

对保险业危害竞争行为法律规制的立法思考

李传轩*

近几年来,随着我国保险业的不断开放,保险市场获得了迅猛发展。保险市场主体越来越多,已由当初的中国人民保险公司一家独家经营发展到目前的85家,同时还有大量的保险中介机构,^{1[①]}市场竞争日趋激烈。同时,我国保险业已进入履行加入WTO有关承诺的最后时期,还将有许多外资保险公司进入我国保险市场,市场竞争将更加激烈。在保险业一路高歌猛进的发展势头下,我们也必须看到,保险市场中的竞争机制并非健全和有效,危害竞争的行为还大量存在,一些危害竞争行为已经危及到保险市场的有序运行和保险业的健康发展,必须予以有效的规制。但当前我国对保险业危害竞争行为的法律规制无论在立法层面上还是在执法实践中,都存在着许多问题。对此,应针对问题症结所在,对如何有效规制危害竞争行为进行相应的立法思考,并以即将进行的《保险法》修改和《反垄断法》制定为契机,提出有关立法建议。

一、我国保险业危害竞争行为之表现

本文所指保险业危害竞争行为,是指保险市场主体直接或间接实施的危害保险市场健康有序运行和保险市场竞争机制有效发挥的市场行为。具体包括保险业不正当竞争行为和保险业垄断经营行为两个方面。

(一) 不正当竞争行为

当前我国保险业中存在的不正当竞争行为主要体现为以下几个方面:

1. 虚假宣传、误导消费。一些保险公司在宣传自己的保险产品时,夸大保险产品收益、保险责任范围,从而达到误导消费的目的;或做出引人误解的宣传,如在宣传银行保险产品时打出“某某保险公司与某某银行联合推出”的广告,使消费者误以为是银行的产品,产生不当的理解和信赖,等等。

2. 商业贿赂。商业贿赂行为是指保险公司或保险中介机构给予投保人、被保险人、受益人、中介人或其他有关单位或人员以不当的额外利益或回扣的行为。在实践中主要表现为:保险公司在通过银行销售保险时给予银行除代理手续费之外的回扣或私下激励;在销售团体保险时给予投保人或有关经办人员一定比例的回扣,等等。

3. 商业诽谤。保险市场竞争中比较常见的商业诽谤主要有:捏造、散布有关竞争对手的业务经营等方面的虚假信息;不恰当地散发和传播不利于竞争对手的宣传材料和信息资料;将自己的产品与竞争对手的产品进行不正确的比较以突出自己的产品优势,比如对分红产品的分红率进行简单片面的比较。

4. 其他不正当竞争行为。保险业中还存在着其他一些不正当竞争行为,如不正当的代理

* 李传轩,华东政法学院经济法学专业博士研究生。

^{1[①]} 数据参见<http://www.circ.gov.cn/bxjg/index.htm>, 2005年11月18日登录。

人争夺战等。

（二）垄断经营行为

我国保险市场中比较常见的垄断经营行为主要有以下几种：

1.联合限制竞争行为。联合限制竞争行为，就是指两个或两个以上的采取协议或默契等形式，共同对特定市场的竞争加以限制的行为。^{2[2]} 保险市场上常见的联合限制竞争行为有航意险市场共保、企财险市场共保等。其中最典型的是航意险市场共保，各家保险公司通过共保协议，统一保险条款，按照协议份额分割航意险市场。

2.搭售。保险市场上的搭售主要表现为保险公司在销售一种保险产品时不合理地要求消费者购买其他保险产品，比如在销售法定的机动车辆第三者责任险产品时，要求消费者还必须购买其他相关机动车辆保险产品。

3.低价倾销。在保险市场上低价倾销主要是指保险公司之间的恶性、过度的价格竞争，具体表现为兼业代理手续费大战和竞相降低产品费率。尽管保险产品并不象其他有形产品一样具有具体确定的成本价格，但基于对产品所保风险和偿付能力的精算分析，还是有最低的价格标准的。因此保险产品在定价时已经对代理手续费的费率和保险产品的费率做出了控制。但在兼业代理业务经营中一些保险公司尤其是其分支机构常常超出最低控制费率向银行等兼业代理机构支付手续费。在一些企业财产险业务和团体医疗保险业务中，一些保险公司则往往以极低的费率甚至零费率来进行承保。

4.指定交易。指定交易主要是指保险公司利用自己在理赔时的特定优势，不合理地要求被保险人与其指定的交易主体进行交易。比如，为车险客户指定汽车修理厂家或指定某种品牌的配件及附件，为医疗险客户不合理地指定治疗医院等。

5.借助其他机构的行政权力或独占地位进行强制交易或谋求垄断。其具体表现有：在销售学平险时借助教育主管部门或学校进行强制保险或谋求垄断市场；通过客运公司谋求乘客意外险市场的垄断地位，通过建工主管部门谋求建工险市场的垄断地位，等等。由于保险公司或保险中介机构常常是通过商业贿赂才能实现对其他机构独占地位的借助，因此保险公司保险中介机构的这类行为也经常被纳入商业贿赂行为中予以规制。

二、我国对保险业危害竞争行为的相关法律规制情况

目前，我国对保险业危害竞争行为作出相应规定的法律主要有《反不正当竞争法》和《保险法》。其中，《反不正当竞争法》是从竞争基本法的角度来进行规定的，而《保险法》则是从行业特殊法的角度来进行规定。

（一）《反不正当竞争法》的有关规定

我国《反不正当竞争法》对市场的一些不正当竞争行为和部分垄断经营行为进行了一般性的规定，除非有关法律法规明确规定适用除外，这些规定也同样适用于保险业。《反不

^{2[2]} 王先林著：《WTO竞争政策与中国反垄断立法》，第184页，北京：北京大学出版社，2005。

正当竞争法》第 8 条对商业贿赂、第 9 条对虚假宣传、第 14 条对商业诽谤等不正当竞争行为分别进行了明确的规定；《反不正当竞争法》第 11 条对低价倾销、第 12 条对搭售等垄断经营行为分别进行了明确的规定。《反不正当竞争法》虽然在第 6 条对公用企业和其他具有独占地位的经营者的限定交易进行了规定、在第 7 条对行政垄断进行了规定，但并不能涵盖保险业中的滥用特定优势指定交易与借助其他机构的行政权力或独占地位进行强制交易或谋求垄断这两种行为。而且，《反不正当竞争法》没能对联合限制竞争行为进行规定。

（二）《保险法》的有关规定

我国《保险法》根据保险行业的特殊情况对保险市场上的不正当竞争行为和垄断经营行为进行了原则性的规定，并对某些不正当竞争行为和垄断经营行为进行了明确规定。《保险法》第 8 条进行了原则性规定：“保险公司开展业务，应当遵循公平竞争的原则，不得从事不正当竞争”。《保险法》第 106 条（四）项和第 131 条（四）、（五）项对保险业商业贿赂行为、借助其他机构的行政权力或独占地位进行强制交易行为作出了明确规定。《保险法》的有关规定比较简单，但中国保监会根据《保险法》等法律法规制定的《保险公司管理规定》等部门规章则对保险市场上一些不正当竞争行为和垄断经营行为进行了十分具体的规定。

（三）相关法律制度的实施情况

从对保险业危害竞争行为的法律规制情况来看，相关法律制度的实施情况各不相同，许多方面存在着不尽人意的地方。对于《反不正当竞争法》来说，实践中其实施主体一直是工商管理行政部门。由于管理事项繁多、管理范围广泛，加之保险行业所特有的专业性，以及保险市场规模较小、影响不大，长期以来工商管理行政部门一直没能充分有效地介入保险行业，运用《反不正当竞争法》来规制保险业的危害竞争行为。自 2001 年 4 月份以来，工商管理行政部门开始重视对保险市场上的不正当竞争行为和垄断经营行为进行规范整顿，^{31[3]} 却引发了其与保险监管部门之间“孰为执法主体”的争论。因此可以说，《反不正当竞争法》一直没能在保险行业获得直接充分的实施，对保险业危害竞争行为的规制效果并不明显。

对于《保险法》来说，其实施主体中国保监会是保险业专门监管机关，对保险市场上出现的危害竞争行为进行规制一直是其工作的重要内容。因此，不仅《保险法》中的有关规定得到了充分的贯彻实施，而且中国保监会还在其根据《保险法》等法律法规（根据立法精神及立法内容，此处的法律法规应包括《反不正当竞争法》）制定的《保险公司管理规定》等部门规章对保险业一些不正当竞争行为和垄断经营行为进行了十分具体的规定，并在监管工作中有力地贯彻实施。因此，尽管出现了“孰为执法主体”之争，但不可否认的是，《保险法》及与其相关的保险监管规章中的有关规定获得了较为充分的实施，对保险业危害竞争行为的规制效果也比较直接和明显。

三、保险业危害竞争行为法律规制问题的检讨

保险业中大量存在的危害竞争行为已经严重扰乱与损害了保险市场竞争秩序，但是，相

^{31[3]} 段胜武：《保险行业：是垄断还是不正当竞争》，载《经济日报》，2001 年 4 月 18 日。

关的法律规制体系不够健全和协调，制度基础也十分薄弱。与此相应，执法实践中也出现了许多冲突和矛盾。如何对保险业中的危害竞争行为进行有效的法律规制直接影响到保险业能否持续健康发展。因此，必须对当前保险业中危害竞争行为的法律规制问题进行检讨。

（一）一个根本性问题：保险行业应否进行反垄断法规制

一般认为，只要存在市场经济和市场竞争，就必须对不正当竞争行为进行法律规制。因此，保险业作为市场经济的组成部分，不仅存在竞争，而且竞争越来越激烈，对其进行反不正当竞争法律规制并无异议。但是，保险业作为一种特殊行业，是否当然进行反垄断法规制仍然值得探讨。传统理论认为，保险业是经营风险的行业，涉及到国家公共利益，不宜进行过度竞争。在国外，保险业一般被规定为反垄断法除外适用领域。比如美国法律就规定保险业为反垄断法除外适用的领域，其 1945 年《麦克卡兰—费古森法》规定保险业豁免适用反托拉斯法。^{4[④]} 德国反限制竞争法也以部门豁免的形式将保险业认定为豁免适用的领域。^{5[⑤]} 但是，随着保险行业的发展和人们对垄断认识的加深，这一传统理论不断被加以修正和现代化。现代理论普遍认为，保险业也应当引入竞争，这样才能充分保护消费者的利益；即使考虑到行业的特殊性，保险业的反垄断法的适用除外也应当是有限的。同样以美国为例，《麦克卡兰—费古森法》在规定保险业豁免适用反托拉斯法时同时作出的“保险业中的联合抵制、强迫、威胁行为或协议，不能豁免适用联邦反托拉斯法”的规定，自 20 世纪 80 年代以来获得了越来越宽泛的适用。同时，州政府反托拉斯法适用于保险业的情形在不断增多。^{6[⑥]} 在德国，1998 年反限制竞争法修订后，保险业作为反限制竞争法中的除外领域虽然形式上继续存在，但实际上已处于竞争之中。^{7[⑦]}

就我国保险业来说，是否应当进行反垄断法规制似乎并未形成一个问题。在立法层面上，我国专门的反垄断法并未出台，集反不正当竞争与反垄断功能于一身的《反不正当竞争法》并未规定保险业的适应除外。而在执法层面上，有关执法主体一直在对保险业中的垄断经营问题进行法律规制。但这并不意味着我国可以不考虑应否以及如何对保险业进行反垄断法规制问题。首先，保险行业的特殊性要求必须对应否以及如何进行反垄断法规制予以特别考虑，如对垄断结构和某些垄断性行为应当予以豁免适用。其次，现行相关法律对保险业垄断经营行为进行规制的规定并非全面与合理。在今后的立法中，这一根本性问题必须得到解决。

（二）现行立法上的空疏

1.对不正当竞争行为的法律规制方面

在对不正当竞争行为的法律规制方面，《反不正当竞争法》与《保险法》都存在着一些疏漏。《反不正当竞争法》由于出台较早，相关条文规定比较粗疏。同时，由于采取列举式规定的立法模式，并且缺乏一个规范的概括性的一般条款，导致法律的开放性和适用性不足，

^{4[④]} 种明钊主编：《竞争法学》，第 36 页，北京：高等教育出版社，2002。

^{5[⑤]} 孔祥俊著：《反垄断法原理》，第 660 页，北京：中国法制出版社，2001。

^{6[⑥]} 郑鹏程：《美国反垄断法适用除外制度发展趋势探析》，载《现代法学》，2004（2）。

^{7[⑦]} 孔祥俊著：《反垄断法原理》，第 660 页，北京：中国法制出版社，2001。

对一些新型的不正当竞争行为（如不正当的人才争夺行为等）难以予以有效的规制。《保险法》对保险业不正当竞争行为的规定也十分简陋，仅有简单的原则性规定和零星的具体规定，难以对保险业中大量存在的不正当竞争行为进行有效的涵盖。而且，没有完备的法律责任规定。如果说《保险公司管理规定》等相关部门规章中对保险业不正当竞争行为作出了细化、甚至是突破性的规定（在此姑且不论这种突破是否存在合法性瑕疵），解决了《保险法》相关规定操作性差的问题，由于没有具体责任规定而使执法中行政处罚难以作出的问题则依然存在。

2.对垄断经营行为的法律规制方面

在对垄断经营行为的法律规制方面，相关法律制度也存在着许多空疏之处。首先是专门性反垄断法的缺席。我国尚未制定专门的反垄断法，目前对垄断经营行为的规制主要由《反不正当竞争法》加以规定。但《反不正当竞争法》对一般垄断经营行为的规定都不够全面和准确，比如对联合限制竞争行为就没有作出任何规定，更遑论根据保险业的特殊性作出合理的规定。《保险法》也没能对不正当竞争行为和垄断经营行为予以区别，而是笼统以不正当竞争行为概括。同样，《保险法》也未能对保险业的垄断性经营行为作出全面准确的规定。其次，无论是《反不正当竞争法》还是《保险法》，都没能对保险业应否除外适用以及如何除外适用反垄断法的问题进行规定，这不能不说是立法上的一个空疏。

（三）执法中的冲突—“孰为执法主体”之争

由于立法层面上存在的疏漏与不足，在执法层面上也不可避免地出现了许多问题。其中最引人关注的就是“孰为执法主体”之争。根据《反不正当竞争法》的规定，工商行政管理部门有权对市场中的不正当竞争行为和垄断经营行为进行规制，因此工商行政管理部门认为其当然有权对保险市场中的不正当竞争行为和垄断经营行为进行规制。但保监会认为，根据《保险法》的规定，保险市场中的不正当竞争行为和垄断经营行为应该由保险监管部门进行规制；同时指出《反不正当竞争法》第3条规定：“……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；法律、行政法规规定由其他部门监督检查的依照其规定”，而保险监管部门正是《保险法》规定的“其他部门”。工商行政管理部门则反驳说，《保险法》并未明确规定保险监管部门是其唯一执法主体，保监会的职责主要是业务监管，而非市场竞争行为规制。

这场“孰为执法主体”之争在实践中直接导致了对保险市场危害竞争行为的重复规制问题，其背后是工商行政管理部门与保险监管部门之间的部门权力与利益之争。那么，究竟哪个部门才是合法适格的执法主体呢？这应当从以下几个方面来分析。首先，根据相关法律规定来分析。《反不正当竞争法》第3条的规定已经给其他部门行使执法权埋下了伏笔，关键是《保险法》是否作出了相应规定。从保险法第8条、第9条的规定看，由保险监管部门对危害竞争行为进行规制应当是不言而喻的。同时再结合国务院关于保监会的“三定”方案，以及保监会各部门规章中的有关管理规定，由保监会对保险市场危害竞争行为进行规制应无

疑议。其次，从公正和效率上进行分析，即由谁执法更为公正与有效。由于保险行业的特殊性和专业性，在规制效率上显然是保险监管部门更有优势，这一点十分明显。难以判断的是在公正性的追求上。在对不正当竞争行为进行规制上，一般认为工商行政管理部门与保险监管部门并无那个部门当然具有公正性优势。但是在对垄断经营行为的规制上，保险监管部门极有可能基于行业利益考虑，放松对保险公司的垄断性经营行为的规制，以形成规模经济、做大做强；同时还有可能对行业性的联合限制竞争采取纵容态度，从而损害消费者的利益。综上所述，对不正当竞争行为的规制应以保险监管部门进行为宜；但在对垄断经营行为的规制上，应由工商行政管理部门进行为宜。

四、完善保险业损害竞争行为法律规制的立法建议——以《保险法》修改、《反垄断法》制定为契机

综合前面对保险业危害竞争行为及其法律规制情况的阐述，以及对相关法律规制问题的检讨，笔者对如何完善对保险业损害竞争行为的法律规制进行了有关立法思考，并以《保险法》的修改以及《反垄断法》的制定等为契机，提出如下立法建议：

（一）明确规定保险业的反垄断法适用除外问题

基于保险业的特殊性以及由此产生的在适用反垄断法方面不同于一般行业的需求考虑，应确立“原则适用、部分豁免”的反垄断法适用原则。其中“部分豁免”不同于一般行业的豁免，其内容应当远较一般行业豁免丰富。具体除包括一般行业的豁免外，主要还包括对垄断结构或状态的豁免、对某些具有维护有序竞争价值的联合限制竞争行为的豁免等。在立法上，可由《反垄断法》进行原则性规定，由《保险法》作出具体豁免的规定。

（二）明确区分不正当竞争行为和垄断经营行为，进行针对性立法

为更有效地对不正当竞争行为和垄断经营行为进行规制，在立法上应当对之明确区分，并进行针对性立法。首先，通过《反垄断法》的制定以及由此必然带来的现行《反不正当竞争法》的修改，可以实现在一般竞争法律制度上对不正当竞争行为和垄断经营行为的区别规制和各自立法。其次，在《保险法》修改中，也应体现出对这两种不同的危害竞争行为的区别规定。

（三）完善对不正当竞争行为与垄断经营行为的法律规制制度

针对当前保险业不正当竞争行为与垄断经营行为的法律规制制度中存在的空疏与不足，在《保险法》修改、《反垄断法》制定以及现行《反不正当竞争法》修改中，应当健全和完善相关法律制度。对于《保险法》的修改来说，应当在进行原则性规定后对保险业中具体危害竞争行为进行全面和准确的涵盖和规定，尤其要注重对一些新型不正当竞争行为或垄断经营行为的涵盖和规定。同时，对于《保险公司管理规定》等部门规章中比较成熟有效的规定应当考虑吸纳到修改后的《保险法》中来。对于《反垄断法》的制定以及现行《反不正当竞争法》的修改来说，也应当注意保持相关法律制度的弹性和开放性，以确保对保险业中的一些新型危害竞争行为的含摄。

（四）合理配置法律规制权，明确执法主体

对保险业不正当竞争行为与垄断经营行为进行有效的法律规制的前提是合理配置法律规制权，明确相应的执法主体。基于对规制的公正与效率的综合考量，应当将保险业不正当竞争行为的法律规制权赋予保险监管部门，由保险监管部门对保险行业的不正当竞争行为进行法律规制。同时，将保险业垄断经营行为的法律规制权赋予反垄断执法机构，^{81[6]} 由其对保险行业的垄断经营行为进行法律规制。这一法律规制权的配置和执法主体的确定，应当在《保险法》中进行规定。

^{81[6]} 反垄断执法机构的设置目前仍未有定论，是新设一独立机构还是由工商行政管理部门或商务部等其他部门来承担实施《反垄断法》的职责还需由《反垄断法》规定。