

# 保险业适用反垄断法问题研究

周学峰\*

**摘要:** 保险业是一个专业性较强且受到严格监管的领域,其在适用反垄断法时具有一定的特殊性,但是,不宜采用行业豁免的做法,而是应采取行为豁免的方法,即保险业原则上仍应适用反垄断法,但对于保险业所存在的某些特定的保险经营行为可给予反垄断豁免。应在反垄断执法机构与保险监管机构之间建立起协调机制,以保障保险市场的健康发展。

**关键词:** 保险 反垄断 豁免

自我国《反垄断法》实施以来,关于保险业应如何适用反垄断法,以及是否应给予保险业以豁免地位的问题就一直存在争议。不仅被反垄断执法机构查处的保险行业协会和保险公司曾竭力主张应给予保险业以豁免待遇,一些保险法学者和业界人士也提出过此类建议。<sup>(1)</sup> 最近,随着我国《保险法》修订工作的启动,关于保险业是否应豁免适用反垄断法的问题再次被提出。本文将对这一问题进行分析和研究,以期能为我国《保险法》的修订和《反垄断法》的适用提供参考意见。

## 一、保险业适用反垄断法的制度框架

### (一) 中国相关法律现状的初步分析

竞争是市场经济的灵魂与生命力之所在,因此,竞争法被誉为是市场经济的基本法。保险是一种商业活动,保险市场亦是市场经济的组成部分,因此,从理论上讲,保险市场亦应受到竞争法的调整。然而,保险具有一定的专业性和特殊性,现代各国均为保险业规定了一套较为完整的行业监管法律制度,并设置了专门的保险行业监管机构,于是,在这种背景下探讨保险业适用反垄断法的问题,便不可避免地会触及到保险行业监管机构与竞争法执法机构之间的权力划分。

广义的竞争法包括反不正当竞争法和反垄断法两方面内容。在《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)出台后不久,便产生了一个争议性问题,即对于发生在保险市场上的涉嫌不正当竞争行为谁有权查处,是保险监管机构,还是工商行政管理部门。<sup>(2)</sup> 《反不正当竞争法》第3条第2款规定“县级以上人民政府工商行政管理部门对不正当竞争行为进行监督检查;法

\* 北京航空航天大学法学院副教授,法学博士。本文系国家社科基金项目“应对恐怖袭击的损害赔偿机制研究”(批准号:15BFX166)的阶段性研究成果。

(1) 参见辛红《多地保险行业协会受到反垄断处罚 业内呼吁给予保险一定豁免权》,载《法制日报》2013年11月22日,第6版;陈欣《美国反垄断法对我国保险业的启示》,载《保险研究》2008年第12期;李祝用、鲍为民《中国保险业豁免适用〈反垄断法〉的可能性分析》,载尹田、任自力主编《保险法前沿》(第2辑),知识产权出版社2014年版。也有一些学者明确反对对我国保险业豁免适用《反垄断法》,例如李之彦《论垄断协议规制对车险保费自律行为的影响》,载《保险研究》2008年第11期。

(2) 参见中国人民保险公司邵武市支公司不服南平市工商行政管理局不正当竞争行政处罚案。

律、行政法规规定由其他部门监督检查的,依照其规定。”最高人民法院正是依据对这一条款的解释并结合对《保险法》中有关条款的解释,对保险业领域的反不正当竞争的监管权限进行了划分,并最终将监管权限划分给了保险监管机构。<sup>(3)</sup>在制定《反垄断法》的过程中,也曾出现关于反垄断执法权与行业监管权的划分问题。2006年6月,全国人大常委会第一次审议的《反垄断法(草案)》第2条第2款曾规定“对本法规定的垄断行为,有关法律、行政法规另有规定的,依照其规定。”但是在第二次审议时,该条款便已被删除,立法者主要是担心该条款的存在有可能导致《反垄断法》被架空。然而,如何处理反垄断执法与行业监管的关系问题依然存在。<sup>(4)</sup>

就我国目前的《反垄断法》而言,仅在附则部分规定了对行使知识产权行为的附条件的豁免和对农业相关事项的豁免,而对保险业并未明文给予行业豁免。就我国的《保险法》而言,仅提及了保险监管机构有权对保险公司的不正当竞争行为进行监管,而未提及反垄断问题。因此,可以认为,在我国现行法律框架下,对于保险市场上的垄断行为,亦应适用《反垄断法》,且不存在对保险业适用行业豁免的法律依据。当然,这不妨碍特定的保险公司对其所从事的特定的保险经营行为,可依据《反垄断法》第15条主张反垄断豁免,由反垄断执法机构对此进行个案审查,自不待言。

## (二) 欧美国家的相关制度

### 1. 美国

美国是联邦制国家,联邦与各州之间存在分权关系。基于美国联邦宪法的规定,联邦政府有权对州际商业活动进行立法和管控,但是,长期以来,保险业一直被认为不属于“州际商业活动”,从而不在联邦政府的权力范围,而是属于各州的权力范围。联邦最高法院在1868年的“保罗诉弗吉尼亚”案中正式确认了上述原则。<sup>(5)</sup>然而,时至1944年的“美国政府诉东南地区保险业协会”案,联邦最高法院却突然转变了先前的态度,认为保险业务可以构成州际商业活动,因而,国会有权对此予以管理,基于此,《谢尔曼法》等联邦反垄断法亦可适用于保险业。<sup>(6)</sup>该判例作出后,在保险界引发了震动,而且,各州政府也担心就此失去对保险业的监管权力,因此,联合起来对国会进行游说和施压。美国国会于1945年通过了《麦卡伦-弗格森法案》(McCarran-Ferguson),重申由各州对保险业进行监管是符合公共利益的,并且确认了在保险领域联邦法律不得取代或优先于各州法律的原则。需要注意的是,依照该法案的规定,原则上,仅在保险业务未受到州法的相应监管的条件下,联邦反垄断法才适用于保险业,但是,对于构成“抵制”(boycot)、“强制”(coercion)和“恐吓”(intimidation)的行为例外处理,就上述三种行为而言,其应当优先适用联邦反垄断法而非州法。<sup>(7)</sup>随后,美国联邦最高法院通过一系列判例,进一步明确了联邦反垄断法和州法适用于保险业的条件,从整体上看,联邦最高法院对联邦

(3) 最高人民法院于保险监督管理机构与国家工商行政管理机构之间的职权划分先后作过数次不同的解释。参见《最高人民法院行政审判庭关于对保险公司不正当竞争行为如何确定监督检查主体的答复》(2000年4月19日,法行(2000)1号),《最高人民法院于审理涉及保险公司不正当竞争行为的行政处罚案件时如何确定行政主体问题的复函》(法函(2003)65号),《最高人民法院行政审判庭关于工商行政管理部门对保险机构不正当竞争行为是否有权查处的答复》最终解决了上述争议。

(4) 参见王晓晔《〈中华人民共和国反垄断法〉析评》,载《法学研究》2008年第4期;杨东《论反垄断法与行业监管法的协调关系》,载《法学家》2008年第1期。

(5) *Paul v. Virginia*, 75 U.S. 168, 183 (1868).

(6) *U.S. v. South-Eastern Underwriters Association*, 322 U.S. 533 (1944).

(7) 15 USCS § 1013.

反垄断法的豁免条件进行了非常严格的狭义的解释。<sup>(8)</sup> 在《麦卡伦-弗格森法案》通过之后,为了保留对保险业的监管权力和避免联邦法的管辖,美国各州政府纷纷制定了有关保险业监管的法律。

综上所述,美国对保险业的竞争行为所采取的政策可归纳为:有条件、有例外地豁免适用联邦反垄断法,但这并不妨碍各州根据本州的法律对保险业的竞争行为进行监管,实践中,基本上都是由各州的保险监管机构来实施的。并且,州政府对保险业实施实质性的监管是保险业享受豁免适用联邦反垄断法待遇的前提条件。

## 2. 欧盟

基于特殊的政治背景,欧盟的反垄断法(竞争法)的目标,除了促进竞争和提高经济效率以外,还有另外一项使命,即确保欧盟统一市场的建立。《欧洲共同体条约》第85(1)条[现《欧洲联盟运行条约》第101(1)条]明令禁止“企业之间订立的,有可能影响到成员国之间的贸易并且具有阻碍、限制或扭曲共同市场内的竞争的目的或效果的,所有协议、决定或协同行为”。第85(2)条明确规定上述所禁止的价格固定协议或决定无效。第85(3)条则抽象地规定了豁免条件。<sup>(9)</sup>

在欧盟(欧共体)反垄断法出台后,关于反垄断法是否适用于保险市场曾经一度不明朗。1987年1月,欧洲法院(ECJ)在一起欧共体委员会指控德国财产保险业协会建议其会员提高保险费率的行为构成垄断行为的案例中作出终审判决,判定欧盟反垄断法可以适用于保险业。<sup>(10)</sup> 该判例一经作出,在欧盟保险市场产生了巨大的反响,保险业仍不甘心受反垄断法的规制,于是,纷纷依据《欧洲共同体条约》第85(3)条向欧盟委员会提出豁免适用第85(1)条的申请,从而导致大量的豁免申请被积压在欧盟委员会,令欧盟委员会应接不暇。

为了解决保险业的豁免申请问题,欧盟理事会于1991年5月31日发布了《关于对保险行业中的某些类型的协议、决定和协同行为适用条约第85(3)条的条例》,该条例授权欧盟委员会制定具体的规则,对保险行业中以下六种类型的协议、决定和协同行为,豁免适用欧盟反垄断法关于禁止垄断协议的规定:(1)基于集体确定的统计数据或索赔数目制定共同风险费率表;(2)制定共同的标准保单条款;(3)对一定类型的风险共同承保;(4)对索赔的处理;(5)安保设施的测试和认证;(6)关于重大风险的登记和信息交换。<sup>(11)</sup>

欧盟委员会根据欧盟理事会的授权于1992年发行了条例(No. 3932/92),对于授权范围内的六种类型中的四种类型的保险业行为作出了反垄断豁免的具体规定,而对于其他两种类型的行为(关于对索赔处理的协议;关于重大风险的登记和信息),以缺乏经验为由暂未作规定。<sup>(12)</sup> 基于此,欧盟在保险行业适用反垄断法领域建立起颇有特色的“集体豁免”(block exemption)制度,从而省去了个案审查的繁琐和拖延。

欧盟关于保险行业适用反垄断法的集体豁免规则,自建立起来,每隔一段时间都要进行重新评估

(8) 美国联邦最高法院通过一系列判例,对“保险业务”、“抵制”等概念进行了界定。See *Group Life & Health Ins. Co. v. Royal Drug Co.*, 440 U.S. 205 (1979); *Union Labor Life Insurance Co. v. Pireno*, 458 U.S. 119 (1982); *St. Paul Fire & Marine Insurance Co. v. Bany*, 438 U.S. 531 (1978).

(9) 原《欧洲共同体条约》第85条,后来其序号被调整为第81条,在《欧洲联盟运行条约》生效后,其成为《欧洲联盟运行条约》的第101条,虽然该条款的序号几经变更,但是,其内容没有实质性变化。

(10) *Case 45/85 Verband der Sachversicherer e. V. v. Commission* [1987] E.C.R. 405.

(11) Council Regulation (EEC) No. 1534/91 of 31 May 1991 on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector.

(12) Reg. No. 3932/92 of December 21, 1992, O.J. 1992 L 398/7.

和修订,因而,其规则一直在不断变化。2003年欧盟委员会重新发布了新条例(No. 358/2003),从而使集体豁免的规定得以延期至2010年3月31日。<sup>(13)</sup>

在2003年的条例期限即将届满之前,欧盟委员会对该条例的实施进行了评估,其结论是,对于制定共同标准保单条款的协议行为和对于安保设施的测试与认证的协议行为,没有必要再给予反垄断豁免,于是,欧盟委员会于2010年3月发布了新的条例(No. 267/2010),取代了原条例。根据2010年的条例,可享受反垄断法集体豁免的保险业行为限缩至两种类型。第一种类型:共同编制和分享关于计算特定风险的成本的信息,制定与保险相关的死亡、疾病、事故和残疾的表格;共同开展对于保险业有影响的事项的研究,包括对于特定风险或某类型风险的未来自赔的频率或规模,或关于不同类型的投资的获利性。第二种类型:对一定类型风险的共同保险和共同再保险行为。<sup>(14)</sup>

由于2010年的条例将于2017年3月31日到期,因此,欧盟委员会需要在2016年向欧盟理事会提交一份咨询报告,对于是否需要保险行业的集体豁免规则进行续期或修订提出建议。从现在形势来看,不排除欧盟有可能作出终止“集体豁免”或进一步限缩豁免范围的决定。

总之,从整体上来看,欧盟关于保险行业适用反垄断法集体豁免的范围和条件,呈现越来越严格的趋势,而对于豁免范围以外的涉及保险业的竞争行为,则仍应适用欧盟反垄断法规则。

### (三) 比较与思考

从以上论述中,我们可以发现,关于保险业适用反垄断法的问题,并非中国所特有,在美国和欧盟也存在类似的问题,因此,它们的经验与教训也值得我们吸取和研究。但是,我们也要注意,对于这一问题,可能并不存在普适的或唯一正确的答案。美国和欧盟都是在各自的制度框架内来寻求解决问题的方法,并且受制于宏观制度背景,因此,最终选择的解决办法不尽相同。美国之所以要给予保险业豁免适用联邦反垄断法的待遇,是与保险业属于各州而非联邦政府管辖的传统分不开的。而欧盟在处理保险业适用反垄断法问题时,除了关注对市场竞争的影响外,还有另一个重要目标,即保障欧盟市场的一体化。另外,美国和欧盟还存在一个共同的制度背景,即在联邦政府或欧盟层面都存在统一的反垄断执法机构,而欠缺统一的保险监管机构。在美国,保险业监管仍属各州的权力范围;在欧盟,保险业监管主要依赖各成员国的保险监管机构。

中国的情况则有所不同。中国是单一制国家,并不存在像美国那样的联邦政府与州的权力划分,也不存在像欧盟那样迫切需要解决市场一体化的问题。中国的宏观体制背景与欧美的另一个重要差异还表现在,中国的反垄断执法是“多头执法”,而保险监管则是采取集中统一监管的模式。基于上述原因,本文认为,我们在解决中国所面临的问题时,必须从问题本身出发,通过认真的研究和分析,来寻求解决方案,我们可以借鉴欧美的一些规制方法,但不宜生搬硬套。

我国《反垄断法》所规定的垄断行为包括三类:垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中。对于滥用市场支配地位和经营者集中,应由反垄断执法机构统一执法,对此并无异议。目前争议主要集中在垄断协议方面,从实践情况来看,最为突出的问题包括:保险费率的厘定与保险信息的交换、共同标准保单条款的制定、共同保险(共同再保险)协议。<sup>(15)</sup>下文将对这三项问题逐一进行具体分析。

(13) Regulation (EC) No. 358/2003 of 27 February 2003.

(14) Regulation (EU) No. 267/2010 of 24 March 2010.

(15) 与欧盟委员会2003年发布的条例(No. 358/2003)相比较,欧盟2003年条例中给予集体豁免的类型还包括“安保设施的测试与认证”。但是,这一类问题在中国并不突出,而且,欧盟委员会在2010年的条例(No. 267/2010)中也将其从集体豁免的范围中予以删除,因此,本文将不对此进行专门讨论。

## 二、保险费率监管与反垄断规制

长期以来,保险费率都受到保险监管机构的监管,因此,在探讨对保险费率进行反垄断规制时,不可能完全脱离保险监管体制的存在。只有充分理解了对保险费率的监管制度,才能更好地理解对保险费率进行反垄断规制所面临的问题所在。

从反垄断法的角度来看,具有竞争关系的经营者之间所订立的固定价格的协议,具有排除、限制市场竞争的目的或效果,因此,应当予以禁止。由于存在法律的威慑,经营者之间往往不敢明目张胆地订立垄断协议,而更多地采取协同行动的形式,而协同行动的形成往往离不开相互之间的信息交换,因此,具有竞争关系的经营者之间的信息交换往往也是反垄断执法机构关注的焦点之一。从反垄断法的角度来看,保险公司之间所订立的关于确定保险费率的协议,以及对于有助于确定费率的相关信息交换,都具有构成垄断协议的嫌疑。

但是,从保险监管的视角来看,保障保险公司的清偿能力是首要目标,而这一目标的实现又与保险费率的确定息息相关。与普通的商品交换相比,保险具有特殊性。在普通的商品交换中,往往是一手交钱,一手交货。而对于保险来说,投保人向保险人缴纳保费后,其获得的只是保险人的允诺,即保险人允诺在未来某个时间或保险事故发生时向被保险人或受益人支付保险金。由于保险人有义务支付保险金的时间与保险合同成立的时间之间往往存在较长的时间差,因此,确保保险人有足够的能力来履行给付保险金的承诺就非常重要。当保险人设定的保险费率过低时,有可能影响到保险人的清偿能力,并最终损害全体被保险人的利益。正因如此,保险监管机构非常重视对保险费率的监管,这在一定程度上也反映了保险监管机构的忧虑:保险公司之间的自由竞争有可能导致竞相降低保费的恶性竞争,从而最终会危及保险公司的清偿能力。

上述两种政策之间存在着一定程度的紧张关系,基于保障清偿能力的目的而对保险费率进行监管,会在一定程度上抑制保险人之间的自由竞争。如何处理保险监管与鼓励竞争之间的关系,便成为摆在立法者面前的一道难题。

### (一) 美国保险费率政策的变迁

从美国保险业的发展历史来看,竞争与监管往往交替发挥作用,影响着美国的保险费率政策。

19世纪美国的保险市场,特别是财产保险市场,呈现出高度竞争的态势,从事保险业务的门槛很低,保险公司众多,保险费率厘定粗糙且非常自由。在这种环境下,保险公司之间的竞争日趋激烈,竞相降低保险费率以赢得市场份额,结果导致许多保险公司设定的保险费率低于合理水平,最终致使数千家保险公司陷入破产境地。<sup>(16)</sup> 在这种背景下,为了摆脱恶性竞争,一些保险公司开始通过组建行业协会性质的组织,规定统一的保险费率,以要求协会的会员共同遵守。例如,1866年,从事火灾保险的保险公司组建了一家全国性组织“火险承保公司全国理事会”(National Board of Fire Underwriters),由其为业界制定统一的火险费率,但是,由于保险业之间的竞争习惯难以更改,因此,在该组织成立后的5年内,其作用基本上形同虚设。后来,在1871年和1872年先后发生了芝加哥大火灾和波士顿大

(16) 1877年,据“美国西北地区火险业协会”的主席称,原有4000多家保险公司,只剩下了1000多家保险公司。See Spencer L. Kimball & Ronald N. Boyce, *The Adequacy of State Insurance Rate Regulation: The McCarran - Ferguson Act in Historical Perspective*, 56 Mich. L. Rev. 545, 548 (1958).

火灾,数十家保险公司顿时陷入破产境地,由此使得保险业被惊醒,从而认真对待保险费率的统一控制问题。随后,许多州和城市的保险业协会等组织也开始积极实施保险费率控制措施,抑制保险公司之间的自由竞争。<sup>(17)</sup>

自19世纪80年之后,在许多地方又出现了协定(compact)机制,即一些保险公司通过订立类似卡特协议性质的协定的方式,共同选择一名管理者,委以设定保险费率的权力,并要求参加协定的保险公司共同遵循,但是,实践表明,这种解决方案的实施效果非常有限。<sup>(18)</sup>

自19世纪末开始,美国反垄断法开始兴起,许多州的立法机构出于维护市场竞争的需要,纷纷通过反垄断性质的立法,禁止保险公司通过订立协定的方式来固定保险费率,从而导致协定机制的终结。

市场自发竞争容易导致保险业竞相恶性降低保费,而保险业之间私下订立的费率协定又有垄断的嫌疑。为了解决这一两难境地,自20世纪初以来,许多州通过立法建立起保险费率管制体系。美国的堪萨斯州是最早实施保险费率管制的州,在1909年的立法中要求各保险公司须将其拟定的保险费率表向州保险监管局主管申报,主管人员可对申报的保险费率表进行审核,以防止其过高或过低,并可对保险费率进行调整。虽有保险公司对于此种管制立法提起违宪之诉,但未获得法院支持。联邦最高法院在1914年的“德国联盟保险公司诉利维斯”案中正式确认了保险费率管制的合宪性,认为州政府对保险费率进行管理是符合公共利益的。<sup>(19)</sup>该判决作出后,许多州加入到保险费率管制的队伍中。

时至1944年,美国东南地区保险业协会将近200多家保险公司和一些个人受到了垄断指控,控方指控其违反了联邦《谢尔曼法》。据指控,这些保险公司占据了美国东南地区6个州的火险和相关业务90%以上的市场份额,并且,其通过合谋统一确定保险费率,并通过威胁、抵制等方式强制非会员公司采纳其确定的保险费率。该案最终上诉至联邦最高法院,终审判决认为,《谢尔曼法》适用于保险业。判决还指出“虽然有人提出保险业实施统一费率是为了避免保险公司之间从事恶性竞争,这既是保护保险人的需要,也是保护被保险人的需要,但是,对于保险业来说,竞争是否是一种好事,以及是否应给予保险业以反垄断豁免,不应当由法院来决定,而应由立法机关来决定。”<sup>(20)</sup>

随后,美国国会通过了《麦卡伦-弗格森法案》,以州法对保险业已进行管控为条件,给予保险业以有限制的豁免适用联邦反垄断法的待遇。在该法案的刺激下,美国各州先后通过了保险监管法案,其中多数都包含对保险费率的监管。有一些州通过立法授权保险行业组建专门的保险费率评估机构,并要求或允许保险公司加入或接受其服务。一方面,保险费率评估机构可以从各保险公司处收集

(17) Spencer L. Kimball & Ronald N. Boyce, *The Adequacy of State Insurance Rate Regulation: The McCarran - Ferguson Act in Historical Perspective*, 56 Mich. L. Rev. 545, 548 (1958).

(18) 实施效果未达理想状态的原因有多种。首先,这种协定的订立是建立在自愿的基础之上的,不具备强制性,无法强制市场上的所有保险公司都加入;其次,协定的实施缺乏有效的监督,会有保险公司暗中降低保险费率以扩大市场份额,从而导致协定机制的瓦解。See Angelo Borselli, *Insurance Rates Regulation in Comparison with Open Competition*, 18 Conn. Ins. L. J. 109, 114 (2011).

(19) *German Alliance Ins. Co. v. Lewis*, 233 U.S. 389 (1914). 在该案中,德国联盟保险公司代表在堪萨斯州营业的保险公司提起诉讼,请求法院禁止堪萨斯州的保险费率管制立法的实施,其理由是:保险合同系私人之间订立的合同,政府无权进行干涉,保险费率管理立法违反了联邦和州的宪法。美国联邦最高法院在判决中认为,保险合同虽然属于私人之间订立的合同,但是,州政府对保险费率的管制合乎公共利益,因此,其并未违宪。

(20) *U. S. v. South - Eastern Underwriters Association*, 322 U.S. 533 (1944).

保险信息;另一方面,费率评估机构可以其收集的统计数据为依据拟定保险费率并向保险业推荐。费率评估机构拟定的保险费率,只有经保险监管机构批准后,方可实施。虽然费率评估机构拟定的费率仅是“推荐”性质的,但是,如果哪家保险公司拟定的保险费率偏离了费率评估机构的推荐费率,那么,保险监管机构在审批前将举行听证程序,非常繁琐。因此,实践中,大多数保险公司都会自觉采用费率评估机构的推荐费率。在这种体制下,各保险公司可以费率评估机构为媒介来实现保险费率的统一,并可享受豁免适用联邦反垄断法的待遇。

在统一费率的管制体系下,不仅许多恶性竞争被抑制,良性竞争亦无法实施。自20世纪70年代以来,美国许多州对保险费率又开始采取放松管制的政策。从目前的情况来看,在美国各州中,对于保险费率的监管存在6种不同的体制,其分别包括:事先批准制、备案生效制、先使用后备案制、弹性费率制、改良的批准制和自由费率体制。<sup>(21)</sup>总体上来说,除极少数对费率实行自由竞争的州以外,就大多数州而言,其采取的政策实际上都属于“管制下的竞争”,各州的保险监管机构既是行业监管机构,也是保险市场竞争秩序的维护者。

## (二) 欧盟的保险费率政策

1992年6月,欧盟发布了《关于非人寿保险的第3号指令》,要求各成员国取消对保险费率的审批要求,<sup>(22)</sup>从而在成员国之间实现了保险费率的自由化,各成员国的保险公司均可在欧盟范围内进行保险费率方面的竞争,而在此之前,许多欧盟成员国,例如德国、意大利、比利时等国,均存在对保险费率的管制政策。在对待保险费率方面,如何协调竞争执法与保险监管之间的关系,一直以来都是一个有争议的话题。德国等欧盟成员国曾经在其国内法中给予保险业在确定保险费率方面的行为以反垄断豁免,但是,这一做法并未获得欧盟法院的认可。

在20世纪80年代,德国的一家财产保险业协会(Verband der Sachversicherer, V)向其会员发布了一则重新确定保险费率的“建议”,欧共体委员会认定其违反了《欧共体条约》第85(1)条关于限制竞争的规定。于是,该保险业协会对欧共体委员会的决定不服而诉至欧洲法院。在诉讼中,保险业协会一方认为,保险业具有特殊性,保险公司之间需要一定的联合,以避免恶性竞争,从而保障保险公司的清偿能力,并基于此认为,欧共体的竞争法规则不应无条件地适用于保险业;并且还认为,其制定的保险费率是“推荐性”的,而非强制性的,且符合德国的有关立法,因此,不应被认为违反了竞争法。虽然依照德国当时的《反限制竞争法》和《保险监管法》,保险业可豁免适用德国的《反限制竞争法》关于垄断协议的规定,而受保险监管机构的监管,然而,欧洲法院并没有支持德国保险业协会的主张,在其看来:无论是欧共体条约,还是欧共体发布的条例,均没有关于保险业豁免适用欧共体竞争法的规定,因此,保险业仍需受欧盟竞争法的管辖,保险监管并不能取代竞争法机构的执法;德国财产保险业协会制定的保险费率虽然名义上是“推荐性”的,但实际上具有约束力,并且具有限制市场竞争的意图,因此,应对其采取制止措施。<sup>(23)</sup>该案在欧盟竞争法和保险法中都具有重要意义,为后来的竞争法执法提供了指引。有些成员国的保险行业协会虽然表面上放弃了统一费率或推荐费率的做法,但是,在

(21) 在保险费率自由化方面最为突出的当属美国的伊利诺依州,该州已完全废除了对保险费率的管制,彻底实现了费率的市场化和自由化。

(22) See Article 29 of Council Directive 92/49/EEC of 18 June 1992 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and amending Directives 73/239/EEC and 88/357/EEC (third non-life insurance Directive).

(23) Case 45/85 Verband der Sachversicherer e. V v. Commission [1987] E. C. R. 405.

实践中有可能鼓励保险公司继续遵循原有的费率计算指标和标准,这种做法仍有可能被竞争法执法机构认定为协同定价而受到查处。<sup>(24)</sup>

### (三) 欧美国家对保险信息交换的反垄断规制

保险人对于保险费率的厘定,是建立在一定的信息基础之上的,因此,保险人之间对于数据的交换,有可能触发合谋定价的嫌疑。然而,从另一方面来看,数据交换对于保险精算和保险业经营效率的提升又至关重要,因此,立法者在对保险人之间的数据交换进行规制时需要权衡利弊,对于分寸的把握至关重要。

依据保险学,保费由三部分组成:纯风险保费、管理成本和保险公司的预期利润。其中,纯风险保费是建立在对风险的测算基础之上的。保险公司通过集中大量的经验数据,运用大数法则,对事故发生概率进行测算。保险公司所掌握的经验数据越充足,对风险的测算就越准确。然而,除了少数历史悠久、实力雄厚的保险公司外,许多保险公司自身积累的数据量往往不足以支撑保险精算的要求。即使对于那些大保险公司而言,当开发一项新类型的保险产品时,也会面临相关数据不足的问题,因此,在保险业长期以来就形成了一种传统,即保险公司之间互相分享与计算保险费率相关的数据。

在美国,保险信息的交换通常是通过保险业自发组建的费率评估机构来实施的。例如,保险服务局(Insurance Services Office, Inc, 简称“ISO”),作为一家非营利性的会员制的费率评估和咨询机构,拥有1400多家从事财产保险业务的会员单位,覆盖美国50个州,其一方面从保险公司处收集损失、理赔等数据,另一方面向保险公司提供预测损失成本、基础费率、推荐标准保单等服务。保险服务局所提供的信息交换业务的合法性取决于美国各州的立法,从实践来看,绝大多数州对其合法性都是认可的。尽管如此,在开展涉及具体的保险费率和信息交换业务时,保险服务局对于涉嫌违反反垄断法的行为仍非常谨慎。1992年,美国的保险服务局开发了一项新产品,通过数据库和计算机软件为客户提供保险费率比较的服务,客户在选定特定的州和保险品种并输入被保险人的相关信息后,便可对多家保险公司的费率进行比较。由于该项产品涉及价格信息的交换与比较,保险服务局担心此种产品会被认为违反美国的反托拉斯法,于是向司法部发函询问。司法部经审阅后向保险服务局确认该产品符合《麦卡伦-弗格森法案》所规定的反托拉斯法豁免条件。<sup>(25)</sup>

在欧盟,对特定保险信息的交换,可享受反垄断法的集体豁免,但是,欧盟条例对此规定了极其严格的适用范围和条件。根据欧盟委员会2010年发布的条例,符合集体豁免条件的保险信息交换包括以下两类。第一类是指共同编制和发布为实现以下目的所必要的信息:计算在过去一定年度内承保特定风险的平均成本;编制死亡表格、关于疾病、事故和残疾发生频率的表格,但是,前述信息仅限于计算纯风险保费所需的必要的信息,而不得包含投资收益、管理成本或预期利润方面的信息。第二类是指共同开展有关外环境对保险业影响的研究,以及对研究成果的发布。其研究范围包括:关于特定风险或特定类型风险在未来发生索赔的频率或规模;不同类型的投资获利程度。

依照欧盟条例的要求,上述两类信息交换还必须满足以下条件:第一,不得识别出保险企业或其他保险当事人的身份;第二,在编制和发布文件时必须明确标明其不具有约束效力;第三,不得含有任

(24) 例如,意大利竞争法执法机构对意大利保险业协会的查处。See Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of Commission Regulation (EC) No. 358/2003 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector (SEC (2009) 364).

(25) Justice of Department: Response to Insurance Services Office, Inc. 's Request for Business Review Letter. <http://www.justice.gov/atr/response-insurance-services-office-incs-request-business-review-leer>, 访问时间:2016-02-21。



何关于商业保费的暗示;第四,当有任何一家保险企业提出要求时,均可以合理的、可负担得起的和非歧视的条件向其提供上述信息;第五,当有消费者组织提出要求时,除因公共安全的正当理由而不对外披露外,应以合理的、可负担得起的和非歧视的条件向消费者组织提供上述信息;第六,应当允许保险企业依其意愿选择使用其他组织或机构提供的信息或研究成果。<sup>[26]</sup>

对于无法满足上述条件的信息交换,则仍应适用欧盟反垄断法的一般规则来判断其是否构成对竞争的不合理限制。

#### (四) 中国的保险费率监管与反垄断规制

中国对于保险费率的监管政策经历了一个由严格管制到逐步放开的过程。1995年《保险法》第106条规定“商业保险的主要险种的基本保险条款和保险费率,由金融监督管理部门制订。保险公司拟订的其他险种的保险条款和保险费率,应当报金融监督管理部门备案。”中国人民银行在其制定的《关于印发〈财产保险基本险〉和〈财产保险综合险条款〉费率及条款解释的通知》中要求“各保险公司要严格按照时依照本条款、费率开展业务,未经人民银行总行批准,不得擅自对条款、费率和条款解释内容进行修改。”2002年修订后的《保险法》则将需要审批的保险品种限于“关系社会公众利益的保险险种、依法实行强制保险的险种和新开发的人寿保险险种等”,其他险种则仅需备案。保险监督管理机构审批保险费率时,应当遵循“保护社会公众利益和防止不正当竞争的原则”。由此可见,目前我国大多数财产保险险种的费率基本上是自由的,即使是那些需要报批的保险类型,其改革方向亦是趋于市场化和鼓励自由竞争。<sup>[27]</sup>然而,与市场化改革不相称的是,近年来,发生在保险领域的反垄断案件,多数都与保险费率有关。

例如国家发展和改革委员会对浙江省保险行业协会及相关保险公司行政处罚案、新疆维吾尔自治区发改委对新疆保险行业协会及相关保险公司行政处罚案等,这些案件的共同之处在于,保险公司通过地方保险行业协会的组织对特定保险品种的保险费率达成一致协议,而这些涉案的保险行业协会往往辩称,他们这样做的目的在于避免保险公司之间的恶性竞争,防止保险费率过低而危及保险公司的偿付能力。由此便产生以下问题:第一,实行保险费率的自由竞争是否必然会导致保险公司自行设定的保险费率低于合理水平,并会危及其偿付能力?第二,如果前一问题是肯定的,那么允许保险业订立固定保险费率的协议是否是解决前一问题的必要的或最佳的途径?

从欧美国家的保险业的发展历史来看,在保险业发展早期,由于保险监管的缺失、保险精算技术不够发达,以及保险业的过度自信和盲目扩张等原因,确实出现了各保险人竞相压低保费,以至于危及保险人偿付能力的现象。但是,随着现代保险监管的强化,特别是对保险公司偿付能力监管的加强,以及保险统计数据和保险精算技术的进步,放开普通商业保险品种的保险费率已具备条件,再以保障保险人的偿付能力为由对保险费率进行定价审批管制已不再具有充足理由,更不用提保险公司之间的协议定价或协同定价。欧盟以及美国伊利诺依州对保险费率的放开和对市场竞争的鼓励,并

[26] Regulation (EU) No. 267/2010 of 24 March 2010.

[27] 以商业车险为例,依照中国保监会制定的《关于深化商业车险条款费率管理制度改革的意见》和改革试点工作方案,商业车险的条款费率须依法报批,但保险公司自主厘定保险费率的权力会随着改革的深入而逐渐加大。依照中国保监会制定的《深化商业车险条款费率管理制度改革试点工作方案》(保监产险〔2015〕24号): $\text{保费} = \text{基准保费} \times \text{费率调整系数}$ 。其中, $\text{基准保费} = \text{基准纯风险保费} / (1 - \text{附加费用率})$ 。基准纯风险保费由中国保险行业协会根据其所收集的数据进行测算后确定,而附加费用率和费率调整系数由保险公司自主确定。如果保险人选择使用商业车险示范条款的,可分别在 $[-15\%, +15\%]$ 范围内,自主制定“核保系数”和“渠道系数”费率调整方案。

没有导致保险市场秩序的严重混乱或保险公司的破产,也从侧面证明了保险公司之间在保险费率方面的竞争并不必然导致保险费率低于保障保险人偿付能力所需的水平。

另外,退一步讲,即使有可能出现保险人之间恶性竞争的局面,也不适合采取保险人之间通过协议固定保险费率的方式来解决,因为固定保险费率的行为会产生抑制竞争的后果,从而导致定价过高、经济效率低下等诸多问题,并且在我国已实行备案制的情况下,保险监管机构可以对保险人设定的保险费率进行检查,如果发现有关费率设置不当的情况,可以直接责令保险人停止使用或限期修改。<sup>(28)</sup>

在反垄断执法压力下,保险公司之间明目张胆地通过协议来固定保险费率的行为已比较少见,目前,更需要关注的是非基于明示协议的协同定价行为,而协同定价的实现离不开信息交换。在欧美国家,长期以来业已形成通过保险行业协会或专业的费率评估机构来汇集保险数据的习惯,并且,其可依法享受豁免适用反垄断法的待遇。在我国,目前是由国务院批准设立的中国保险信息技术管理有限责任公司统一建设、运营和管理保险信息共享平台,并受中国保监会的监督,但是,保险信息共享平台的运营能否豁免适用反垄断法,尚有待明确。

在本文看来,保险人之间的信息交换与其他产业的经营者之间共享信息的做法有明显差异,因此,在对其进行反垄断规制时,需要进行利弊的权衡。允许保险业之间共享保险信息的积极意义在于:第一,充足的统计数据是保险人精确计算保险费率所需的必要条件,实现保险数据的集中有利于保险业经营效率的提高,也有利于维护保险人的清偿能力。第二,保险监管机构对保险费率的合理性进行监管时,也需要依赖于数据作出判断。第三,如果不允许保险数据的交换或集中,各保险公司只能自行收集数据,这会提高保险业的准入门槛,而且,会导致一些中小保险公司的经营成本大幅提高,因此,允许保险数据的交换或集中,将使得各保险公司,无论规模大小,均可以平等地获取计算费率所需数据,从而有利于保险业之间的竞争,也有利于扶持中小保险公司的发展。但是,若不对保险人之间的信息交换进行限制,则有可能出现某些保险公司之间借交换统计数据之名而行合谋定价之实。

基于上述考虑,本文主张,我国可以借鉴欧盟的做法,在未来对《保险法》或《反垄断法》进行修订时,明确规定对保险人之间的信息交换实行附条件的反垄断豁免。其中,最重要的限制条件包括:将可以共享的信息限于计算纯风险保费所必要的的数据;禁止保险公司之间相互获取关于管理费用、利润计算等可用于计算商业保费的数据,更不得直接交换关于商业保费的数据;应当给予所有的保险企业以平等地获取保险数据的机会;应当明确表明该数据对于保险企业无约束效力,允许保险企业自由取舍。

### 三、标准保单条款的制定与反垄断法规制

从反垄断法的角度来看,当同一行业内具有竞争关系的企业都采用相同的标准合同条款,而这些合同条款又构成了企业与客户之间的交易条件时,便具有横向垄断协议的嫌疑,但是,具体的认定则需要权衡其对市场竞争与效率所产生的积极影响与消极影响。<sup>(29)</sup>

(28) 参见《财产保险公司保险条款和保险费率管理办法》(保监会令2010年第3号)第13条、第26条、第30条。

(29) See European Commission, Communication from the Commission—Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (OJ C 11, 2011-01-14).

保险企业采用相同的标准保单条款在实践中很常见。从形式上看,标准保单条款包括两类,一类是近乎完整的标准保单条款,另一类则是零散的、专门针对某一问题的保险合同条款,如人寿保险中的不可抗辩条款。从性质上看,标准保单条款可分为两类,一类是法定的、强制性的,各保险公司均必须将其纳入本公司的保单中的标准条款,例如,美国《纽约州保险法》规定的标准火险保单条款;<sup>(30)</sup>另一类则是由保险行业团体或保险费率评估机构制定的、由保险公司自愿采纳的、示范性而非强制性的标准条款,如美国保险服务局(ISO)拟定的各种财产保单、通用责任保单条款。

保单条款的发展历程与保险费率的历程很相似,也先后经历了由各保险公司自由制定到逐步趋同、标准化的过程,并且,在这一过程当中,立法和保险监管机构发挥了重要作用。<sup>(31)</sup>为避免招致垄断的指控,许多国家的保险业在发布行业标准保单时都非常谨慎。例如,在美国,保险行业协会或费率评估机构在发布标准保单时,通常都要标明仅具有推荐性或示范性质而不具有强制性,允许各保险公司可以自主决定是否采纳全部或部分,或允许保险公司对其中某些条款进行修改,或允许自行拟定的条款。

值得注意的是,欧盟委员会曾在1992年至2010年期间,给予保险业的共同标准保单条款以集体豁免适用反垄断法的待遇,但附加了多项苛刻的条件,其中,要求该标准保单条款本身必须明确说明其仅具有示范性,而不具有约束力,各保险公司可以采取该标准保单条款也可以采取其他交易条款,并且,该标准保单条款必须能够向其他利害关系群体开放。<sup>(32)</sup>2009年,欧盟委员会在对该项规定的实施情况进行评估后认为,标准合同条款这一形式不仅存在于保险业,也存在于其他行业,如银行业,并且,其他行业都未享受反垄断豁免的待遇,也未因此而阻碍其业务的发展,由此看来,如果仅单独给予保险业的标准合同条款以豁免待遇是不合理的,也缺乏充分的必要性。<sup>(33)</sup>基于上述考虑,欧盟委员会在2010年发布的新条例中,已将标准保单条款从“集体豁免”的范围中剔除。

需要说明的是,虽然共同的标准保单已不再属于欧盟反垄断法“集体豁免”的范围,但是,这并不意味着其被完全排除在豁免范围之外,保险业仍然可基于《欧盟运行条约》第101(3)条[原《欧共同体条约》第81(3)条]通过个案申请的方式主张特定的共同标准保单条款豁免适用反垄断法。可以参照的是,在2004年,曾有人指控德国保险业协会和作为其成员的保险公司在职业残疾保单中使用统一的条款构成了法律禁止的“卡特尔”,但是,欧盟委员会以该标准条款符合《欧共同体条约》第81(3)条所规

(30) 虽然在当今美国,火险保单是最典型的标准保单,但是,在美国历史早期,火险保单并不统一,而是由各保险人自行拟定,其结果不仅仅是各家保险公司的火险条款互不相同,更为重要的是,许多保单条款设置得不尽合理,对于被保险人的要求过于严苛,并且保单条款复杂、难懂,从而在社会上产生了许多对保险界的报怨。为了消除这种局面,美国的许多州在19世纪后期开始通过立法强制推行标准保单,其中最为著名的,也是后来被其他州广泛采纳的保单当属纽约州的标准火险保单条款。See Thomas L. Wenck, *The Historical Development of Standard Policies*, 35 *The Journal of Risk and Insurance* 537, 545 (1968).

(31) 目前所能发现的文献中关于标准保单的最早记载可见于1523年意大利佛罗伦萨的城市法规,其规定市政府任命的保险监管官的主要职责之一就是,对保险商的保险条款进行审查,对于那些与“一般的通用保单”(general and universal policy)不一致的保险条款不予批准,但是,对于通用保单的具体内容没有记载,不过,我们可以从已有的信息中发现,标准保单的产生与保险监管存在着密切关系。事实上,后来的标准保单也往往都与保险立法或监管有关。英国的“劳埃德”保险组织也在1779年自发形成了海商保险方面的标准保单,后来,该标准保单被1795年的议会法案和《1906年海上保险法》所采纳,从而成为法定的标准海商保单。See Thomas L. Wenck, *The Historical Development of Standard Policies*, 35 *The Journal of Risk and Insurance* 537, 538 (1968).

(32) See Commission Regulation (EEC) No. 3932/92, Article 5-7.

(33) Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of Commission Regulation (EC) No. 358/2003 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector (SEC (2009) 364).

定的反垄断豁免范围为由,驳回了原告的指控。<sup>(34)</sup>

在我国,保单条款也经历了由严格管制到逐步放松的过程,目前,标准保单条款主要由保险行业协会制定。中国保监会在其制定的《关于深化商业车险条款费率管理制度改革的意见》中,一方面要求中国保险行业协会制定行业示范保险条款,另一方面又鼓励保险公司积极开发创新型条款,这种看似矛盾的意见反映了保险监管机构在对待标准保单条款时的复杂态度。关于标准保单条款与垄断协议的关系,在国内尚停留在理论研究层面,笔者未发现国内有执法部门或当事人对此提起反垄断指控,但是,对此问题仍不可予以忽略。总体上讲,笔者倾向于欧盟的主张,即对于保险业的标准保单条款,并不能当然地豁免适用反垄断法,而应当依具体情形去甄别,需要考虑采用该标准保单条款的保险企业所占市场份额、标准保单条款有无约束力,其对市场竞争的抑制作用与促进作用,以及对消费者的影响等因素。

虽然国内保险行业协会制定的标准保单,通常都会冠以“示范条款”的名义,以表明其对会员不具有法律上的约束效力。<sup>(35)</sup>但是,从反垄断法的视角来看,如果采取共同标准合同条款并具有竞争关系的企业占据的市场份额足够大,并且,这些标准合同条款构成了行业企业与客户之间的交易条件时,即使该标准条款标明其仅具有“示范性”,亦有可能被认为具有事实上的约束效力,从而会对竞争构成限制。<sup>(36)</sup>保单的标准化和统一化会对市场产生一些消极影响:首先,不利于保险公司的创新,会在一定程度上阻碍保险人制定和采用新条款,从而阻碍保险公司之间的竞争;其次,它会使消费者的选择受到限制,有可能导致消费者无法找到适合自己需要的保险条款;再次,标准保单条款也可能造就保险人之间的合谋,共同采用某些有利于保险人而不利于投保人、被保险人的条款,并且,此类标准条款难以依赖市场自身的力量被淘汰。

与此同时,我们也应该看到,标准保单条款对于市场竞争也具有积极的一面。首先,标准保单的优点在于,其省却了每位保险人单独撰写保单条款的成本,特别是对于那些新进入保险市场的中小保险公司,利用现成的标准保单可以降低其经营成本,并且,保险业经营成本的降低,最终也会惠及众多投保人和被保险人。其次,它便于投保人对不同保险公司所提供的相同保险品种的保险费率进行比较,从而有利于促进保险公司之间的公平竞争。保险本质上是一种服务而不是货物,其所提供的服务内容是由保单条款决定的,因此,对各保险公司的保险费率进行有意义比较的前提是,各保险公司采用的都是相同的或极为相近的保险条款,但是,普通人往往并不具备对保单条款的内容进行仔细评估或甄别的能力,因此,如果没有被保险业共同认可的标准保单,那么,在投保人与保险人之间存在信息不对称的情况下,很难实现保险人之间的正当竞争,容易诱发一些保险公司选择设计表面上保费较低而承保范围窄、限制条件多的保单条款,从而导致逆向选择的结果。再次,标准保单条款的采用,对于保险信息交换及保险费率的厘定有重要影响。保险费率的厘定是建立在对于同类风险信息的充分收集和统计分析的基础之上的。如果不同的保险人都采用相同的保单条款,那么,在进行信息收集和统

(34) 值得一提的是,在该案中,没有证据能够证明被指控的标准保单对于协会会员或协会以外的保险公司具有强制性,这是认定该标准保单条款的使用不构成卡特尔的重要依据。See Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of Commission Regulation (EC) No. 358/2003 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector (SEC (2009) 364).

(35) 例如,中国保险行业协会制定的《机动车辆商业保险示范条款》。

(36) See European Commission, Communication from the Commission—Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (OJ C 11, 2011-01-14).

计时就会变得非常容易,而如果保险人之间的保单条款迥异,那么,对于信息的统计分析就会变得异常复杂。例如,在一起欧盟案例中,一家保险行业协会在其制定的标准保单中声明其不具有强制性,允许其会员可以更改有关条款,但是,其要求会员在更改标准保单条款时必须通知保险行业协会,于是,其被指控此种做法会导致标准保单具有约束力而有构成横向垄断的嫌疑,但是,欧盟委员会认定,对于保单条款的更改会影响到计算保险费率所需的统计数据的收集,因此,保险行业协会所设定的通知要求具有合理性,不会影响该标准保单享受豁免适用反垄断法的待遇。<sup>(37)</sup>

基于上述考虑,在本文看来,对于保险业的标准保单条款,不宜给予行业性的或概括性的反垄断豁免,但是,对于特定的标准保单条款,可基于个案审查的方法,在综合考虑其使用所带来的积极效应以及对竞争所产生的限制效果,来判定是否应给予其反垄断豁免。

#### 四、共同保险与反垄断法的规制

2013年7月,湖南省工商行政管理局发布公告,对张家界市保险行业协会因组织当地保险企业从事垄断协议行为进行了行政处罚,其所涉及的垄断协议行为主要是指保险企业之间订立的关于车险的共保协议。<sup>(38)</sup>所谓共保协议,一般来讲,是指两家以上保险企业为了共同承保特定的风险而订立的协议,包括共同保险协议和共同再保险协议,其具体的范围和类型在不同国家可能有所差异。<sup>(39)</sup>在我国相关的规范性文件中,共同保险被限定为两个以上的保险公司“使用同一保险合同,对同一保险标的、同一保险责任、同一保险期限和同一保险金额进行的保险”。<sup>(40)</sup>我国的保险监管机构虽然曾经发布过关于共同保险的规范性文件,但其监管的重点在于防范风险的累积,而对其是否构成垄断协议并未给予充分关注。<sup>(41)</sup>

在欧盟,共同保险被划分为两种类型:第一类是指两家以上的保险企业通过共同组建一个相对独立的组织或者通过订立协议共同委托某一家保险企业或某一个保险代理人,由其代表全部成员保险企业与被保险人签订保险合同,各成员保险企业按照事先约定的比例承担保险责任,但承保、理赔等事项可由共保组织或共同委托的保险企业或保险代理人来完成,此种类型的共同保险,又被称为“保险共同体”(coinsurance pool)。第二类是指特定的共同保险(ad-hoc coinsurance),通常是由被保险人或其经纪人先选择一家保险企业作为主承保人,并与其商谈确定保险份额、保险费率和条款,然后,再就剩余份额与其他保险人分别签订保险合同,各保险人分别按照各自签订的保险合同以事先确定的份额来承担保险责任,并且,在通常情况下,其他各位保险人与被保险人签订保险合同时所使用的合同条款以及保险费率都会同主承保人与被保险人签订的保险合同相一致。

共同保险所引发的反垄断法上的关切在于,参与共保的各保险人所使用的交易条件与费率都是

(37) 90/25/EEC, Commission Decision of 20 December 1989 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty - Concordato Incendio.

(38) 国家工商行政管理总局《竞争执法公告》第6号:湖南省张家界市保险行业协会组织本行业经营者从事垄断协议案;湖南省工商行政管理局行政处罚决定书(湘工商竞处字(2012)2号)。

(39) 鉴于共同保险协议和共同再保险协议具有共同之处,因此,为了论述方便,本文在论述共同保险时,除另有说明外,其含义亦包括共同再保险,而不再同时列举共同保险和共同再保险。

(40) 参见中国保险监督管理委员会《关于大型商业保险和统括保单业务有关问题的通知》(保监发(2002)16号)关于“共同保险”的定义。

(41) 参见中国保险监督管理委员会《关于加强财产保险共保业务管理的通知》(保监发(2006)31号)。

相同的,从而抑制了彼此之间的竞争,并且,当其所占市场份额较高时,亦会对相关市场的整体竞争状况产生影响。然而,从另一个角度来看,共同保险是市场应对某些风险的自发产物,其既可满足投保人分散风险的目的,也有利于保险人分散承保风险的需要,因而有其积极的一面。如果没有共同保险,对于某些巨型风险,有可能出现无保险人愿意承保的结果。因此,对于共同保险,是否构成垄断,是否需要给予其豁免适用反垄断法的待遇,需要仔细区分类型而定。

有些巨型风险,如核事故、大规模恐怖袭击、重大环境事故,往往是单个保险人所无力承担的,只能通过数家保险公司共同承保的形式来解决,在这种情况下,共保协议的存在是必要的且合理的,不会对市场竞争产生限制,不构成垄断协议。

然而,对于巨型风险以外的普通风险,既可以采取两家以上保险公司共同保险的方式,也可采取单个保险公司独立承保的方式,在这种情况下,就需要将共同保险对市场竞争的影响进行评估,以作出判断。共同保险对于市场竞争的消极影响在于,当共同保险的成员公司都采用相同的保险条款时,其所提供的保险产品实质上是相同的,此时保险公司之间的竞争本应体现为费率方面的竞争,然而共同保险协议以统一定价的方式抑制了这种价格竞争,并且,当共同保险的成员公司在相关市场上的市场份额相当大的时候,就会对整个保险市场的竞争造成限制,而且,当形成垄断性定价时,保费有可能维持在比较高的水平,从而损害投保人的利益。另外,共同保险采取统一保险条款的方式,也会限制保险公司的创新,造成保险产品的单一化,从而限制了投保人的选择,无法满足投保人多样化的需求。与此同时,共同保险对于保险市场亦有积极的一面,特别是对于那些新成立的保险公司和中小保险公司而言,由于缺乏经验和数据,其对于一些风险可能根本无力独立承保,但是,却可以通过共同保险这一途径参与其中,并有机会与大型保险公司共享经验和数据。对于此类共同保险,欧盟采取了附条件的豁免政策。

依照欧盟条例的要求,只有符合一定条件的共同保险才可以享受反垄断豁免,其中,首要条件就是关于市场份额的要求。市场集中度,是判断共同保险协议是否对竞争构成限制的重要因素。在参与共同保险的保险人所占市场份额很低的情况下,即使存在共同保险协议,亦不会对市场竞争造成严重限制。依照欧盟条例的规定,只有当共同保险的参与企业在相关市场所占据的市场份额不超过20%,对于共同再保险而言,参与企业的市场份额不超过25%时,才可享受反垄断豁免的待遇,但是,对于共同承保“新风险”,自保险共同体设立之日起3年内可享受豁免待遇,且无市场份额方面的限制条件。所谓的“新风险”,是指全新的、先前从未存在过的险种,而不是对既有险种的扩展或更新。<sup>(42)</sup>其他豁免条件还包括:每一家参与共同保险的保险公司都有权(在提前发出通知的前提下)自由地从保险共同体中退出而不受任何惩罚;共同保险协议不强迫参与保险公司必须通过保险共同体来承保某类风险,也不限制成员保险公司在保险共同体之外从事承保业务;共同保险协议不得限制其成员的经营地域、产量或销售,也不得分割市场或客户;成员公司不得就其各自在直接保险中的保险费率缔结一致协议。<sup>(43)</sup>

关于特定的共同保险(ad-hoc coinsurance)的问题,欧盟委员会曾委托安永会计师事务所(以下简称安永)对特定的共同保险问题进行调研。通过安永在2014年提交的研究报告,我们可以对欧盟市场上特定的共同保险问题有所了解。在欧洲保险市场上,当某一投保客户的保险标的过于庞大而

(42) Article 6 of Regulation (EU) No. 267/2010 of 24 March 2010.

(43) Article 7 of Regulation (EU) No. 267/2010 of 24 March 2010.

希望能够充分地分散风险时,保险经纪人通常会劝说其采取共同保险的方式,首先,需要在众多的保险公司中选择一家主承保公司,与其谈判确定保险条款、费率和承保份额,然后,再就剩余的份额征募其他保险公司认购。虽然并没有合同上的约束或法律上的约束,其他保险公司与投保客户签订保险合同时所采用的条款和费率通常都与主承保公司的合同相同。尽管如此,在安永看来,并不存在限制竞争的问题,这主要是因为:通常被保险人选择主承保商的过程是一个市场竞争非常激烈的过程,而最终达成的交易条件往往都是最佳的,因此,后续的保险公司已很难提出更优的交易条件了,所以,后续保险公司遵从主承保公司确定的交易条件是市场机制的产物,并不是出于限制竞争的目的。从历史上来看,在欧洲保险市场上确实曾经存在过“最优惠交易条款”的做法,即主承保商在与客户签订的保险合同中约定,如果客户以后给予了其他保险公司更为优惠的交易条件,那么,该交易条件也适用于主承保商。但是,在今天的欧洲保险市场上,此类条款已很少见,并且在许多国家的立法中,也已被明令禁止。<sup>(44)</sup>

在日本,共同保险亦属于豁免适用反垄断法的范围,但是,其条件和程序与欧盟法不同。依照《日本保险业法》的规定,两家以上财产保险公司在从事依照法定条件和程序获得批准的共同保险行为时,将不适用《禁止垄断和维持公平交易法》,但是,以下情形除外:行为人使用了不公平的交易行为,严重限制了一定交易领域的竞争,不公正地损害了保单持有人或被保险人的利益。可获得反垄断豁免的共同保险的领域仅限于航空保险、原子能保险、机动车责任保险、地震保险以及相关的共同再保险行为,并且应满足以下条件:(1)不得公正地损害保单持有人或被保险人的利益;(2)不存在不合理的歧视;(3)对于参加和退出不存在不合理的限制;(4)限于为实现风险分散、平衡或其他目的而必要的最低程度内。并且,日本的财产保险公司欲就其共同保险行为申请反垄断豁免,应当获得首相的批准,而首相在作出批准决定之前,应当先通知公平交易委员会并获得其批准。<sup>(45)</sup>

在我国实践中常见的共同保险主要有两类:一类属于对巨灾风险的共同保险,例如,我国的核保险共同体、航天保险联合体等;另一类则属于以“张家界案”为典型代表的由地方保险行业协会组织或支持的关于市场分割的共同保险。对于第一类共同保险的合法性,通常并无争议,但是,第二类则涉嫌违反《反垄断法》。

其实,早在20世纪90年代在国内航意险领域就曾出现过共同保险。当时主要是因为一些保险公司大打价格战,自1996年深圳开始实行航意险共保体制,各保险公司按约定的比例,共同分享保费,分担相应的成本和责任。自1997年以来,航意险的“共保”模式被推行到全国大部分地区。1997年10月,由国内13家保险公司签订的《全国保险行业公约》达成共识:“对某些特殊业务可采用联合共保的方式,避免有损行业形象的事件发生,一旦共保协议成立,共保各方均不得单方面改变承保条件,以确保保险当事人的共同利益”。<sup>(46)</sup>所谓的“有损行业形象的事件”,主要是指竞相降低保险费率的的行为,因此,共保协议具有限制竞争的目的,但是,当时我国尚无《反垄断法》。后来,随着航意险的市场化,共保方式逐渐淡出,但是,曾经出现在航意险领域的问题又在机动车保险领域重现,一些地方保险行业协会采取的应对方案依然是共同保险,即使是在《反垄断法》生效以后依然存在。以张家界

(44) See Ernst & Young, Study on co(re) insurance pools and on ad-hoc co(re) insurance agreements on the subscription market (July 2014).

(45) 《日本保险业法》第101条至105条。

(46) 温怀斌《论共保模式的优劣与适用对象》,载《福建金融》2004年第1期。

案为例,该市的保险行业协会在2011年组织8家保险企业订立《新车保险协议》,《新车保险协议》统一了张家界新车保险业务的地点、渠道和折扣标准,设立新车窗口,新车承保业务统一由新车窗口办理和管理,各保险公司均需统一委托一家公司代理而不得单独销售,并且,协议还对新车保险的市场份额进行了划分。为了保障协议的履行,保险行业协会还对签约的各家保险公司的行为进行监督检查。<sup>(47)</sup>此种固定价格和划分市场份额的行为,显然违反了《反垄断法》。近年来,共保现象已不再限于机动车保险领域,在其他领域也开始出现,例如,江西省工商行政管理局在2015年查处的一起反垄断案件就是发生在建筑工程意外伤害保险领域,其存在的问题仍然是保险公司通过共保协议划分保险市场份额和保费分配问题,亦明显属于垄断协议性质。<sup>(48)</sup>

总之,在本文看来,在我国现行法律背景下,不宜给予共同保险以宽泛的或一般性的反垄断豁免待遇。对于核保险、航天保险等巨型灾害保险,由于无法由单一保险公司承保,而只能通过共同保险来实施,因而,不构成对市场竞争的限制,可认定其不违反《反垄断法》;对于巨型风险以外的普通风险的共同保险行为,则应基于个案的具体情形来判断是否应给予反垄断豁免。

## 五、保险行业监管与反垄断的关系

从前面的论述中我们可以发现,在一些保险经营领域,保险行业监管措施与反垄断规制措施是并存的。事实上,某些保险监管措施,例如,对保险费率的监管,是对市场价格机制的干预,会对市场竞争产生抑制作用。实践中,一些受到反垄断执法机构调查的保险行业协会和保险公司往往都声称,它们的保险费率和保险条款都是经过保险监管机构批准的,因而应当不再受反垄断执法机构的监管。因此,对于反垄断执法机构而言,如何处理反垄断执法与保险行业监管之间的关系,的确是一个棘手的问题。

对此,美国的“联邦贸易委员会诉泰克产权保险公司”案值得研究。在该案件中,美国六家最大的产权保险公司就其服务收费通过费率评估机构达成横向的固定价格协议,美国联邦贸易委员会指控此种行径违反了联邦反垄断法,而被控保险公司则主张此种行为已受到州政府的监管,从而主张排除适用联邦反垄断法。美国联邦最高法院认为,以“州政府行为”为依据主张豁免适用联邦反垄断法,需满足两个前提要件:一是州的法律或监管政策明确表明了其允许私人从事某种限制竞争的行为;二是州政府监管机构确实对私人所从事的限制竞争行为进行了积极的监管。而在该案中,据法院查明,相关各州的法律的确授权了费率评估机构的设立与费率的发布,并要求其向监管机构申报,州监管机构有权对其进行审查并作出否决的决定,但是,这只是纸面上的规定,在实践中,州监管机构几乎没有对申报的费率方案进行过实质性的审查或行使过否决权,充其量只是一个“橡皮图章”。基于此,联邦最高法院认为,州政府并没有对被指控的保险公司所实施的费率固定协议行为进行过“积极监管”,从而驳回了保险公司的主张。在联邦最高法院看来,真正有资格获得联邦反垄断法豁免的是政府的监管行为,而不是私人依据监管政策订立的限制竞争的协议,因此,如果政府并没有实际实施监管权力来对私人行为进行审查并作出独立判断,那么,纯粹的私人协议是不能获得反垄断豁免的。<sup>(49)</sup>

(47) 同注38引文。

(48) 参见国家工商行政管理总局《竞争执法公告》2016年第1号:中国人寿、泰康人寿等保险公司江西分公司垄断协议案。

(49) *FTC v. Ticor Title Ins. Co.*, 504 U.S. 621 (1992).



上述案件带给我们的启示是,虽然保险监管机构依法采取的行政监管措施可以不受反垄断法的约束,但是这并不意味着保险公司依照保险监管政策而实施的某项经营行为可以当然地享受反垄断豁免。只有当保险监管政策本身含有限制市场竞争的效果或意图,并且,保险监管机构对于保险公司的经营行为采取了积极的且具有实质意义的监管措施时,才可以考虑是否给予该项经营行为以反垄断豁免。

## 六、结语

综上所述,关于保险业适用反垄断法的问题,在本文看来,不宜采用行业豁免的做法,但可采取行为豁免的方法,即保险业原则上仍应适用反垄断法,但对于保险业所存在的某些特定的保险经营行为可给予反垄断豁免,为此,立法机构可以《反垄断法》第15条为基础,结合保险行业的特殊性,设定具体的豁免条件,建立豁免的申报、审查和核准程序。另外,值得注意的是,从美欧等国反垄断法的发展趋势来看,反垄断法的豁免范围呈现不断收缩的态势,不仅对于保险业如此,对于其他行业而言亦是如此。<sup>(50)</sup>

探讨保险行业的反垄断法问题,必然会涉及到保险行业监管与反垄断执法的关系。首先,反垄断法奉行市场竞争至上的原则,其看重的是市场竞争给社会所带来的益处,以及垄断所导致的经济效率的降低和消费者福利的减少;而保险监管的出发点则认为市场是有缺陷的,监管的目标就在于通过政府干预来解决“市场失灵”所带来的问题,尤其注重保障保险业的清偿能力。由此可见,反垄断执法与保险监管的着眼点不同,一方无法完全取代另一方,双方可以并行。其次,两者存在互补关系,特别是对于那些被纳入到反垄断豁免范围内的保险经营行为,保险监管机构应确实担负起对其严格监管的职责。最后,当前迫切需要在保险监管机构与反垄断执法机构之间建立起一种沟通和协调机制,避免发生冲突,从而增强法律规则的可预期性,保障保险市场的健康发展。

### Research on Application of Antitrust Law in the Insurance Industry

Zhou Xuefeng

**Abstract:** The insurance industry is a specialized and strictly regulated field, it has a certain particularity in the application of antitrust laws. However, it should not be given industry practices exemption, but should be given the conduct exemption, which means that the insurance industry should be subjected to the antitrust law, except for a certain kind of conduct of insurance business that may be granted to antitrust exemption. We should establish a coordination mechanism between the antitrust law enforcement agencies and insurance regulators in order to ensure the healthy development of the insurance market.

**Keywords:** insurance; antitrust; exemption

(责任编辑:倪鑫煜)

(50) 例如,1999年日本废止《禁止垄断法适用除外法》,将47种适用除外制度减为35种;2001年底又将其减至22种,至2009年时仅剩下18种。参见黄进喜《反垄断法适用除外与豁免制度研究——以产业政策与竞争政策的冲突与协调为视角》,厦门大学出版社2014年版,第149页。