

【文章编号】1002—6274(2019)02—115—14

我国保险业风险处置的制度构建研究^{*}

孙宏涛

(华东政法大学经济法学院,上海 201620)

【内容摘要】保险是经营风险的行业,而保险业本身也承担着巨大的风险。可以说风险是保险赖以生存的前提和基础,没有风险也就没有保险。近年来,“放开前端,管住后端”的监管思路对我国保险业风险处置机制提出了更高的要求,然而实践证明我国保险业的风险处置仍然存在发展较为滞后、制度尚存漏洞等问题。因此,如何借鉴域外经验,完善制度框架与风险处置措施以及如何建立完善的保险保障基金机制成为亟待解决的问题。

【关键词】风险处置 问题保险公司 制度框架 风险处置措施 保险保障基金

【中图分类号】DF438.4 【文献标识码】A

当前,我国金融业发展是不平衡的,“银行一支独大,非银金融边缘化”的不正常状态时常发生,而银行也在资产规模、盈利水平、客户数量等方面远超非金融行业。股票市场和债券市场发展也不平衡,股票市场重视融资功能却忽视中小股民的利益,挪用保证金、挪用客户国债、违规委托理财等三种行为是证券公司被风险处置的主要依据。与此同时,法规在现实生活中,诸如高杠杆、高负债、高运行成本等对经济发展产生严重制约的问题,很大程度上与这些年经济发展过程太在意发展速度、发展规模、发展数量有关。^[1]而作为近年来实现了跨越式发展的保险业,其特点决定了保险业本身承担着巨大风险,虽已得到进一步深化改革与扩大发展,但保险业的风险却也在不断累积。^[2]《中国保险业风险评估报告 2017》指出,2016 年保险业风险形势复杂多变,流动性风险、公司治理结构不完善、外部传递风险等多种风险交织。^[3]保险业作为经营管理风险的专门行业却似乎成了“风险制造者”,为保持保险业健康稳定的发展,建立完善的保险业风险处置的法律机制就显得尤为重要。

一、我国保险业风险处置概述及其所存在的问题

(一) 保险业风险处置的概念

金融机构的风险处置尚且无确切的解释,而“风

险处置”一词正式首见于国务院 2008 年 4 月颁布之《证券公司风险处置条例》,其中第二条与第三条对证券公司的风险处置进行了界定:在我国,证券公司风险处置是指证券市场相关监管部门或相应的政府管理部门依据有关法律、和政策规定,按照一定程序采取有关措施对证券公司风险进行释放、控制、化解和防范的过程。^{[4]P30}由此,基于本文希望通过立法建议完善我国保险业的风险处置,我们大致可以推导得出,保险业的风险处置即为:银保监会等保险监管机构依据相关法律与政策规定,对出现问题的保险公司通过监管措施,维护保险利益并稳定金融市场的行为。

(二) 保险业风险处置之立法概述

从上世纪 80 年代我国保险业恢复以来,我国尽管经历了数次全球性金融危机,但未出现一例保险公司破产事件。这并非因中国保险市场风险小,相对安定。与之相反,行政强制力予以救济。原因在于保险产品渗透到社会各领域,切实关系民生的社会公共效应使得政府在某种程度上被劣质保险公司“绑架”,政府迫不得已为保险机构提供隐形担保。可此种为保证行业安全的无奈之举,具体而言,既有悖于市场公平竞争之真义,侵犯纳税者权益,也会变相诱使道

^{*} 基金项目:此文系 2013 年度司法部国家法治与法学理论一般项目“环境责任强制保险制度研究”(项目编号:13SFB2029)、最高人民法院 2018 年度执行研究项目“股权、合伙份额等投资权益执行疑难问题研究”的阶段性成果。

作者简介:孙宏涛(1978-),男,山东济南人,民商法学博士、经济法法学博士后,华东政法大学经济法学院教授,研究方向:保险法与公司法。

德风险的增加,造成保险行业内部风险的不断积聚,不利于保险业长期发展。该种恶果在社会的负面效应层面上与政府为追求市场效率,完全放任保险企业,让其自身自灭并没有实质差别。面对两难困境,极端性的放任或兜底都不可取。值得说明的是,对市场主体的偏好或选择持完全尊重态度,并不意味着政府不能采取措施去减少风险。^[5]换而言之,若在市场化的背景下,政府能把握住适合的角色定位,在“放任”与“兜底”间寻求好平衡,进而从计划经济延续下的直接管理者身份转变为指导者的身份,则长期困扰保险行业,甚至金融行业的问题可以得到解决。

事实上,我国保险业的相关立法和行政法规也证实了政府在对保险业风险处置问题的态度。目前,针对保险业风险处置问题,我国通过《保险法》、《破产法》、《公司法》、《保险保障基金管理办法》、《保险公司偿付能力管理规定》等法律法规和部门规章,建立了包含市场、行政、司法的多层次风险化解方式和市场退出机制。前者具体包括:一是规定在《公司法》中的市场方式——并购重组;二是规定在《保险法》中的行政方式——行政限制措施、整顿及接管;三是规定在《破产法》中的司法方式——重整和和解。后者具体包括解散清算、撤销清算和破产清算。多层次风险处置基本框架的确立和保险保障基金等配套措施的搭建确保了政府在处理保险业危机的多元选择——即可让劣质保险公司合理退出,又存在方法保证“大而不能倒”,从而控制保险业危机的负面效应。但立法者美好构想在复杂实际中遭遇了困境,顶层立法设计对可操作性的忽视要么给予了执行者过多自由裁判空间,要么导致了执行者的思维混乱。

(三) 保险业风险处置中所存在的问题

1. 启动程序

我国自2008年《保险公司偿付能力管理规定》颁布以来,一直采用以偿付能力为核心的风险识别标准。根据保险公司偿付能力不足的具体情形,相应部门会采用不同的处置措施。可此机制的有效开展需要前提,即问题保险公司等价于此保险公司偿付能力存有不足。事实上,将二者混为一谈是不恰当的。问题公司也可以是资产充足,且能完全偿还负债的公司。^[6]并且,不同于一般企业,即使保险公司因经营失败而影响了偿付能力,其也可通过低费率和高佣金继续筹措新的现金流,将问题暂时的遮掩。结果便

是,当保险公司出现支付危机时,其面临的问题实际上已远比一般支付危机严重,进一步恶化的偿付能力大概率会产生破坏力更强、代价更大的后果。^{[7]P9-17}片面、迟缓甚至是不真实的预警结果折射出以偿付能力不足为风险处置措施的启动标准在面临保险业风险时的乏力。

此外,偿付能力监管体系自身的不足同样值得注意。虽然自2016年起,“偿二代”计划的正式实施代表着保险监管导向以“规模”向以“风险”的转变,明显改善了保险公司的偿付能力和风险抵御能力。^[8]可伴随着“偿二代”监管体系的实施,统计数据真实性、有效性会对监管效果产生更大的影响。专业风险管理人才的缺乏、信息披露机制的不健全、相关配套制度的不足等老问题势必会对风险监管带来更多的阻碍。

2. 风险化解方式

(1) 市场方式。并购重组,作为谈判双方在平等自愿基础上达成合意的商业选择,不仅是市场经济条件下最常见的公司自我调整现象,亦是保险公司针对偿付危机的极佳解决方案之一。但其实,保险公司的风险并未因并购重组而消除,只是被增大的资产规模所掩盖。若并购重组双方因股权结构复杂等原因为谈判及存续公司的运营带来困难,其所造成的社会影响会更大。瑕不掩瑜,国外立法及实践亦可证明此点。美国、英国、澳大利亚等发达国家均将并购重组作为保险业风险处置的重要手段之一。可相较于境外发达国家保险市场的活跃,我国保险市场的公司并购现象较为少有。国内首例保险公司合并案发生于2010年,同业收购直到2014年《保险公司收购合并管理办法》的出台才不再是保险公司的禁区。有限的保险公司并购经验和惯性的行政干预思维使得并购重组的风险处置方式常被风险处置参与人所忽略。从此层面而言,在一定程度上,作为风险处置有效措施之一的并购重组在《保险法》的未有提及造成了行政手段于风险处置过程的过多采用。如何提升市场方式于风险化解中的运用应值得立法者思索。

(2) 行政方式。一方面,《保险法》的相关规定虽具体,但过于抽象,使得监管机构掌握了过多的自由裁量权。具体体现在:其一,针对行政限制措施,《保险法》第138条详细规定了多达10项的行政限制措施,既包括资产结构的调整,也包括负债规模的压缩,

还包括所有者权益的限制和经营成本的压缩。^[9] 整体而言,10项行政限制措施为问题保险公司的偿付能力构建了多元、具体的提升渠道,足以适用于不同处理情形。但是,可操作性的缺失使得一系列行政措施难以发挥其应有之效。一是不同限制措施的适用情形和适用顺序并未在条文中明确。《保险法》第138条所规定的“国务院保险监督管理机构”可以根据具体情况采取下列措施赋予了监管人员过多的措施选择权。若监管人员滥用此权利且不受到法律制约,或会对整个社会秩序造成极大的破坏。以其中“责令转让保险义务”为例,保单的转让不仅涉及转让方和被转让方,还涉及保单的权益者,影响范围广大。二是监管措施是否可叠加? 叠加措施数是否有限制? 这些疑问也不得而知。三是结合《保险法》第139条,除却其提及的违反会导致“责令限期改正”的情形,其余诸如“限制商业性广告”情形的违反后果是什么? 在实施该些措施无效之后,是否可继续实施其他措施以作替代? 《保险法》第138条的“具体情况,具体对待”的概括式做法让该些措施的使用变得随意,难以运用。其二,针对整顿,《保险法》第140条到143条将其作为“逾期未改正”的行为后果,从条件、主体、权限及结果等方面做出规定。但问题在于第140条在未区分违规情节之轻重的条件下统一将违规保险公司纳入接管的适用范围。根据此条款,计提90%的责任准备金和未计提责任准备金的保险公司均需被采取接管措施,此举对部分保险公司公司有失公平。此外,该些条文本身用词的边界模糊亦加大了行政措施采用的不确定性。例如,整顿组人员如何选取? 整顿期限是否有限制? 可停止的部分原有业务具体指那些? 正常经营状况的标准为何? 其三,针对接管,部分条文细节付之阙如的现象同样出现。在涉及接管的《保险法》第144条到第147条中,何谓偿付能力严重不足? 其与偿付能力不足的区别何在? 可能严重危机或已经公司偿付能力的判断标准又为何? 接管组由哪些机构组成,职权范围多大? 接管期间公司的内部管理制度是否及会发生哪些变化? 这些不明确之处给接管程序的有效运行造成了实质上的阻碍。

另一方面,托管、行政重组措施未在《保险法》被明确规定。我国《保险法》虽未将托管、行政重组措施纳入问题保险公司的监管措施里。但二者为问题

公司处置、化解风险的常见措施,被广泛的运用在证券公司风险处置实践中,并且,已成功的在我国保险公司的风险处置实践中收获良好成效。在中华联合风险处置实践中,自中华联合保险公司于2007年暴露大规模风险起,监管机构先后进行了多次外资增资扩股工作和中资市场化重组的积极尝试,均未果。直到2009年3月,经保监会、保障基金公司与新疆建设兵团国资委的多次沟通协商,决定由保障基金公司托管中华联合主要股权,逐步向中华联合注入保险保障基金,并通过无偿受让、置换、收购员工股等方式进行股权重组,对公司治理结构进行规范及完善,中华联合保险经营方呈转好态势。从保险公司风险处置的实际需要来看,托管具有管理团队更为专业、不改变企业产权关系等特点,而且可在《金融机构撤销条例》第12条和第37条等规定找到保险公司开展托管制度的法律依据。对行政重组而言,其虽仅出现在《证券公司风险处置条例》且由于地方保护主义的存在或出现资源流动受限制等弊端,但其利好之处在于方便保险市场资源的整合,有利于提高保险业资源配置的效率,故出于保护保单持有人利益的目的,参照《证券公司风险处置条例》对问题保险公司采取注资、股权重组、债务重组、资产重组、合并或者其他方式进行行政重组是完全可取的。尽管“法无禁止即可为”,托管、行政重组措施在《保险法》中的未明确规定并不意味着该两种措施不可被保险公司风险处置所采用,但未有提及代表着行政部门在采取此些措施时无法可循,特别是在一些关乎参与方利益的问题的解决上,例如托管组和保险公司的股东会、董事会的关系如何协调? 动用公共资源对个别机构进行补贴或购买其不良资产是否是对其他问题保险公司和民众的不公?

(3) 司法方式。根据《保险法》第90条,保险公司及其债权人可依法向人民法院申请重整或和解,国务院保险监督管理机构亦有权依法向人民法院申请对保险公司进行重整。由此可知,立法者即使是在市场方式、行政方式屡屡受挫后,依然心怀社会利益,期望通过重整或和解对问题保险公司给予最后一次拯救。相较于行政方式,重整和和解的司法方式存在下述优势:一是通过“分组表决且三分之二债权人同意”即可的决议模式,无需满足每位债权人利益诉求,谈判难度较小;二是重整或和解计划受司法保障

力所保护,成功率高。但由于重整和和解作为我国《企业破产法》确立的司法救治方式,受《企业破产法》所约束,而金融机构与一般企业不同,《企业破产法》对重整、和解的一般规定并不完全适合处置保险公司风险。例如金融机构较一般企业更为复杂,重整期限是否需要延长?金融机构债权人类别分组是否应与破产法种的一般债权人类别组不同?金融机构重整计划通过后的执行监督问题该如何解决?^[10]

3. 市场退出机制

较撤销清算和破产清算,解散清算受《公司法》规制,基于公司内部自主决策,基本不适用于问题保险公司。故针对问题保险公司,撤销清算和破产清算是保险业风险处置的最后途径。但可操作性缺失同样存在于二者的立法设计中,对于前者,虽根据《保险法》第149条,当保险公司出现撤销情形时,由国务院保险监督管理机构予以撤销并组织开展清算工作,撤销清算的负责机关和适用条件均被149条明文规定。但偿付能力低于多少会到达不予撤销将严重危害保险市场秩序、损害公共利益的程度?依法组织清算是否依照何法?若依照《公司法》开展撤销清算,清算组的产生办法、职权及债权清算顺序是否也同一般公司的撤销清算一致?《保险法》未予解答。

对于后者,保险公司破产法规的立法欠缺不仅给重整和和解程序的开展带来了阻碍,同样给破产清算的执行人带来了困扰。《保险法》和《破产法》作为高位阶立法,规定的大多是概括性处理原则,自然就难以兼顾保险公司破产的特殊问题。具体而言,保险公司的破产条件是否应同一般公司破产条件相同?财产保险合同和人身保险合同是否均可适用管理人的挑拣履行权?保险公司的破产财产范围及清算顺序等是否同一般公司破产清算相一致?等等。面对此立法缺失,是效仿《金融机构撤销条例》制定针对全体金融机构的破产条例,还是单独针对保险业出台破产条例,立法者宜尽快做出选择并着手立法工作。

4. 保险保障基金制度

尽管保监会早在2004年已颁布《保险保障基金管理办法》,保险保障基金制度也经历过新华人寿、中华联合等风险处置实践,但过于原则化、操作性缺失、政府过度参与等老问题亦出现在有关保险保障基金的立法与实践中。一是《保险保障基金管理办法》对“保单利益”、“保单持有人的损失”等概念的定义

不清。^[11]二是保险保障基金的救济标准仅被粗线条的勾勒,在赔偿限额、险种范围、不同险种间是否有区别等问题上未具体指明。三是保险保障基金公司的职能定位模糊。例如根据《保险保障基金管理办法》,除救助保单持有人、受让保单外,保险保障基金还有权检测保险业风险,参与风险处置工作等。可《保险法》、《破产法》等法律、法规未对保险保障基金的其他身份(如破产管理人)进行规定。四是监管机关习惯性的将保险保障基金公司可支配的权利纳入自身职权范围。^[12]虽说保险保障基金是保险公司自我募集形成的行业互助性质的法定基金,保监会应对该基金行使监督职能,但基金是介于监管与市场之间的主体,按照一个部门的方式去管理它,就丧失了它作为独立机构应有的效率,其立意将大打折扣。^{[13]P128}

此外,基金救助区别对待产险受让公司的做法并不合理。《保险法》第100条第2款和《保险保障基金管理办法》第18条仅明确,基金可对人寿保险的保单受让公司提供救助,只字未提其可对财产保险的保单受让公司提供救济。单从立法条文分析,此规定与财产保险合同无强制移转的立法规定甚是相关。《保险法》第92条明确规定了人寿保险合同指定移转制度,但未对同样情形下非寿险保险合同的转让及效力做出特别规定。与寿险相较,大多数短期的财产保险合同终止后,投保人再加入保险且获得同等的保险保障并不困难。^[14]因此,有学者认为与其强制性地要求财产保险合同存续,还不如把保险保障切换到其他更加稳健的保险公司的做法对保单持有人的权益更加有利。^[15]但不容忽略的事实是对财产保险合同延续性的切断并不利于对保单持有人权益的保护。因为即使财产保单持有人享有优先受偿权,持有人也难以保证获得应有债权的全部救济。再退一步而言,即使财产保单持有人获得全部的债权受偿,其也需花费额外时间、精力去与其它家保险公司订立新保险合同。因此,允许财产保单移转处置且准予保险保障基金向财产保单受让公司提供救助是出于保单持有人权益保护考虑的更好选择。

5. 衔接程序

整体而言,完整的保险业风险处置制度包含风险预警、风险化解、市场退出及保险保障基金四种机制。但由于我国目前规范保险业风险处置的规定散见于《保险法》、《破产法》、《公司法》及其他部门规章中,

系统规定的缺乏自然使得保险公司、监管部门等相关人在风险处理时难有清晰思路。其中,机制彼此间的断裂更加剧了风险处置的难度,特别是行政程序与司法程序之间和保险保障基金的使用情形上。就前者而言,在行政程序向司法程序的转化过程中,是否转化的大权把握在国务院保险监督管理机构手中,《保险法》等相关立法并未规定问题保险公司的债权人(包括保单持有人)、债务人是否有权直接向法院申请实施司法程序,也未置可否撤销清算是否为破产清算的必要前置条件。就后者而言,《保险法》第 100 条仅明确规定了保险公司在被撤销或者被宣告破产时可获得保险保障基金的救济。“被宣告破产”多特指法院所做出的最后裁定。结合上下文,此处的宣告破产更可能指包含重整、和解及破产清算的广义破产概念。若是如此,《保险保障基金管理办法》第三条所采用的“被依法实施破产”是否表述更为妥当?此外,例如保障基金公司受让保单持有人债权的情形下申报债权能否优先受偿?等问题也需要在立法中明确。基于上述考虑,制定保险公司风险处置规范性文件具有现实的紧迫性。事实上,于国外,美国有《保险人重整与清算示范法》、《统一保险人清算法》。其余如英国、日本、加拿大也均针对保险公司风险处置颁布单独文件的立法经验。于国内,已有的《证券公司风险处置条例》和正起草的《商业银行破产风险处置条例》亦证明了保险业风险处置条例的必要性。

二、域外保险业风险处置的立法经验

为了维护保险市场的稳定,世界上许多国家都已建立严格的金融保险监管制度。针对保险业的风险处置,各国也已有相对成熟的法律规范与立法经验。当然,由于各国经济、政治、文化制度的不同,其风险处置立法制度也有所不同。下文将针对各国关于保险风险处置的不同立法制度进行研究,为我国保险业风险处置提供立法建议。

(一) 美国

美国是世界上金融保险市场最为完善的国家之一,对金融风险的处置也有着较为丰富的经验和研究。尤其是美国金融业在 20 世纪以来经历了四次比较严重的危机,给美国的风险处置带来了不小的变化。美国保险风险处置主要经历了“保罗诉弗吉尼亚”、“舒尔曼反托拉斯法案”、“东南部承保人协会判决”、“麦卡伦·弗格森法案”、“Gramm—Leach—

Bliley(GLB) 法案”等一系列的法律判决和法律事件,最终形成以州政府为主体,联邦政府为重要补充的双重保险监管制度。^{[16]P65}在美国保险监管制度下,州政府和联邦政府各自拥有保险立法权和监管权。50 个州都设立了专门的监管机构——州保险署,除此以外,州保险署的行政长官称为保险监督官。个别州也有设立综合性监管部门,例如华盛顿特行政区的保险和证券监管局等。而关于保险业的主要法律规范也不胜枚举,包括由美国统一州法委员会于 1939 年制定的《保险公司统一清算法》、美国保险监督官协会(NAIC)于 1978 年、1993 年及 2005 年先后制定的《保险公司重整与清算示范法》、《风险资本监管示范法》和《保险公司接管示范法》。其中,《保险公司重整与清算示范法》还具体规定了包含停业、补救、监督、重整及清算的风险化解方式和包括合并、兼并及破产的市场退出路径。

在美国保险业的风险化解方式中,美国保险监督官所采取措施的评判依据主要为 PRC 监管标准,即 NAIC 通过风险资本比率将保险公司划分为 5 种等级,并对应采取不同措施(具体参见表 1)。其中,一些州允许监管官在全面监测发现保险公司经营可能会危及保单持有人利益,有权要求保险公司采取补救措施。所要求的补救措施范围广泛,包括但不限于限制业务范围,对费用、分红及对外投资进行限额,增加信息披露力度,提升资本金和盈余等。保险公司有权利就此举行听证会。同样,若保险公司对政府的行政监督决定有不认可之处,虽要服从行政监督,但可申请司法审查。事实上,美国保险业对保单持有人利益的重视贯穿于 1993 年和 2005 年的两部《示范法》。例如,监管部门不能不惜代价对保险公司进行重整,如果保险监督官认为其重整的行为会对保单持有人或公众利益带来风险的增加,应停止重整行动。^①相似的规定还存在于保护程序中。^②此外,出于监管部门具有更为专业化能力的考虑,《示范法》直接明确保险监督官应担任重整人和清算人,法院于整个重整及清算程序中担任最终审核批准的角色。

而在市场退出路径中,前两种路径大多为正常的保险公司运营,其实施需获得双方所在州的监督官批准。最后一种路径则发生在保险公司出现了破产、危险的财务境况或者具有 16 种可以实施整顿和清算程序之一的情形下,如营销行为不良、美国保险监督官协

会(NAIC)保险监管和信息系统及相关报告有预警记录等。^[17]在破产财产的清算中,《示范法》规定投保人比非投保人享有优先受偿权,不足额部分再由保证金进行补足,补足数额大小受相关保障法规制。此外,

除美国全国保险监管人协会对各州基金进行协作外,在各洲基金基础上,国家保险保障基金协会、“全国保险保障基金联合会”也负责洲际基金的合作与交流。^[18]

表1 美国“RPC”监管标准

行动等级	风险资本比例	监管措施
不行动	超过 200%	无举措
公司行动级	150%-200%	要求保险公司在 45 天内向监管机构提交一份详细的解释报告和关于增加资本金或降低风险的行动计划
监管行动级	100%-150%	要求保险公司在 45 天内向监管机构提交一份详细解释报告和关于增加资本金或降低风险的行动计划。与此同时,监管当局会进行财务检查。
授权控制级	70%-100%	强制监管保险公司,并设置行政监管人。但保险公司仍有权决定公司未来发展。
强制控制级	低于 70%	保险监管当局将采取强制措施将保险公司置于其严格的监管控制之下。

(二) 日本

针对保险公司风险处置,日本的相关法律框架主要由《日本保险业法》、《破产法》、《民事再生法》、《公司更生法》及《更生程序特例法》构成。^[19]在日本,风险处置程序分为破产前处置程序和破产程序,其中,后者又分为由金融厅直接干预的行政程序和法院直接干预的司法程序。因而,在日本保险业“替代型”的破产程序中,基本上不存在行政权和司法权间的冲突。而在实践中,日本保险业在市场风险处置上以监管部门为主导地位,尤为依仗内阁总理大臣的命令。

在破产前处置程序中,监管部门根据保险公司经营状态之不同而采取不同的行政监管措施。其采用的判断标准为偿付能力比率。具体而言,监管当局根据保险公司偿付能力比率的区分做出相应监管措施(见表二),并在此基础上,立足于存在或可能存在的风险,规定了非对应比例做出监管措施的例外情形。^[20]当保险公司出现重大风险时,监管机构不公开地研究制定和调整经营失败公司保单持有人的救济计划,内阁总理大臣发布命令进行保险公司的处分、停业、指派整顿组织。^[21]必要时,监管机构可采用变更保险合同的监管措施,但保险公司在变更方案上有一定的自主权,例如根据《保险业法》第 241 条的规定,即使已发布停业命令,也可不指定保险管理人,由保险公司自己去商谈保险公司的转移或其他公司合并等事项。监管机构则拥有最终的审批权。

在破产程序中,值得注意的是,其一,针对财产清偿顺序,日本保险业立法区别对待财产保险和人寿保险。其认为财产保险的保单持有人不具备一般

先取特权。因为不同于财产保险,人寿保险一般是长期合同且具有储蓄性质,天然被赋予生命保障意义。^{[7]P9-17}其二,针对保单持有人的保护。日本设立了专门的投保人保护机构。虽该机构受内阁总理大臣和财政部长监督,但其是由保险公司一起发起设立、组成并做出大会决议,具有较强的独立性。^③投保人保护机构的基本职能是为保险合同承继事项进行资金援助。根据《保险业法》第十章规定,当保险公司出现“已停止支付保险金或可能停止支付、丧失偿债能力或有丧失偿债能力之可能”的破绽状态时,投保人保护机构可采取对破绽保险公司保险合同的移转等提供资金救助的保护投保人的特别措施。并且,在无对象愿意承继破产保险公司时,其需设立承继保险公司,接受破产保险公司的保险合同转让。^④此外,投保人保护机构可以担任保险管理人或保险管理人代理人的身份在法律中也获得了肯定。

表2 日本偿付能力监管标准

分级	偿付能力比例	监管措施
非区分对象	200%以上	无
第一区	100%-200%	要求保险公司提交合理的经营改善计划及实行该计划的命令
第二区	0%-100%	命令其开展下述关于充实保险金等偿付能力的措施: 1. 关于充实保险金等偿付能力的合理计划的提出及实行 2. 禁止或限制保险公司的分红或高管人员的奖金 3. 禁止或限制员工或投保人分红,或限制金额 4. 变更新保单业务的预定利率 5. 限制高风险投资行为 6. 控制事业费用 7. 缩小部分营业场所或事务所的业务 8. 命令重新调整子公司的股份或持股比例 9. 其他金融厅长官认为必要的措施
第三区	未滿 0%	下达限期停止全部或部分业务的命令

(三) 英国

英国作为老牌工业化国家,在金融领域的发展与经验也比其他欧洲国家更为长远与丰富。其保险市场也因受到其金融市场的影响,发展较早,同时,英国保险公司的风险防范意识也更为强烈。正因如此,与其他国家不同,英国的金融投资服务行业受统一监督管理机构——金融服务管理局监管,受统一法律——《金融服务与市场法》规制。^[22]同时,英国保险监管机构坚持“最小的干预,最大的支持”原则,重点监管保险公司的偿付能力,对其市场决策、保险费率等问题尽量不横加干涉。^{[23]P63}现英国的保险公司风险处置法律框架是以《金融服务与市场法》及 FSA 和 PRA 颁布的规定为主而组成的。在其所颁布的规定中,由 PRA 于 2016 年 3 月颁布的《保险公司监管方法》对如何处置保险公司风险进行了详细的规定。在保险业的风险化解上,英国同样采取了分级监管的监管方式。但不同于美国和日本,英国未采取数字指标以判断保险公司风险。PRA 通过组织具备专业能力的员工和董事从运营风险、财务实力和可处置性及解决办法四个方面对保险公司的未来做出判断,并相应的采取措施(具体见表 3)。从采取的监管措施来看,PRA 采取了较少的强制性干预措施。其大多采取的是责令报告和提交计划。只有必要时,为防止保险公司状况恶化,才会采取责令保险公司出售或变更业务及取消业务许可等措施。值得注意的是,PRA 在《监管方法》中清楚的提出其存在目的既不是为了确保没有一家公司倒闭,也不是确保所有保单持有人都能获得充分保护。而是在保证保险公司的安全与健全,以及约束保险公司从而保护保单持有人或潜在投保人的权益。

在英国,保险公司在具体的市场退出上包括以下两个方面:收购兼并和撤销。收购方或兼并方必须按规定向金融服务监管局呈交有关详细情况。保险公司的撤销则包括保险公司主动申请的撤销和由金融服务监管局要求而引起的撤销这两种情况。^[24]此外,在金融服务补偿计划方面,补偿计划主要基于下述因素做出决定,具体包括保险公司自愿解散、监管者认定公司显然不能满足清偿要求、清算人或者管理人被指定、法庭决议、自愿协议的批准。在决定做出后,金融服务计划可为保险担保、存款、投资、抵押咨询等金融服务提供资金补偿。其资金来源于每年按预算向各金融机构的征集,如果其花费超出预

算,或者该资金年度出现新的公司陷入不履行状态,则可以实施进一步的征集活动。

(四) 总结与借鉴

虽然在保险公司风险处置中,美日英三国的风险处置制度设计存在诸多差异,如在破产程序中,由于司法审查机制的存在抵消了行政权力恣意扩张的负面效应,美国监管部门有权利更有义务去主动的参与司法程序,而英国监管部门介入司法程序的空间则被本国法律严格限定,日本监管部门更是由于立法安排基本上不介入司法程序,但于部分“个性”之外,美英日三国的风险处置制度也呈现了一定的趋同性。首先,三国均有较为系统的风险处置立法,既包括风险化解,也包括市场退出。即使是英国,仅有单一的《金融服务与市场法》可以规制保险业,其亦对保险业的个性做到了兼顾。其次,在风险处置措施上,于风险预警,从表 1、2、3 可分析出,三国均采取了主动干预机制,即在风险未实质显现之时,便督促并要求保险公司出具相应处理计划。于措施本身,三国均建立了干预力度由低到高、可衔接的梯度型行政措施。并且,将监管措施同技术指标挂钩,通过确定性的立法指导监管者做出相应举措。虽然英国监管措施的采取建立于监管人员对保险公司情况的主观判断之上,但 PRA 通过聘用专业人员、团队决策、委员会监督、同保险公司谈话这四方面安排尽可能的约束了单个监管者的自由裁量空间。再者,强调市场化的解决方式。如日本《保险业法》细致规定了保险合同的概括转移、事业的让与或受让、业务和财产的委托管理、合并及分立等并购措施。仅在有必要情况下,内阁总理大臣可以指定合并相对方并加以劝告、斡旋。^⑤其四,否定“拒绝破产”式做法。固然美日英三国的监管者均是抱着挽救劣质保险公司生命的期望去进行风险处置,但并不意味着其可以竭尽行政权去保证保险公司不破产。如美国,行政权的介入不能触碰法律所规定的不给保单持有人增加风险的底线,又如英国,行政权的行使需受《保险公司监管方法》对 PRA 存在目的的约束。再如日本,行政权的行使需考虑投保人保护机构的意愿。是否对保险公司进行资金援助是由机构会员集体决议做出,非行政权能随意支配。其五,保险保障基金并不仅仅作为“付款箱”的角色存在。虽然三国对救助基金的称呼并不一致,但基本上都允许基金公司参与到清算、重整等风险处置工作中。

表3 英国 PRA 监管标准

阶段	适用情形	可能采取的监管措施
第一阶段	保险公司运营风险较低	保险公司遵从常规评估流程,并需要制定针对紧张情况下的计划、适当复苏行动和推出策略。 PRA 将评估保险公司的可处置性
第二阶段	保险公司运营风险适中(监管机构认定一家保险公司的财务状况风险管理和治理实践上存有漏洞)	恢复措施: 1. 加大监管力度,保险公司被要求重新评估复苏行动和退出策略的适当性 2. PRA 设置额外的报告要求,并利用信息收集和调查权 3. PRA 审查保险公司的风险和监管资本要求,考虑重新调整后者,并设置对保险公司活动的限制,直至补救行动完成 处置措施: PRA 将识别和劝说最初应急计划,可能包括信息收集和与 FSCS 的联系
第三阶段	保险公司运营面临重大风险	恢复措施: 1. 保险机构被要求提交用以保护保单持有人利益和解决现已出现的问题及风险隐患的恢复计划。措施可能包括:筹集资本、资产处理、业务变更或出售; 2. PRA 或需要的其他措施:变更管理层或董事会、限制资产处理和资本分配、约束现存的或规划的行动、限制资产负债表增长、评估风险转移安排的效果(如再保险)、在保险公司或 PRA 提出的情况下,取消保险公司开展新业务的许可。 处置措施: 1. PRA 加大应急计划的处置进度; 2. PRA 同 FSCS(金融服务补偿公司)协作,以确保其已获取必要的信息来评估风险范围或成本。
第四阶段	保险公司运营面临需要迫切解决的风险(保险公司的状况恶化至 PRA 认定保险公司存在使其无法满足阈值条件的风险,但存有可纠正的措施)	恢复措施: 1. 多数情况下, PRA 会取消机构开展新业务的许可; 2. 保险机构加快完成复苏行动,向 PRA 表明这些行动已经减轻迫在眉睫的风险。 处置措施: PRA 同 FSCS 协作,完成保险机构的处置工作,包括制定有序清算的计划及对破产从业者的管理
第五阶段	保险公司出于处置或被有效清算的阶段	处置措施: 1. 必要情况下, PRA 将启动适当破产程序,破产工作人员会与 FSCS 及 PRA 有效延续保单或向符合条件的索赔人赔偿。 2. PRA 将妥当地监管保险公司退出机制。

三、构建我国保险业风险处置的制度框架

相比于证券业和银行业,保险业发展较为滞后,不仅具有高杠杆性、同业竞争等金融企业的一般特征,还具有独有风险——产品成本滞后性。保险产品特别是寿险产品的长期性使得保险公司风险处置显得异常复杂。此外,不具备前两者那样较为完备的风险处置立法,我国关于保险公司风险处置程序的规定散见于《保险法》、《破产法》、《公司法》和《保险保障基金管理办法》,但彼此之间存在冲突,无法形成系统有效、操作性强的风险处置流程。因而,理论上,保险业遭遇危机的可能性极高。^[25] 随着保险市场强劲生长,构建统一完善的保险业风险处置制度框架迫在眉睫。完善我国保险业风险处置的法律法规,有利于对整体保险业风险管理和控制,降低处置成本,使保险业更好为国民经济发展服务。^[26] 笔者认为,保险业风险处置的制度框架应当包括以《保险公司风险处置条例》为专项规定,以《保险法》、《保险保障基金管理办法》、金融机构破产法律法规等为配套制度的有机体系。

(一) 尽快出台《保险公司风险处置条例》

随着保险市场化改革的不断深入,我国保险市场逐渐形成了市场结构层次多元、投资规模变大的局面,发生保险公司风险事件及行业风险事件的概率增大,而目前关于保险业风险处置的规定太过于

粗放简单,难以满足保险监管实践的需求,因此有必要效仿《证券公司风险处置条例》,制定出台《保险公司风险处置条例》,对问题保险公司采取注资、股权重组、债务重组、资产重组、合并或者其他方式进行行政重组完全可取。一方面,总结金融业风险处置的现有经验,对保险公司风险处置措施从启动条件、处置手段、具体流程等方面作出细化规定;另一方面,对现有保险业风险处置相关规范中的冲突规定作出回应,形成统一有效的风险处置政策和措施。

(二) 构建互相协调的配套制度

除了出台针对保险业风险处置的《保险公司风险处置条例》专门规定外,配套制度的构建也不可避免。1. 进一步修订《保险保障基金管理办法》。保险保障基金制度是保险行业防范化解风险,保护保险消费者合法权益的一种重要的市场化救助制度,^[27] 而当前的《保险保障基金管理办法》是 2008 年颁布的,多年的实践暴露了其在基金功能定位、启用条件与标准、资金筹集制度等方面的不足。面对当前保险市场的长足发展,有必要对《保险保障基金管理办法》的相关内容进行调整,使该制度在保险业风险处置中发挥更大的作用。2. 制定金融机构破产法律法规。问题保险公司的安全退市也是保险业风险处置的重要内容,保险公司破产法规的立法欠缺不光给重整和和解程序的开展带来了阻碍,同样给破产清算的执行者带来了困扰。尽管现行《企业破产法》里

规定了金融机构可以实施破产,但《企业破产法》作为高位阶立法,规定的大多是概括性处理原则,自然就难以兼顾保险公司破产的特殊问题。金融机构的特殊性与公共性决定了《企业破产法》中原则性的规定无法解决金融机构与普通企业之间破产规则的差异性。例如,《企业破产法》的规定保险公司作为金融机构可以进行重整或破产清算,然而保险公司是否可以适用破产和解程序尚未明确;保险公司退出市场过程中清算组的组成与《企业破产法》中的规定也存在一定的冲突等。具体而言,保险公司的破产条件是否应同一般公司破产条件相同?财产保险合同和人身保险合同是否均可适用管理人的挑拣履行权?保险公司的破产财产范围及清算顺序等是否同一般公司破产清算相一致?等等。面对此立法缺失,是效仿《金融机构撤销条例》制定针对全体金融机构的破产条例,还是单独针对保险业出台破产条例,立法者宜尽快做出选择并着手立法工作。因此,有必要制定金融机构破产相关的法律法规,在《企业破产法》的基础上对金融机构的破产制度与程序进行进一步的细化规定与改进。

四、修正保险公司风险处置措施的具体内容

(一) 细化风险处置措施的启动条件与标准

监管机构准确认定“问题保险公司”并在合适的时间节点介入采取合适的风险处置措施,是及时化解与处置风险的关键一步。然而,目前我国对于“问题保险公司”的认定标准和风险处置措施的启动条件规定过于粗略,《保险法》中对启动行政限制措施、整顿、接管及撤销清算程序的条件与标准仅作出了原则性规定,且“偿付能力不足”、“偿付能力严重不足”、“可能严重危及”等抽象模糊的表述实在不具有操作性;同时,《保险法》规定启动重整或破产清算程序的条件与标准参照适用《企业破产法》第二条规定的情形,对于保险公司这样的金融机构适用普通企业破产的认定标准是否合理,我们亦表示怀疑。因此,建立一套风险识别机制至关重要。

我国自2008年《保险公司偿付能力管理规定》颁布以来,一直采用以偿付能力为核心的风险识别标准。的确“偿付能力”是判断问题保险公司的重要要素之一,但并非唯一的要素。根据保险公司偿付能力不足的具体情形,相应部门会采用不同的处置措施。但在此机制的有效开展建立于同一前提——问题保险公司等价于此保险公司偿付能力存有不足。事实上,将二者混为一谈是不恰当的。问题公

司也可以是资产充足,且能完全偿还负债的公司。^[6]并且,不同于一般企业,即使保险公司因经营失败而影响了偿付能力,其也可通过低费率和高佣金继续筹措新的现金流,将问题暂时的遮掩。结果便是,当保险公司出现支付危机时,其面临的问题实际上已远比一般支付危机严重,进一步恶化的偿付能力大概率会产生破坏力更强、代价更大的后果。^{[7]P9-17}片面、迟缓甚至是不真实的预警结果折射出以偿付能力不足为风险处置措施的启动标准在面临保险业风险时的乏力。实践中的“问题保险公司”完全可以是一个资本充足、具备偿付能力的公司。

此外,偿付能力监管体系自身的不足同样值得注意。虽然自2016年起,“偿二代”计划的正式实施代表着保险监管导向以“规模”向以“风险”的转变,明显改善了保险公司的偿付能力和风险抵御能力。^[8]但伴随着“偿二代”监管体系的实施,统计数据真实性、有效性会对监管效果产生更大的影响。专业风险管理人才的缺乏、信息披露机制的不健全、相关配套制度的不足等老问题势必会对风险监管带来更多的阻碍。因此,笔者认为风险处置措施的启动条件与标准应当综合多种因素进行考虑。大致构建包括如下三要素的启动标准:其一,依托“偿二代”对保险公司偿付能力充足度的测算分级;其二,第三方风险评级机构对保险公司的风险综合评级;其三,相关监管机构对保险公司治理(如股权结构等方面)的评价。三要素中只要任一要素不符合相关的标准,都可以启动风险处置措施。同时,按照评级将保险公司分为低风险、中等风险、高风险等级别,并按照不同级别标准决定启动的具体程序是较轻的行政限制措施、整顿,还是较重的接管、撤销等。

(二) 丰富风险处置手段的内容

我国目前的相关法律规范中规定的保险公司风险处置的手段主要有行政限制措施、整顿、接管、撤销、重整和破产清算。然而,在具体的处置实践中监管机构的手段并不拘泥于此。因此,建议在我国的相关法律规范中确认其他风险处置手段的合法性,丰富我国保险风险处置手段的内容,增强面对不同风险的应对能力。

1. 引入托管、行政重组措施

我国《保险法》虽未将托管、行政重组措施纳入问题保险公司的监管措施里,但二者是对问题证券公司进行风险处置的有益经验,被广泛的运用在证券公司风险处置实践中,并且,已成功的在我国保险公司的风险处置实践中收获良好成效。可以比照

《证券公司风险处置条例》的相关规定,将托管和行政重组措施引入到保险业风险处置中。

整顿是帮助保险公司纠正违法行为,接管是对保险公司经营权和管理权的全面易手,而托管则是将保险公司部分或整体的资产、经营权等委托给他方进行管理。在中华联合风险处置实践中,自中华联合保险公司于2007年暴露大规模风险起,监管机构先后进行了多次外资增资扩股工作和中资市场化重组的积极尝试,均未果。直到2009年3月,经保监会、保障基金公司与新疆建设兵团国资委的多次沟通协商,决定由保障基金公司托管中华联合主要股权,逐步向中华联合注入保险保障基金,并通过无偿受让、置换、收购员工股等方式进行股权重组,对公司治理结构进行规范及完善,中华联合保险经营方呈转好态势^⑥。从保险公司风险处置的实际需要来看,托管具有管理团队更为专业、不改变企业产权关系等特点,而且可在《金融机构撤销条例》第12条和第37条等规定找到保险公司开展托管制度的法律依据。引入托管一方面可以在两种措施间填以过渡措施,以应对不同严重程度的风险;另一方面,托管主体的多样性可以让“专业的人做专业的事”。目前对问题证券公司的托管模式主要有同业托管、资产管理公司托管和证券投资基金托管。^[28]保险业风险处置中的托管可以借鉴之。

此外,亦可增设行政重组措施,其虽仅出现在《证券公司风险处置条例》且由于地方保护主义的存在或出现资源流动受限制等弊端,但其利好之处在于方便保险市场资源的整合,有利于提高保险业资源配置的效率。利用行政手段的主动、高效,对出现重大风险的保险公司采取注资、股权重组、债务重组、资产重组等方式,完成强制性的资源优化配置以化解风险。值得说明的是,对市场主体的偏好或选择持完全尊重态度,并不意味着政府不能采取措施去减少风险。^[5]换言之,若在市场化的背景下,政府能把握住适合的角色定位,在“放任”与“兜底”间寻求好平衡,进而从计划经济延续下的直接管理者身份转变为指导者的身份,则长期困扰保险行业的问题可以得到解决。

2. 强化市场化风险处置措施的作用

目前我国的保险公司风险处置工作具有强烈的行政色彩,行政权过分强制性地配置资源会扼杀经济主体的自觉性,扭曲市场规律,造成资源浪费,^{[29]P87-204}笔者认为在行政机关主导的同时也可以利用市场机制在风险处置中的独特优势来化解与处

置风险。所谓市场化的风险处置措施是指借助社会资本的作用对风险予以化解,例如,在保险公司风险处置中采用提供借款或贷款、购买保险公司债券为其提供资金、进行并购重组、剥离不良资产等市场化的手段解决保险公司的困境等。同时,在日本《保险业法》中也细致规定了保险合同的概括转移、事业的让与或受让、业务和财产的委托管理、合并及分立等并购措施。^[23]仅有在必要情况下,内阁总理大臣可以指定合并相对方并加以劝告、斡旋。此外,保险保障基金也是市场化处置保险公司风险的重要制度之一,充分发挥保险保障基金的多重职能,让其与行政机关形成职能上的互补,提高风险处置的效率。

3. 合理运用司法手段解决风险处置问题

根据《保险法》第90条,保险公司及其债权人可依法向人民法院申请重整或和解,国务院保险监督管理机构亦有权依法向人民法院申请对保险公司进行重整。由此可知,立法者即使是在市场方式、行政方式屡屡受挫后,依然心怀社会利益,期望通过重整或和解对问题保险公司给予最后一次拯救。相较于行政方式,重整和解的司法方式存在下述优势:一是通过“分组表决且三分之二债权人同意”即可的决议模式,无需满足每位债权人利益诉求,谈判难度较小;二是重整和解计划受司法保障力所保护,成功率高。但由于重整和解作为我国《企业破产法》确立的司法救治方式,受《企业破产法》所约束,而金融机构与一般企业不同,《企业破产法》对重整、和解的一般规定并不完全适合处置保险公司风险。例如金融机构较一般企业更为复杂,重整期限是否需要延长?金融机构债权人类别分组是否应与破产法中的一般债权人类别组不同?金融机构重整计划通过后的执行监督问题该如何解决?^[10]

(三) 合理处理处置程序之间的衔接问题

整体而言,完整的保险业风险处置制度包含风险预警、风险化解、市场退出及保险保障基金四种机制。风险处置措施,根据风险处置目标的不同,可分为风险化解措施和市场退出措施;根据处置机构的不同,分为行政处置措施和司法处置措施,行政处置措施的主要作用在于化解风险,而司法处置措施则在于问题保险公司的市场退出。但由于我国目前规范保险业风险处置的规定散见于《保险法》、《破产法》、《公司法》及其他部门规章中,系统规定的缺乏自然使得保险公司、监管部门等相关人在风险处理时难有清晰思路。其中,机制彼此间的断裂更加剧了风险处置的难度,特别是行政程序与司法程序之

间和保险保障基金的使用情形上。风险处置措施之间并非相互排斥的,风险处置措施的衡量、选择以及各个措施之间的转化是风险处置机制中的关键环节,其中应当注意以下三点:

其一,借鉴美国 NAIC 的经验,明确监管机构对问题保险公司的监管应是一个从低度监管、强制监管到司法干预的分级监管过程。^[30]目前我国对问题保险公司的风险化解与干预都介入的较晚,从现有的实证案例看来,大多的风险处置工作是直接宣布接管,缺乏由低度向强度监管的递进过程,因此应当强调风险处置的早期干预,如此可以减小风险规模、降低风险危害。其二,处理好行政处置措施和司法处置措施之间的过渡与衔接问题。行政处置措施和司法处置措施在适用界限和程序上有一定的交叉与竞合,因此在程序衔接过程中,应当注意:(1)若两者之间存在程序上的重复(如债权申报),司法处置应承担行政处置中该程序的效力,避免重复工作;(2)司法处置中应尽量避免对行政处置行为的撤销,避免前后矛盾的认定;(3)行政处置机关应当可以参与到司法处置程序中,如成为破产管理人,借此保持工作的连贯性、提高效率。其三,综合运用多种处置措施,灵活在各种措施之间进行转化,积极化解风险。例如,2009年对中华联合的风险处置里,就曾成功运用股份托管、股权重组、增资扩股和引入战略投资者等多种措施化解风险,并且通过公开挂牌交易方式实现退出,顺利完成了风险处置任务。^[31]

五、完善保险保障基金机制

保险保障基金常被称作保险业风险防范的最后一道防线,具有保障保单持有人合法权益和促进保险业健康发展,维护金融稳定的两大宗旨。然而,保险保障基金制度尚存诸多缺陷与漏洞,有必要完善保险保障基金机制,发挥其“安全网”的功效。

(一)明确保险保障基金的多重角色定位

根据《保险保障基金管理办法》第八条的规定,保险保障基金公司可以监测保险业风险并可在发现保险公司存在重大风险时向保监会提出监管处置建议;救助保单持有人和保单受让公司;参与对保险业的的风险处置工作;在保险公司被撤销或者实施破产时参与清算工作及管理处分受偿资产等^⑥。尽管保监会早在2004年已颁布《保险保障基金管理办法》,保险保障基金制度也经历过新华人寿、中华联合等风险处置实践,但过于原则化、操作性缺失、政府过度参与等老问题亦出现在有关保险保障基金的立法

与实践中。一是《保险保障基金管理办法》对“保单利益”、“保单持有人的损失”等概念的定义不清。^[11]二是保险保障基金的救济标准仅被粗线条的勾勒,在赔偿限额、险种范围、不同险种间是否有区别等问题上未具体指明。三是保险保障基金公司的职能定位模糊。《保险保障基金管理办法》与《保险法》、《破产法》等法律、法规对保险保障基金的身份(如破产管理人)规定不一。四是监管机关习惯性的将保险保障基金公司可支配的权利纳入自身职权范围。^[12]虽说保险保障基金是保险公司自我募集形成的行业互助性质的法定基金,保监会应对该基金行使监督职能,但基金是介于监管与市场之间的主体,按照一个部门的方式去管理它,就丧失了它作为独立机构应有的效率,其立意将大打折扣。^{[13]P128}

1.强化保险保障基金的事前纠正作用

2016年全国保险监管工作会议指出要强化保险保障基金在事前纠正和事后处置中的作用,但具体能够行使哪些事前纠正措施尚未明确。笔者认为,在目前的规范框架下,保险保障基金可以发挥如下事前纠正作用:保险保障基金可对保险公司进行风险评级与预警,同时加强对重点保险公司的风险监测,积极参与国内系统重要性保险机构(D-SII)处置计划的管理^[32];在风险费率改革的背景下,还可以通过调整费率来对各个保险公司的风险进行早期的监控与警示。防范“黑天鹅”和“灰犀牛”,避免系统性保险风险。此外,实践中我国保险保障基金公司从2015年起每年发布《中国保险业风险评估报告》,但该报告目前仅供监管机关和有管保险机构内部参考。^[33]笔者认为有必要扩大发布范围,让风险评估报告能为保险消费者所用,减少消费者与保险公司的之间的信息不对称,一方面可以督促保险消费者审慎选择,另一方面可在源头上抑制保险公司激进的业务行为,这与保险保障基金保护保单持有人权益的初衷相一致。

2.补充确认保险保障基金保单持有人之代理人的角色

保险保障基金的目标之一即保护保单持有人的利益,保单持有人常常人数众多且处于信息不对称的弱势地位。可以参照日本的经验,在保险公司退出市场的过程中,使得保险保障基金公司作为保单持有人的代理人身份,编制“保单持有人清单”、负责与保险公司进行交涉并代理保单持有人行使重整计划等方案的决议权。^[27]这与我国《企业破产法》第五十九条第四款的规定也是相协调的,保单持有人可

以选择委托保险保障基金公司作为其代理人出席破产时的债权人会议,行使表决权。当然,保险保障基金公司应尽善良管理人之注意义务,且在涉及重大事项时,需要取得保单持有人的特别授权。

3. 探索保险保障基金提起公益诉讼的模式

笔者亦认为可以探索保险保障基金代表保单持有人提起公益诉讼的模式。《民事诉讼法》第五十五条规定“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。”保单持有人作为保险消费者,当问题保险公司的不当行为损害众多保单持有人利益并达到损害社会公共利益的程度时,保险保障基金作为“有关组织”向法院提起公益诉讼,这与当前的公益诉讼法律框架是相协调的,也符合公益诉讼机制设计之初衷。

因此,完全可以在《保险法》或其他规范中将保险保障基金纳入保险消费者公益诉讼主体范畴,一方面保险保障基金可以利用其自身的专业性为保单持有人主张权利、降低诉讼成本,另一方面,可以督促保险公司规范自己的行为,降低风险事故的发生。

(二) 修正保险保障基金的规则漏洞

1. 优化基金资金来源渠道

目前,保险保障基金的资金来源包括保险公司依法缴纳的保险保障金、依法从破产保险公司清算财产中获得的受偿收入、捐赠、前述资金的投资收益及其他合法收入。^⑦其中,从保险公司筹集的资金采取分险种的固定费率制度,并且以事前筹集为主。这样的单一费率制容易导致市场中逆向选择行为的产生,高风险的保险公司往往依赖于保险保障基金的兜底保障而选择更冒进的投资行为。因此,学界和理论界都提出了风险费率制改革,即将保险公司的风险水平与费率相匹配,高风险的保险公司应适用较高的费率。将原来按业务种类收取保费的模式变为按风险等级收取保费的模式,对于风险等级的考量不仅要考虑保险公司的综合风险水平,也要考虑每个保险公司中不同产品的风险结构化因素。此外,有必要构建紧急融资机制。当大型的保险风险或行业风险发生时,保险保障基金的资金规模可能难以应对。仅以2006年新华人寿风险处置案为例,就动用了保险保障基金总额两成的资金去购买问题股东手里的股权。因此,有必要在特殊情况下的紧急融资问题作出安排,可以借鉴其他国家的有益经验,扩展我国保险保障基金的融资渠道,包括:采取事后征收制,在风险发生后在行业内进行继续征收;

从基金内部的各个账户之间进行短期借贷;以未来的收费权为质押,向商业银行申请贷款;发行金融债权获得特别融资;向中国银行申请再贷款不足资金等。^[34]

2. 明确基金救助范围

基金救助区别对待产险受让公司之做法并不合理。《保险法》第100条第2款和《保险保障基金管理办法》第18条仅明确基金可对人寿保险的保单受让公司提供救助,只字未提其可对财产保险的保单受让公司提供救济。单从立法条文分析,此规定与财产保险合同无强制移转的立法规定甚是相关。《保险法》第92条明确规定了人寿保险合同指定移转制度,但未对同样情形下非寿险保险合同的转让及效力做出特别规定。与寿险相较,大多数短期的财产险合同终止后,投保人再加入保险且获得同等的保险保障并不困难。^[14]因此,有学者认为与其强制性地要求财产保险合同存续,还不如把保险保障切换到其他更加稳健的保险公司的做法对保单持有人的权益更加有利。但不容忽略的事实是对财产保险合同延续性的切断并不利于对保单持有人权益的保护。因为即使财产保单持有人享有优先受偿权,持有人也难以保证获得应有债权的全部救济。再退一步而言,即使财产保单持有人获得全部的债权受偿,其也需花费时间额外时间、精力去与其它家保险公司订立新保险合同。因此,允许财产保单移转处置且准予保险保障基金向财产保单受让公司提供救助是出于保单持有人权益保护考虑的更好选择。

3. 明确保险保障基金的启用条件

《保险保障基金管理办法》第十六条将保险保障基金的启用条件限定于问题保险公司被撤销、实施破产及存在重大风险时,保险保障基金给予管理救助参与问题保险公司的风险处置与化解^⑧(注资入股、流动性支持)。其中,“重大风险”的判断标准不明,在此种情形下能否启用保险保障基金的救济还有赖于保监会、国务院等机构的认定与批准,这就要求一案一认定,不仅毫无效率,也存在着极大地不确定性。因此,明确保险保障基金的启用条件十分重要。笔者认为“重大风险”的判断标准可以参照前述对“问题保险公司”的认定标准进行判断。

4. 细化保险保障基金的救济标准

保险保障基金的救济标准也存在一定的漏洞,其一,仅将险种区分为财产险和人寿险,财产险下未作进一步的细分;其二,对财产险的救助风险过大,因为仅规定了赔偿比例却未规定赔偿额的上限。^[35]

因此,笔者认为应当完善保险保障基金的救济标准,在财产险下应区分险种(如投资型与非投资型等)构建合理的补偿比例规则并规定一定的补偿金额上限额度,形成科学合理的损失分摊机制。同时,注意优先保护自然人保单持有人、小保单持有人的利益。

(三) 构建保险保障基金的追偿规则

《保险保障基金管理办法》第二十四条规定了保障基金在与保单持有人签订债权转让协议并向其支付救助款后获得保单持有人对保险公司的债权。但目前保险保障基金的追偿规则尚不完善:其一,保险保障基金对问题保险公司的债权在破产清算中的清偿顺序问题尚有争议。有些认为保单债权具有优先受偿的顺序,有些则认为应当被归于普通债权人的顺位。笔者认为,保单债权应当具有优先受偿的权利,因为原先的保单持有人是享有优先受偿权的,而且保险保障金支付给保单持有人的救助款的来源归根结底也是保单持有人最初支付给保险公司保险费,因此,保险保障基金与其签订债权转让协议后应当获得其优先受偿的顺位。其二,我国法律规范未明确是否可向问题保险公司负责人追偿的问题,这也是一个存在争议的问题。经过数次金融危机的洗礼,美日等发达国家深刻认识到金融机构负责人内部舞弊问题的破坏性和严重性,因而这些国家的司法机关通过判例不断加重金融机构负责人的忠实勤勉义务,试图扩大民事赔偿责任的主体适用范围^[36]P340-399。笔者认为,不妨借鉴国外的有益经验,将问题保险公司负责人纳入追偿范围,督促其履行忠实勤勉义务、审慎经营。

结语

随着经济全球化的深入推进,我国改革开放的力度和深度也越来越大。保险业也获得了迅速发展

的契机。但与此同时,我国保险业面临着国内和国外双重金融风险的巨大压力。其中,同其他金融行业相比,因保险公司自身特性,风险处置功效于保险领域的难以发挥将会造成更为强烈的负外部性。宏观而言,我国现有保险公司风险处置的顶层设计在风险预警、风险化解、市场退出、衔接程序及保险保障基金的使用这五个层面均面临可操作性缺失等问题,直接致使行政权于保险公司风险处置领域的使用呈现随意态势。

而具体到保险公司内部,由于分业监管体制本身的短板以及法律法规先天的滞后性,监管套利具有肥沃的生存土壤,前海人寿举牌的险资乱象便可为此例证。对此,保险监管应始终以“保险姓保”的本质为立足点。除了要不断完善风险处置措施的法律规定,对违规保险公司、股东等相关方的监管处罚外,也要通过对保险公司股东准入、股权结构等环节的严格监管,从各个方面减少风险,全方位加强对保险公司股东股权的监管,从而发挥行政监管在改善公司治理结构、提高金融监管效率、保护行业利益方面的重要力量。

有鉴于上述论证,保险业的“准公共性”决定了其风险处置机制的特殊性,建立起一套以《保险公司风险处置条例》为专项规定,以《保险法》、《保险保障基金管理办法》、《金融机构破产法律法规》等为配套制度的有机体系是风险处置的重要前提。同时,应当建立起偿付能力充足度测算、风险综合评级及保险公司治理评价为三要素的风险处置措施启动标准,丰富我国风险处置措施手段,并处理好程序衔接问题,提高保险业风险处置的质量与效率。此外,还应当完善保险保障基金制度,发挥其多重角色职能,使其真正成为保险业风险防范的最后一道防线。

注释:

- ① 参见《保险公司重整与清算示范法》19(A)。
- ② 参见《保险公司接管示范法》303(A)。
- ③ 参见《日本保险业法》第 265 条之 25 和 265 条之 26。
- ④ 参见《日本保险业法》第 265 条之 28。
- ⑤ 参见《日本保险业法》第 256 条和第 257 条。
- ⑥ 参见《保险保障基金管理办法》第八条。
- ⑦ 参见《保险保障基金管理办法》第十三条。
- ⑧ 参见《保险保障基金管理办法》第十六条。

参考文献:

- [1] 谭浩俊. 维护金融业稳定避免“处置风险的风险”[N]. 中国商报, 2017-5-18.
- [2] 尹田. 中国保险市场的法律调控[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2000.
- [3] 中国保险业风险评估报告 2017[EB/OL]. http://www.bj.xinhuanet.com/hbpd/jrpd/jrpd/2017-07/06/c_1121273768.htm, 2018-9-27.

- [4] 张学政. 证券公司风险处置研究[M]. 北京: 知识产权出版社, 2005.
- [5] 孙乃玮. 金融风险的根源和经济法在金融风险防范中的作用[J]. 经济法研究, 2011, 10.
- [6] 杨文生、张梅玲. 问题保险公司退出路径研究——一个国际比较的视角[J]. 管理现代化, 2010, 5.
- [7] 陈景善、张婷. 东亚金融机构风险处置法律评论(第一辑)[M]. 北京: 法律出版社, 2015.
- [8] 唐金成、胡珊珊. 我国保险公司偿付能力及其监管体系研究——基于“偿二代”监管体系[J]. 西南金融, 2017, 1.
- [9] 盛建明、贾晶. 论我国保险公司破产前置程序的实践、困境及解决之道[J]. 法学杂志, 2015, 12.
- [10] 李曙光. 李曙光建议尽快修改破产法[N]. 中国证券报, 2016-6-2, A01.
- [11] 张婷. 保险公司破产法律制度[J]. 中国金融, 2017, 7.
- [12] 杨溢、张想、王梓霖. 中国保险保障基金公司化管理模式探析[J]. 保险研究, 2009, 5.
- [13] 任建国. 保险保障基金参与保险业风险处置与市场退出研究[M]. 北京: 中国金融出版社, 2014.
- [14] 薄燕娜. 论我国保险保障基金救助制度的完善——域外经验及其借鉴[J]. 法商研究, 2016, 5.
- [15] 稻田行祐. 日本保险公司市场退出机制系列报道之三——日本保险公司破产程序的概要[N]. 马强译. 中国保险报, 2011-4-2, 006.
- [16] 孟昭亿. 国际保险监管文献汇编 NAIC 卷(上)[M]. 北京: 中国金融出版社, 2008.
- [17] 沈南宁. 中国保险市场退出机制比较研究[D]. 厦门大学经济学院 2008 届博士学位论文.
- [18] 江生忠、朱威至、陈佳. 保险保障基金制度的国际比较与借鉴[J]. 保险研究, 2008, 11.
- [19] 马强. 日本保险公司市场退出机制系列报道之序篇: 中国可借鉴日本退出机制[N]. 中国保险报, 2011-1-17, 006.
- [20] [日]稻田行祐. 日本保险公司破产前的早期改善措施[M]. 马强、赵旋羽译. 中国保险报, 2011-12-26, 006.
- [21] 孙立娟、费清. 经济泡沫、保险自由化与改革: 日本保险业的发展历程[J]. 现代日本经济, 2017, 2.
- [22] PRA 官网[EB/OL]. <http://www.bankofengland.co.uk/pr/Pages/supervision/strengtheningacc/default.aspx>, 2018-12-2.
- [23] 周延礼. 上海保险监管体系发展规划研究[M]. 北京: 中国金融出版社, 2004.
- [24] 赵燕妮、郭金龙. 英国保险业演化发展过程及对我国的启示[J]. 金融理论与实践, 2014.
- [25] 张领伟. 保险公司风险处置研究[D]. 南开大学经济学院 2010 届博士学位论文.
- [26] 肖静. 问题金融机构处置法律制度研究[D]. 四川大学法学院 2002 届硕士学位论文.
- [27] 赛铮. 保险保障基金公司在保险公司市场退出过程中的法律地位[J]. 保险理论与实践, 2016, 07.
- [28] 刁涌. 证券公司托管法律问题研究——兼评<证券公司风险处理条例>[J]. 前沿, 2012.
- [29] 刘仁伍. 金融机构破产的法律问题[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2007.
- [30] 熊进光. 我国对问题保险公司实施监管干预的缺陷及完善——美国 NAIC 的经验与启示[J]. 江西社会科学, 2011, 11.
- [31] 李致鸿. 解密保险保障基金: 探索流动性风险救助和差别费率制度[N]. 21 世纪经济报道, 2017-8-29, 11.
- [32] 任建国. 保险保障基金制度改革[J]. 保险, 2016, 20.
- [33] 张兰. 保险保障基金“第三只眼”看风险[N]. 金融时报, 2015-7-8, 10.
- [34] 刘彦. 保险保障基金参与保险公司风险处置法律问题研究[D]. 北方工业大学 2011 年硕士学位论文.
- [35] 阎建军. 保险保障基金制度的国际经验与启示[N]. 金融时报, 2015-10-14, 10.
- [36] 刘俊. 各国问题金融机构处理的比较法研究[M]. 上海: 上海人民出版社, 2008.

Research on Legislative Proposals for Improving Risk Management in China's Insurance Industry

Sun Hong-tao

(Economic Law School of East China University of Political Science and Law, Shanghai 201620)

【Abstract】 Insurance is a risky business, and the insurance industry also bears huge risks. It can be said that risk is the premise that insurance lives and flourishes, do not have a risk to also do not have insurance. In recent years, the regulatory thinking of "opening up the front end and controlling the back end" has put forward higher requirements for the risk disposal mechanism of China's insurance industry. Therefore, how to learn from overseas experience, improve the system framework and risk management measures and know how to establish a sound insurance guarantee fund mechanism become urgent problems to be solved.

【Key words】 risk treatment; problem insurer; institutional framework; risk management measures; fund of insurance guarantee

(责任编辑: 黄春燕)