率原则。金融危机特别是其中的系统性违约使很多投资者倾家荡产,陷于一贫如洗的境地;融资者可能因此而资不抵债或被追究刑事责任;系统性违约严重地破坏了合同法所依赖的信用基础,并可能造成金融灾难。系统性违约对任何一方均是没有效率的。金融法考虑到这一点,要求义务人遵守违约预防制度,从而减少众多投资者的损失,防范金融危机。从效率上看,违约预防的结果比听任违约要优越得多。事先的违约预防需要一定的成本,但是,在群体性违约频繁发生与事后责任造成巨大损失的情况下,责任预防是一种有效率的方式。^[27] 有学者认为,遵守金融法的成本(合规成本)包括其中的违约预防成本可以促使系统重要性金融机构剥离其高风险资产,从而达到预防金融危机与“太大不能倒”的效果。^[28]

其二,违约预防制度符合金融公平原则。正如一个人有义务为自己的汽车安装刹车一样,交易者有义务按照法律的安排防范自己的违约。违约必须承担违约责任,不能承担违约责任则必须预防违约,这符合合同权利义务相一致、合同应当履行等规则。

其三,如果承认金融自治是金融法的基本原则,那么,可以说,违约预防制度也符合金融自治原则。传统私法认为私人应当并且能够自治。在强调自治时不应当忘记,任何人

[25] 参见邢会强:《金融危机治乱循环与金融法的改进路径:金融法中“三足定理”的提出》,《法学评论》2010年第5期,第109页以下。

[26] 参见冯果:《金融法的“三足定理”及中国金融法制的变革》,《法学》2011年第9期,第93页。

[27] 根据汉德公式,当损害发生的概率与损害后果之积大于预防成本之时,行为人应当采取预防措施。参见冯珏:《汉德公式的解读与反思》,《中外法学》2008年第4期,第513页。

[28] See Aaron M. Levine, Joshua C. Macey, Dodd-Frank is a Pigouvian Regulation, 127 Yale L. J. 1336, 1402 (2018).

既然能够自治,就应当对自己的自治负责。具体到金融自治之上,就要求交易者承担金融交易的后果;如果无力承担金融交易系统性违约的后果,就应当进行违约预防。违约预防制度旨在预防金融自治对社会与经济的损害,防止违约影响第三人的自治。如此看来,违约预防制度符合意思自治原则,它只是在更长远的时间与更广泛的视野中考虑金融自治。

在考虑违约预防制度的价值基础时,应当考虑金融安全原则与合同法基本原则的关系。在商法之中,交易安全原则被当作商法的基本原则之一,这少有争议。^[29]但是,合同安全或交易安全却不是一般合同法的原则。我国合同法第 3 条至第 7 条分别规定了平等、意思自治、公平、诚实信用、公序良俗原则。在这些原则中,没有合同安全原则。但是,合同安全原则可以从诚实信用原则或公序良俗原则之中推理而出。1919 年至 1923 年间,德国发生了恶性通货膨胀,债务人常常用几乎毫无价值的现金清偿长期债务,德国最高法院以德国民法典第 242 条的诚实信用原则支撑了危机,从此便产生了帝王条款诚实信用以及交易基础消失理论。^[30]这说明,帝王条款就是为了保障金融安全与金融公平而产生的。同时,金融风险是金融秩序的敌人,因此,保障金融安全也是维持公共秩序的基本内容。一般合同没有金融交易那样明显的系统性,合同法也就没有提出明确的交易安全原则,但是,金融交易容易形成系统性违约,金融安全原则与违约预防制度也就非常必要。可见,违约预防制度与金融安全原则不过是根据金融交易及其违约特征对一般合同法制度及其原则的发展。

四 违约预防相关制度完善

(一) 建立金融法违约应对制度的新体系

根据上文的理念可以确立金融法违约应对制度的新体系。金融法的违约应对制度应当包括违约责任制度、违约预防制度与前文所述的公法制度。这一制度因为加入违约预防制度而与传统制度有所不同。其中,违约预防制度用以调整系统性违约,其目标在于预防这类违约;违约责任制度用以调整非系统性违约。在违约应对中,也不完全排斥上文所述的公法制度。这样,金融法就有望建立多元化的违约应对制度。

在金融法的立法与适用中,应当强调违约预防制度在金融法违约应对制度中的“过滤”功能。救市是应对 2008 年金融危机中系统性违约最强有力的措施,但它存在严重的弊端。救市会导致“太大不能倒”,产生道德风险、破坏竞争秩序、产生巨额财政负担以及导致金融系统崩溃等问题。^[31]行政处罚与刑罚是我国应对民间融资中系统性违约的重要措施,但它也存在严重的缺陷:二者均具有很大的强制性。根据刑法谦抑性原理,应当尽量运用温和的法律制度,即尽量运用前文所述的“第一次法”的适当调整,而不是直接

[29] 商法基本原则的综述,参见张秀全:《商法基本原则研究》,《现代法学》1999 年第 5 期,第 61 页以下。

[30] 参见[德]罗伯特·霍恩等著:《德国民商法导论》,楚建译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 153 页。

[31] 参见伏军:《论银行“太大不能倒”原则——兼评美国〈2010 华尔街改革与消费者保护法〉》,《中外法学》2011 年第 1 期,第 198 页。

适用行政处罚与刑罚。“刑事制裁既是人类自由的重要保障,同时也是人类自由的主要威胁。”^[32] 如果不愿意将行政处罚与刑罚过度延伸至违约领域,就应当强调违约预防制度在立法与适用中的“过滤”功能。违约预防制度提供了违约应对的另类选择,从此,应对系统性违约有两种基本的金融法措施:事先的违约预防与事后的违约责任追究。系统性违约毕竟是违约,而违约毕竟是一个合同法性质的问题,必须着重考虑合同法的应对措施。违约责任制度无力应对系统性违约问题,行政处罚与刑罚制度乘虚而入,这是可以理解的。根据人文主义精神,法律制度应当选择尽可能温和的方法处理法律问题。但是,在强调法律制度的温和性之时,不能够忽视法律制度的有效性。具体到合同法制度对系统性违约的应对之上,那就是合同制度能够提供一个比较有效的制度来应对系统性违约,才能减少公法对系统性违约的处罚。如果合同制度不能提供一个行之有效的应对方法,那么,进行严格的金融监管或采用严厉的刑罚也就符合谦抑性等原则。违约预防制度通过合同制度的事先预防来应对系统性违约,这为金融法应对系统性违约提供了路径,这维护了金融法合同制度在调整金融交易中的基础性地位,进而为适度限缩金融监管和金融刑法提供了可能。一旦建立了可行的违约预防制度,行政法和刑法就应当适度退后。

在金融法合同制度建设中,应当运用违约预防制度打破“放任—禁止”的双重循环。金融创新是金融市场的活力所在,但金融创新可能导致系统性违约,甚至导致大量群体性事件,从而导致严厉的禁止。长期以来,我国金融交易徘徊于这种“放任—禁止”双重循环之中,呈现出“一放就乱、一管就死”的景象。从粗略意义上说,一部金融刑法,就是一部禁止金融群体性交易的刑法。如果存在旺盛的交易需求,即使禁止,也会出现屡禁不止的局面。如果一类群体性交易是金融生活之中必不可少的群体性交易,而合法的途径又没能提供充分的替代性交易,那么,屡禁不止就会成为必然的现象。在上述“放任—禁止”双重循环之外,违约预防制度提供了一种新的方法,即在允许金融交易的同时,要求交易者对系统性违约进行预防。这就超越了“放任—禁止”的双重循环,呈现了“允许—预防”的新思维。允许金融交易,这可以发展金融自由;要求交易者进行违约预防,这可以保障群体性金融交易的安全。这样,违约预防制度就能够为金融法兼顾金融自由与金融安全作出贡献。

(二) 制度构建中的同时性原则

金融法在构建合同制度之时,必须同时构建违约预防制度。此即金融法合同制度构建中的同时性原则。对金融交易的调整,人们较容易想到建立传统合同制度特别是违约责任制度,但却难以想到建立违约预防制度。违约预防制度的滞后或缺位,会导致三种结果:一是容易导致系统性违约及其损害;二是招致刑法与行政法对其风险的规制,以公法预防、救济与惩罚系统性违约及其损失;三是招致对此类交易的禁止,即完全不允许此类交易的存在。如果要开放某些金融交易群体,那么,在建立违约责任制度的同时,也需要建立相应的违约预防制度。前者用于处置非系统性的违约,后者用于预防系统性违约。

[32] [美]帕克著:《刑事制裁的界限》,梁根林等译,法律出版社2008年版,第363页。

如同汽车要同时拥有发动装置与制动装置一样,金融法合同制度必须注意同时构建上述两个制度体系,才能保障金融交易途径的存在与安全。

金融法在调整金融创新之时,尤其要注意同时构建违约预防制度。人们对融资的渴望会促进金融创新,而金融创新与金融科技会促成新的融资模式,以满足私人的融资渴求。从合同法上看,金融创新与金融科技均是合同类型的创新,即创设新的合同类型。要保障上述融资途径的安全,就必须创新违约预防制度。程序化交易、大数据技术、其他新科技等不断地创新融资合同的模式,也给既有的违约预防制度带来新的挑战。这一过程,从价值观上看,应当既是金融自由的拓展过程,也是金融安全的拓展过程;从金融法上看,应当既是融资合同类型的拓展过程,也是违约预防制度的拓展过程。在金融创新或金融科技出现之时,如果不及时拓展违约预防制度,就难以预防系统性违约及其损害,进而导致公法的规制或禁止。我国金融供给还存在严重的不足,需要金融创新与金融科技来创设各种融资合同模式。我国金融法必须及时跟上创新与金融科技的步伐,及时拓展与创新自己的违约预防制度。

上述同时性原则是拓展金融法融资法律途径的安全保障。这主要包括三个方面的内容:

其一,在加强其违约预防制度的同时,适当降低既有金融法融资途径的资格与条件。融资资格与条件是对融资“入口”的限制。单一地依靠这一“入口”限制,而忽视多样化的违约预防制度,就会将融资资格或条件抬得过高。这一方面形成了强者对融资的垄断,另一方面将那些初始条件较差的融资人排除在外。金融法应当运用多种违约预防制度对违约进行预防,而不是仅仅通过资格或条件限制来保障金融安全。近年来,我国金融法中的证券发行注册制与科创板上市制度的探索、利率限制的放开、金融实验区的制度实践等做法,在降低融资资格或条件方面作出了努力。这些努力值得肯定,但仍然需要推进到其他领域。在降低上述资格或条件之时,一定要加强违约预防制度的建设。否则,融资合同的系统性违约将成为终止上述改革的理由。

其二,在同时构建违约预防制度的基础上,逐步开放一些原先禁止的融资合同。无论是在证券、票据种类等传统领域,还是在金融衍生品交易等较为现代的领域,我国的融资合同类型都比发达国家明显少了很多。我国禁止大量的融资合同,融资途径太少成为我国金融短缺的重要原因。为了解决融资法律渠道太少的问题,一方面要开放一些被禁止的渠道,另一方面要同时构建违约预防制度并提高监管能力。禁止是杜绝系统性违约及其损害的方法,但这是一种因噎废食的方法。金融法应当通过违约预防制度的加强逐步开放禁区,增加融资渠道。

其三,增加新的融资法律途径,同时拓展新领域的违约预防制度。应当说,网络金融借助于大数据为融资提供了新的、极为快捷的路径。但是,由于违约预防制度没有及时跟进,最终出现了众多的系统性违约而不得不运用刑法予以禁止或限制。金融法应当运用大数据的优势,加强违约预防制度的建设,在此基础上承认上述新型融资渠道的合法性。

(三)其他建议

除了上述建议之外,针对我国违约预防制度的现状,还提出如下建议:

其一,梳理并适度整合既有的违约预防规范。我国商业银行法、保险法、证券法、证券投资基金法等各个金融法均有各自的违约预防规范,其中违约预防规范因为长期缺乏明确的理论建构而散在于各处。应当梳理上述各种违约预防规范,并对之进行适度的整合,以增强其体系性,减少重复、空白与混乱。

其二,将违约预防制度纳入合同制度之中。因为违约预防概念与理论的缺位,人们未能厘清违约预防制度与合同制度的关系,而将之置于金融法的不同位置。这割裂了违约预防制度与合同制度的联系。例如,在保险法中,合同权利义务等制度在保险合同制度之中,而保险合同的违约预防制度则在保险公司的偿付能力、经营风险控制等制度之中。虽然保险法具有一般合同制度与违约预防制度两个内容,却没有认识到二者的体系性,从而将之分置于两处。这种分置割裂了保险合同制度的内在联系,不利于理解违约预防制度与合同制度的关系。因此,建议将违约预防制度置于合同制度之下,例如,在保险法中,将二者统一于保险合同制度之下,进而阐述违约预防制度。

其三,研究与建立违反违约预防制度的民事责任。对违反违约预防制度的行为,目前主要规定了行政责任,例如商业银行法、票据法、证券投资基金法等“法律责任”部分多是如此。对违反违约预防制度的行为,也需要追究其民事责任。其理由是:违反违约预防制度所承担的民事责任不能为刑事责任或行政责任所替代或排挤;从时间上看,违约预防制度不过是将合同法调整的时间提前,即从调整违约到预防违约,因而,仍然具有合同法属性;从权利义务上看,预防系统性违约是当事人的民事义务,这类义务是合同履行义务的合理延伸,因而违反此义务应当承担相应的民事后果;从法益上看,违约风险属于商业风险,与商业保险具有相同的法益,违约预防义务具有明确的法益属性,因而违反行为会造成法益上的损失;预防义务人与受益人群体双方是平等主体,它们属于金融私法调整的范围。公法可以对上述义务进行规制,这并不影响上述义务的金融私法属性。既然违约预防是民事义务,违反此义务就应当承担民事责任。违反违约预防制度的民事责任与违约责任应当成为并列的合同责任形式。

在上述梳理与整合之中,金融法应当注意金融交易风险与违约预防制度之间的适宜性,即建立与交易风险相适应的违约预防制度,避免风险的预防过度与预防不足。主要涉及以下几方面。

一是,根据金融企业及其违约系统重要性的差异,建立不同的违约预防制度。对于违约规模较小的金融交易,金融法可以对其予以豁免,即不要求建立违约预防制度;对于违约规模较大的金融交易,金融法应当要求其建立与上述规模相应的、不同层次的违约预防制度。2010年美国《华尔街改革与消费者保护法》根据违约可能性及金融机构的违约风险等确定系统性风险与系统重要性金融机构,并要求其建立更为严格的违约预防制度。^[33]这成为一个公认的分类预防方法。我国商业银行法、保险法、证券法等均建立了违约预防制度,但没有要求系统重要性金融企业建立特别的违约预防制度。迄今为止,我

[33] 参见隋平著:《奥巴马新政:美国〈Dodd-Frank法案〉评析》,法律出版社2011年版,第247页以下。

国还没有国内版的系统重要性金融企业的认定标准,也没有建立相关违约预防制度。有学者提出,我国应当由中国人民银行牵头来界定系统重要性金融企业。^[34] 这一建议值得重视。除了界定之外,更重要的是制订与风险相适宜的违约预防制度。

二是,根据各种金融交易的风险特征,建立适合于其违约特征的违约预防制度。尽管金融违约具有系统性,但是,存款合同、借款合同、保险合同、证券交易合同、期货合约等各种合同的违约既有其共性,也有其个性,因此,在建立共性违约预防制度的同时,也应当建立适宜于个性的违约预防制度。目前,保险合同、证券交易等传统金融交易领域的个性化违约预防制度已经成型,但是,网络金融交易、资本管理合同等新领域的违约预防制度还处于探索阶段,还需要根据其交易特征不断予以完善。

[本文为作者主持的 2017 年度国家社会科学基金后期资助项目“金融法违约预防与违约处置制度研究”(17FFX020)的研究成果。]

[**Abstract**] The breach of contract should be dealt with by the system of liability for breach of contract. However, financial law often prohibits breach of contract and avoids applying the above system, but instead uses public law measures to punish or remedy breach of contract. The system of liability for breach of contract has limitations and is unable to cope with systemic breaches and the resulting contagiousness in the financial sector. The application of the system may trigger and aggravate systemic risks. The Financial Law has established a breach prevention system to prevent systemic breaches and implement financial security principles in such aspects as performance reserve, capital adequacy ratio, leverage ratio, liquidity, information disclosure, contract size, relevance, and systemically important financial institutions. The Chinese financial law should incorporate the breach prevention system into the financial contract system to make up for the defects in the system of liability for breach of contract, and improve the breach prevention system in such aspects as systemization, civil liability system, etc.

(责任编辑:姚 佳)

[34] 参见伍巧芳著:《美国金融监管改革及其借鉴:以次贷危机为背景》,北京大学出版社 2013 年版,第 244 页。