

# 国际保赔集团成员协会垄断法律问题的研究

郭雷楠<sup>1</sup>, 陈敬根<sup>2</sup>

(1. 大连海事大学 法学院, 辽宁 大连 116026; 2. 上海大学 法学院, 上海 200444)

**摘要:** 国际保赔集团成员协会(简称“集团协会”)虽是境外非营利组织,但仍须遵守《中华人民共和国反垄断法》。集团协会之间的集团协议存在固定价格、分摊协议存在滥用市场支配地位之嫌。集团协会应及时修订集团协议与分摊协议,否则将可能面临我国反垄断法的规制。同时,我国反垄断法也亟需完善,给予保险业特定行为反垄断豁免。

**关键词:** 国际保赔集团成员协会; 集团协议; 分摊协议; 固定价格; 滥用市场支配地位

**中图分类号:** DF414      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1002-3933(2020)02-0180-12

## Legal Research on Monopoly on Clubs of International Group

GUO Lei-nan<sup>1</sup>, CHEN Jing-gen<sup>2</sup>

(1. Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116026;

2. Law School, Shanghai University, Shanghai 200444, China)

**Abstract:** Though Members of International Group of P&I Clubs (Hereinafter referred to as Group Clubs) are foreign not-for-profit organization, they still need to comply with Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China. The International Group Agreement and Pooling Agreement can respectively be interpreted/used as tool for price fixing and abuse of dominant market position. In case legal regulation, the Group Clubs shall amend the International Group Agreement and Pooling Agreement accordingly. Meantime, the Chinese Anti-Monopoly Law also need to amend so as to accommodate exemption to certain insurance conduct.

**Key words:** members of international group of P&I Clubs; the international group agreement; pooling agreement; price fixing; abuse of dominant market position

收稿日期: 2019-11-05

基金项目: 2019年度上海市教育委员会本科重点课程建设项目《一带一路与国际海事安全》(沪教委高(2019)39号)阶段性研究成果

作者简介: 郭雷楠(1974-),男,天津市人,大连海事大学2014级海商法博士研究生,研究方向:海商法;  
陈敬根(1973-),男,辽宁凤城人,上海大学法学院副教授,研究方向:海事法。

通过协议方式,13家集团协会共同组建了国际保赔集团,极大地提高了单个协会的承保能力和再保险议价能力,为国际航运事业提供了稳健的保障。但是,集团协会共同签订的集团协议(International Group Agreement)和分摊协议(Pooling Agreement)也给市场竞争带来了负面影响。集团协议旨在规范集团协会的内部竞争;分摊协议规定了损失分摊机制,以及成为集团协会的条件和其他保险组织从集团协会取得再保险的条件。鉴于集团协会共同承保全球约90%远洋船舶吨位<sup>①</sup>,若集团协议和分摊协议沦为限制内部竞争的默契和抵制外部竞争的壁垒,无论对保赔保险市场的其他经营者还是消费者,都将造成重大的不利益,对社会整体利益也将产生深远的负面影响。虽然欧盟委员会已数次审查前述协议,集团协会也据此修订了部分限制竞争的条款,但并不意味限制竞争的问题已不复存在。鉴于集团协会共同占据了我国保赔保险市场相当份额<sup>②</sup>,我国主管机关仍有审查前述协议的必要。

国内学者对保赔险/集团协会的研究主要集中在私法领域<sup>③</sup>,在公法层面的研究尚十分薄弱,主要集中在保险监管层面<sup>④</sup>,至于反垄断层面尚缺乏研究;外国学者对保赔协会反垄断研究已有一定成果,但主要以英国法/欧盟法律法规为研究背景/对象<sup>⑤</sup>,尚缺乏中国法下的探讨。随着“一带一路”建设的稳步推进,亟需填补此理论空白,以期为我国保赔保险业、航运业乃至“一带一路”建设事业保驾护航。

集团协会是境外非营利组织,故我国主管机关对其签订的集团协议和分摊协议是否有管辖权?集团协会签订集团协议和分摊协议是否构成中国法下的垄断行为?其又能否享受反垄断豁免?集团协议和分摊协议应如何修订,才能符合《中华人民共和国反垄断法》(简称

① About us-The International Group of P&I Clubs <https://www.igpandi.org/about> 2019-10-15.

② 有研究表明,即使将国内所有商业保险公司承保的数量考虑在内,远洋船舶的保赔险留在境内的可能还不足30%,绝大部分流向了境外保赔协会,其中相当一部分流向了集团协会。参见郭丽军《我国保赔险监管中存在的问题及对策研究》,载《保险研究》2014年第1期,第22页。实际上,国内商业保险公司与协会直保的保赔险也有相当一部分分保给集团协会。若合并统计直保和分保业务,集团协会在中国市场份额将会更高。

③ 相关论述见艾素君《保赔保险合同法律问题研究——兼论第三人对保赔协会的直接诉讼》,北京:法律出版社,2008年版;安丰明《船东保赔协会法律制度研究——以英国法为中心》,北京:中国检察出版社,2006年版;徐仲建《论船东互保协会在民法中的法律地位》,载《中国海商法研究》2018年第2期,第104-112页;郭雷楠、关正义《论船东互助保赔制度中的互助原则》,载《法学杂志》2017年第5期,第70-77页。

④ 相关论述见许萍《我国保赔保险市场“监管缺位”问题分析及政策建议》,载《上海保险》2018年第9期,第41-43页;郭丽军《我国保赔险监管中存在的问题及对策研究》,载《保险研究》2014年第1期,第21-28页;郭雷楠《我国对境外船东互保协会监管制度研究》,载《河北法学》2018年第5期,第169-179页。

⑤ David Semark, Steven J. Hazelwood. P&I Clubs: Law and Practice. 4th ed. London: Informa Law from Routledge 2013; Dimitrios Christodoulou. Protection & Indemnity Clubs and Competition//Antonis Antapassis, Lia Athanassiou, Erik Rosaeg. Competition and Regulation in Shipping and Shipping Related Industries. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2009: 317-336.; Zhihe Ji. International Group Pooling Agreement and International Group Agreement of P&I Clubs Under EU Competition Law——Review and Prospect. Oslo: University of Oslo Faculty of Law 2012.

《反垄断法》)的规定?《反垄断法》又应如何完善,才能更好地平衡保赔保险市场(乃至更广泛的保险市场)的竞争秩序和社会效益?这些问题构成本文研究的主要面向。

## 一、我国对集团协会的管辖权:行为要件与效果要件

集团协会是境外组织,对其所签订协议的反垄断审查本质上是公权力的域外适用,应遵循国际礼让原则。维护本国利益的同时,重视自身的国际责任与在国际社会中的角色,树立大国司法理念,给予外国主权者充分尊重,和平协调国家利益冲突,提升中国司法审判的公信力、影响力<sup>[1]</sup>。

《反垄断法》明确了国际礼让原则的适用规则,该法第2条和第3条的规定,对集团协会反垄断审查须同时满足两个要件:一是行为要件,即集团协会签订的集团协议和分摊协议须构成《反垄断法》项下的“垄断行为”;二是效果要件,即该行为须对境内市场竞争产生排除、限制影响<sup>①</sup>。

### (一) 行为要件

《反垄断法》项下的“垄断行为”是指经营者特定限制竞争的行为<sup>②</sup>。集团协会是非营利组织,是否属于《反垄断法》项下的经营者?其何种行为可能构成“限制竞争的行为”?

#### 1. 集团协会是《反垄断法》项下的经营者

有别于经营者概念的通常文义<sup>③</sup>,《反垄断法》下的经营者是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织<sup>④</sup>,并无营利性要求。集团协会提供的保赔保险本质上是一项服务。就文义来看,集团协会并无不符《反垄断法》经营者定义之处。

此外,对集团协会等非营利组织适用《反垄断法》,也与立法目的相契合。《反垄断法》旨在预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争,提高经济运行效率,维护消费者利益和社会公共利益,促进社会主义市场经济健康发展<sup>⑤</sup>。集团协会是非营利组织,加强集团协会间的竞争并不能显著减少消费者支出;竞争也不能减少风险或降低对风险的定价,但有效的竞争有利于促进经营效率的提高。因为在风险定价不变的情况下,集团协会只能通过降低管理成本或提高投资效率等方式应对竞争,无论何种方式,都将有利于提高经济运行效率,消费者也将分享到更多利益,符合《反垄断法》的立法目的。综上所述,集团协会既无不符《反垄断法》“经营者”文义之处,对其适用《反垄断法》也符合立法目的,应是《反垄断法》项下的经营者。

① 《反垄断法》第2条:“中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为,适用本法;中华人民共和国境外的垄断行为,对境内市场竞争产生排除、限制影响的,适用本法。”

② 《反垄断法》第3条:“本法规定的垄断行为包括:(一)经营者达成垄断协议;(二)经营者滥用市场支配地位;(三)具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中。”

③ 经营者通常被理解为向消费者提供其生产、销售的商品或者提供服务的公民、法人或者其他经济组织,它是以营利为目的从事生产经营活动并与消费者相对应的另一方当事人。

④ 《反垄断法》第12条第1款:“本法所称经营者,是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。”

⑤ 《反垄断法》第1条:“为了预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争,提高经济运行效率,维护消费者利益和社会公共利益,促进社会主义市场经济健康发展,制定本法。”

## 2. 集团协会达成的集团协议和分摊协议可能构成“限制竞争的行为”

集团协议存在固定价格之嫌,可能构成垄断协议。在签订集团协议之前,各集团协会相互自由竞争;签订集团协议后,集团协会在报价方面受到很大限制。违反集团协议,还将遭受严厉惩罚,报价趋同/价格固定也就在所难免。分摊协议则可能成为滥用市场支配地位、拒绝交易的工具。虽然分摊协议规定了向其他保险组织提供再保险和成为集团协会的实体条件和程序规则,但规则最终落脚点仍是主观的自由裁量,是否足以避免市场支配地位的滥用不无疑问。

### (二) 效果要件

效果要件是指境外垄断行为须对境内市场竞争产生排除、限制影响。相关市场的界定对评估境外垄断行为对境内市场的影响程度至关重要。在讨论集团协议和分摊协议对境内市场的影响前,有必要首先对此予以界定。

#### 1. 集团协会所处相关市场之范围

在反垄断执法实践中,相关市场范围的大小主要取决于商品(地域)的可替代程度。界定相关市场主要从需求者角度进行需求替代分析。当供给替代对经营者行为产生的竞争约束类似于需求替代时,也应考虑供给替代<sup>①</sup>。如学者所言,供给方面的因素只在有效性和直接性方面具有与需求方面因素等值效果的情况下,才在市场界定时予以考虑,即只有企业同时满足以下三个要件才能构成“快速进入者”:(1)能够快速做出供给反应;(2)供给反应产生直接竞争效果;(3)供给反应不产生重大沉没成本。同时也只有“快速进入者”才被视为“市场参与者”,从而才能被纳入相关市场<sup>[2]</sup>。保赔保险遵循的大数法则原则,意味着该市场具有天然的进入壁垒,诸如规模效应和巨大的沉没成本等等。自国际保赔集团成立至今近40年间,全球远洋船舶保赔保险市场份额再无显著变化<sup>[3]</sup>。因此,无论从理论还是实践情况来看,供给替代均未能对经营者行为产生类似需求替代的约束。下文将主要通过需求替代分析界定相关市场。

有学者指出,相关商品市场的界定一般首先从反垄断审查关注的经营者提供的商品(目标商品)开始考虑,逐步考察最有可能具有紧密替代性关系的其他商品。如果该商品被认为是可替代的,则该商品应纳入“相关市场”范畴,下一步则继续选择“最有可能具有紧密替代性关系”的另一商品。如果发现选择之商品不具有替代性,则根据“举重以明轻”的一般逻辑原则,就可不再寻找其他特性相类似的替代商品,相关市场的范围即可确定<sup>[4]</sup>。集团协会主要提供的是船舶责任保险。国内保赔协会提供的保赔保险与集团协会的最为接近;商业保险公司提供的远洋船舶保赔保险虽在保险限额等方面存在差别,但对于部分船公司而言,该保险限额已可满足保障需求,因此也可认为是替代商品。至于商业保险公司提供的沿海内

<sup>①</sup> 《国务院反垄断委员会关于印发〈关于相关市场界定的指南〉的通知》第4条“替代性分析:在反垄断执法实践中,相关市场范围的大小主要取决于商品(地域)的可替代程度。在市场竞争中对经营者行为构成直接和有效竞争约束的,是市场里存在需求者认为具有较强替代关系的商品或能够提供这些商品的地域,因此,界定相关市场主要从需求者角度进行需求替代分析。当供给替代对经营者行为产生的竞争约束类似于需求替代时,也应考虑供给替代。”



河船舶保赔保险、沿海内河船舶保险附加责任险等,无论在承保范围,还是所面向的船公司均有较大区别;再加之非远洋船舶保赔保险原则上应通过国内商业保险公司办理<sup>①</sup>,应不构成替代商品。因此,相关市场应界定为远洋船舶保赔保险市场。

## 2. 集团协会对相关市场的影响

有学者指出,反垄断法域外适用应以“直接、重大和可合理预见的效果”为条件<sup>[5]</sup>。集团协会不仅可通过分保,还可以通过直保的方式向国内提供保赔保险服务,其影响不可谓不“直接”;如果集团协会固定价格,限制甚至拒绝与下游保险人或消费者交易,其影响不可谓不“重大”;鉴于集团协会共同占据全球远洋船舶保赔保险市场约90%份额,其影响不可谓不“可合理预见”。

综上,集团协会签订的集团协议和分摊协议表面符合《反垄断法》域外适用行为要件和效果要件,我国反垄断主管机关依法应享有管辖权。

### 二、集团协会之垄断行为分析

我国对集团协会签订的集团协议和分摊协议享有管辖权,尚不能得出当然可以对其进行法律规制的结论,还须进一步进行实质审查。

本身违反原则无疑是实质审查的试金石。如学者所言,对于特定垄断协议和滥用市场支配地位行为,适用本身违反原则,即只要构成法律规定的行为,将直接适用我国《反垄断法》的相关规定<sup>[6]</sup>,因此,对集团协议和分摊协议进行实质审查应首先适用本身违反原则。

#### (一) 集团协会达成的集团协议可能构成垄断协议

《反垄断法》第13条规定,“禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议:(一)固定或者变更商品价格;……本法所称垄断协议,是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。”集团协会无疑是具有竞争关系的经营者,因此,对集团协议实质审查的关键在于:其是否产生“固定或者变更商品价格”或排除、限制竞争的效果。

集团协议构建了缜密的限制报价机制。对于任一集团协会的在会船舶,禁止其他集团协会通过不合理低价招徕其转会;如未能在续保前20周达成转会协议,除非能证明原集团协会(以下简称“原协会”)的费率是不合理高价,接受转会的集团协会(以下简称“新协会”)仍需按该费率收取一年会费。由于离续保尚有20周,此前难以达成转会协议<sup>②</sup>,因此新协会通常须遵循原协会的费率一年,降低了会员转会的积极性。对于任一集团协会在会会员新造船或新购置二手船,如其他集团协会未能在下一保险年度前20周达成入会协议,也适用上述规则。概括来说,集团协会通过禁止不合理低价和费率遵循规则,限制集团协会之间的竞争,但这是否足以构成《反垄断法》项下的固定价格,仍有待进一步分析,毕竟集团协议并未设置单一费率。

何谓“固定价格”?有学者指出,固定价格并非单指将价格固定在特定的具体数字上……固定价格的变化幅度仍然构成限制竞争协议,因为其将价格竞争的范围进行了缩限<sup>[7]</sup>。笔

<sup>①</sup> 《保险法》第7条:“在中华人民共和国境内的法人和其他组织需要办理境内保险的,应当向中华人民共和国境内的保险公司投保。”

<sup>②</sup> P&I Clubs II(1999/329/EC), 12 April 1999, [1999] OJ L125/12, para 98.

者赞同该观点,《反价格垄断规定》第7条不仅规制将价格固定在特定具体数字情况,还规制将价格固定在特定范围<sup>①</sup>。集团协议基本将转会第1年的费率固定为原协会费率,排除了适用合理费率之上,原协会费率之下费率的可能,即将价格固定在特定范围。此外,集团协议禁止报价低于合理价格。实践中,规定最低价格也曾被认为固定价格<sup>②</sup>。综上,集团协议很可能被认定为“固定价格”。

实际上,欧盟早已意识到集团协议固定价格的问题。在欧盟的督促下,集团协会已修改了集团协议,允许在管理成本层面自由竞争;但反映风险成本部分的报价(包括自留风险和共摊风险)仍不允许自由竞争。之所以欧盟未处理该问题,是因为其也意识到,在任何损失分摊协议下,风险须与费率相匹配,否则没有集团协会愿意共摊该风险。但自留风险无须共摊,且自留风险涵盖了99%的索赔,同样适用报价限制就不尽合理了,然囿于现有保险技术,难以准确为自留风险和共摊风险分别厘定费率,为此欧盟给予了豁免<sup>③</sup>。

退一步来说,即使集团协议未构成“固定价格”,也应构成其他类型的垄断协议。《反垄断法》下的“垄断协议”是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。因此,只要集团协议能产生排除、限制竞争的作用,就应被视为垄断协议。集团协议对违反报价规则的行为规定了严厉的惩罚,集团协会通常不愿越“雷池”半步,变相排除、限制了竞争。

## (二) 集团协会达成的分摊协议可能成为滥用市场支配地位的工具

《反垄断法》第17条规定“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为:……(三)没有正当理由,拒绝与交易相对人进行交易;……本法所称市场支配地位,是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件,或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。”因此,对分摊协议实质审查的关键在于:集团协会是否具有市场支配地位;分摊协议是否可能被用于“没有正当理由,拒绝与交易相对人进行交易。”

集团协会虽共同占据全球远洋船舶保赔保险市场约90%以上的份额,但部分集团协会的份额尚不足十分之一,其是否仍应被视为具有市场支配地位?在欧盟反垄断审查后,分摊协议已明确了集团协会向其他保险人(包括商业保险和非集团协会)提供再保险和成为集团成员的实体和程序条件,还规定了被拒保险人的救济途径,是否仍存在没有正当理由而拒绝交易的问题?

### 1. 集团协会的共同市场支配地位

长期以来,保赔市场由集团协会所控制。寡头垄断既可能会产生限制竞争的效果,也可能产生促进竞争的效果,具有双重性<sup>[8]</sup>。因此,并不能仅以保赔保险市场是寡头市场,即当然认定集团协会存在滥用市场支配地位的问题。实际上,应区分直保和再保险两个层面,

① 《反价格垄断规定》第7条第1款和第2款,固定或者变更商品和服务(以下统称商品)的价格水平;固定或者变更价格变动幅度。

② 国家发展和改革委员会行政处罚决定书( [2013]7号 ) . [http://www.ndrc.gov.cn/fzgggz/jgdyfld/fjgld/201409/t20140902\\_624511.html](http://www.ndrc.gov.cn/fzgggz/jgdyfld/fjgld/201409/t20140902_624511.html) 2019-10-29.

③ P&I Clubs II(1999/329/EC), 12 April 1999, [1999] OJ L125/12, para 89-112.

进行更细致的探讨。

在直保层面,部分集团协会尚不符合推定市场支配地位的要求,但在再保险层面,集团协会则应被视为具有共同市场支配地位。如学者所言,共同滥用市场支配地位行为的企业,它们之间通过协议联合后的行为上就如同一个企业实施的行为一样<sup>[9]</sup>。再保险是由集团协会共同提供的,决策权在集体,而非单个集团协会。依分摊协议,任一集团协会在向其他保险人提供再保险前,须征得全体3/4以上同意;非集团协会成为集团协会,更须取得全体同意。因此,在再保险层面,集团协会在行动上与一个企业实施的行为无异。作为一个整体,其市场份额远超二分之一,无疑应被推定具有市场支配地位<sup>①</sup>。

## 2. 分摊协议被滥用的风险

研究表明,只有市场份额达到50%以上,才能提供与集团协会相同的保险限额<sup>②</sup>。集团协会已共同占据约90%以上的市场份额,意味着市场已无法提供与其相同的保险限额。因此,集团协会不仅共同占据市场支配地位,还共同组成了核心设施(Essential Facility)。如学者所言,一旦已经确定核心设施成立,下一个问题就是拒绝交易是否有客观合理性。维持竞争的目的是为了提供更好、更便宜、更多样化的产品和服务,如果拒绝设施的使用能够实现这些目标,那么拒绝就是合理的<sup>[10]</sup>,即拒绝交易的合理性成为了衡量是否构成滥用市场支配地位的重要标准。在集团协会修改分摊协议后,欧盟认为集团协会已不存在滥用市场支配地位的问题,认可了集团协会特定拒绝交易理由的正当性和合理性<sup>③</sup>。但笔者认为,拒绝交易理由的合理性和正当性并不能仅因实体和程序条件、救济途径的设立就得以证成,还须进一步分析实体条件的客观性。分摊协议部分条件尚不够客观,如要求申请者在承保和理赔层面,具备与现有集团协会一致的专业水平和政策取向。但无论是专业水平,还是政策取向本身,都是难以量化的。不够客观的条件相当于裁量权的赋予,可能为差别、甚至歧视对待披上了“程序正当”的外衣,同时也难免造成法律救济的困难。就此而言,分摊协议被滥用的风险仍客观存在。

## 三、集团协会反垄断豁免预期与合规应对

有学者指出,虽然集团协议和分摊协议尚存垄断问题/风险,但考虑到其对现有保赔保险的必要性,欧盟给予了其豁免;并进一步指出,只要在经济效益和承保能力分析中继续表明分摊协议的必要性,分摊协议就不会被认为违反《里斯本条约》;集团协议如继续被认定为

① 《反垄断法》第19条“有下列情形之一的,可以推定经营者具有市场支配地位:

- (一) 一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的;
- (二) 两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的;
- (三) 三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的。

有前款第二项、第三项规定的情形,其中有的经营者市场份额不足十分之一的,不应当推定该经营者具有市场支配地位。

被推定具有市场支配地位的经营者,有证据证明不具有市场支配地位的,不应当认定其具有市场支配地位。”

② P&I Clubs II(1999/329/EC), 12 April 1999, [1999] OJ L125/12 para 68.

③ P&I Clubs II(1999/329/EC), 12 April 1999, [1999] OJ L125/12 para 136.



系维持分摊协议所必需,同样也不会被认为违反《里斯本条约》<sup>[1]</sup>。事实上,在第二次豁免届满后,欧盟虽重启对集团协议和分摊协议的审查,但最终也未否定其合法性。是否意味着集团协议和分摊协议也当然能取得中国《反垄断法》的豁免?集团协议和分摊协议又应如何修订才能符合《反垄断法》的规定?

### (一) 集团协议和分摊协议之豁免分析

分摊协议的主要问题集中在被滥用的风险,在中国法下并无豁免事由。因此,下文将仅就集团协议的豁免问题展开论述。

应当承认集团协议对分摊协议的必要性。分摊协议的持续有效运行,有赖集团协议对不合理低价的规制。因为如果会员得知在另一集团协会可在支付更少的会费情况下享受相同的保险保障,就不会再继续留在原协会;原协会得知另一集团协会以不合理低价吸引会员转会,也将不再愿意分摊该集团协会的损失,进而导致分摊协议瓦解。同时也应承认分摊协议所带来的规模效应,全球约90%以上的份额意味着风险的充分分散、承保能力的提高和单位成本的降低。这也是欧盟赋予集团协议和分摊协议反垄断豁免的基本逻辑,即以分摊协议对理赔保险市场的重要性,以及集团协议对分摊协议的必要性,论证给予集团协议和分摊协议豁免的合法性。

与欧盟立法不同,前者以行为效果为判断标准<sup>①</sup>,《反垄断法》则首先以行为目的为判断标准<sup>②</sup>,符合《反垄断法》第15条规定的情形(一)至(五)之一者(以下简称“目的要件”),还须证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争,并且能够使消费者分享由此产生的利益(以下简称“效果要件”)<sup>③</sup>。

#### 1. 集团协议很可能不符合《反垄断法》豁免之目的要件

从集团协议的“鉴于”条款可知,集团协议旨在维持集团协会的良好合作,避免恶性竞争导致分摊协议无以为继。就目的而言,显然不是为了提高中小经营者经营效率和增强中小经营者竞争力的,因为部分集团协会本身已占据相当市场份额,不属于中小经营者;也很难

① 以行为效果为判断标准包括:有助于改进生产或者分销产品,或者促进技术进步、经济进步;使消费者公平分享由此产生的利益;有关企业所受到的限制对于达到上述目标是不可缺少的;在所涉及产品的相当范围内,没有排除竞争。

② 集团协议明显不属于《反垄断法》第15条规定的情形(六)和(七),因此本文对此不展开论述。

③ 《反垄断法》第15条:“经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的,不适用本法第13条、第14条的规定:

- (一) 为改进技术、研究开发新产品的;
- (二) 为提高产品质量、降低成本、增进效率,统一产品规格、标准或者实行专业化分工的;
- (三) 为提高中小经营者经营效率,增强中小经营者竞争力的;
- (四) 为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的;
- (五) 因经济不景气,为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的;
- (六) 为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的;
- (七) 法律和国务院规定的其他情形。

属于前款第一项至第五项情形,不适用本法第13条、第14条规定的,经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争,并且能够使消费者分享由此产生的利益。”



谈得上为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益,虽然集团协议和分摊协议有一定的正外部性,对保护海洋环境有一定的积极作用,但恐怕也只是间接效果,并非直接目的;也谈不上因经济不景气,为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的,或为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益;就行为本身而言,集团协议的作用在于限制定价、维持合作,而非统一产品规格、标准或者实行专业化分工的(该任务由分摊协议实现),因此也不完全符合“为提高产品质量、降低成本、增进效率,统一产品规格、标准或者实行专业化分工”的目的,且该豁免也主要适用于经营者对各种原材料、半成品或者成品在性能、规格、质量、等级等方面规定统一要求,使商品之间具有可替代性和兼容性的情形。

中国法下,集团协议取得反垄断豁免最可能的理由/依据是“为了改进技术、研究开发新产品”。有学者指出,早期的保赔协会为了平抑会费过分波动,提高单个协会的抗风险能力,创造性地构建了集团协会间的损失分摊机制,最终发展成今天的“分摊协议”<sup>[12]</sup>。集团协议是维持分摊协议的重要保障,也许勉强能说是“为了改进技术、研究开发新产品”。但该豁免多适用于企业联营合作创新,诚如学者所言,企业联营合作创新是企业之间自发应对创新领域市场失灵的努力,而对企业联营合作创新的反垄断法规制,则是市场创新的重要保障<sup>[13]</sup>。而且,对于损失分摊这种保险技术,学界基本有以下共识,即合作社式之相互危险承担于古代即已存在,合作社式之相互保险于原始人类共同生活团体中即可见<sup>[14]</sup>。互助险公司互保协会作为投保人自愿分担风险的一种组织形式,早在现代保险制度发展的初期就已经存在<sup>[15]</sup>。就此而言,分摊协议只是互助原则在再保险领域的应用<sup>[16]</sup>。因此,从严格意义上说,分摊协议尚不构成技术改进或合作创新,而作为分摊协议附属的集团协议,则就更谈不上“为了改进技术、研究开发新产品”。

## 2. 集团协议很可能不符合《反垄断法》豁免之效果要件

退一步来说,即使集团协议符合前述豁免情形之一,能否满足不会严重限制相关市场的竞争,并且能够使消费者分享由此产生的利益的要求,仍是很有争议的。集团协议不仅禁止集团协会以不合理低价吸引别的集团协会会员转会,还要求在未能证明原协会的费率是不合理高价的情况下,新协会仍需按原协会的费率征收会费1年,导致会员即消费者丧失本可享受的低费率。就此而言,集团协议能否享受反垄断豁免,中国法下很可能会给出不同于欧盟的答案。

### (二) 集团协议和分摊协议的合规修订

为了最大程度符合中国《反垄断法》,避免高额处罚,集团协会谨慎的做法还是修订现行集团协议和分摊协议。

#### 1. 集团协议固定价格之破除: 自由竞争与维系合作之再平衡

有学者指出,实行保险费率的自由竞争并不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;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<sup>[17]</sup>。事实上,费率早已不是衡量偿付能力的唯一标准,费率的降低也并不必然导致偿付能力立即低于监管要求。经过两百多年的发展,保赔协会所遵循的互助原则已较最初有了较大革新,不再是事故发生后

再从各会员收取损失分摊,而是设立具有独立法人资格的协会,由协会预先收取部分会费;当年剩余的会费及各项收益也不再直接返还给会员,而是由协会用于设立巨灾基金,以抵御不可预见的风险,平抑费率波动。

尽管如此,仍不能否定集团协议的必要性。因为没有底线的恶性价格竞争,势必会透支集团协会积累、危及偿付能力;更严重的是,影响集团协会之间的合作,导致分摊协议瓦解,市场承保能力下降。就此而言,这种竞争恐怕是没有效率的,对消费者也是不利的。笔者赞成反垄断法应以消费者需要的利益为优先的观点<sup>[18]</sup>。为平衡竞争的自由价值与效率价值,设置合理的竞争底线就显得很有须要了。此外,这也有利于引导集团协会从单纯的价格竞争,到服务、管理等方面的竞争上,使消费者享受到更多因竞争带来的利益。要求在转会第一年仍适用原协会费率的规定应被废止了。

综上所述,修订后的集团协议应以合理费率作为价格竞争底线,在不影响分摊协议正常运作的前提下,最大程度地允许各集团协会在各层面自由竞争。

## 2. 分摊协议被滥用之防范: 裁量权之规制

应当承认,分摊协议部分再保险条件不够客观也是由实践需求所决定的。依互助原则构架的分摊协议要求协议各方,无论是集团协会,还是集团协会的原保险人,具有相同或类似的风险管理水平。但风险管理水平本身就是很难量化的。就此而言,一定程度的自由裁量仍必不可少,关键在于将自由裁量禁锢在制度的“牢笼”了。对于自由裁量的规制,国内研究主要集中在行政法领域。虽然行政自由裁量的规制与集团协会的自由裁量规制有所不同,但目的上都是为了规制裁量权的任意性,给予决定相对人救济的可能性,相关理论成果可资借鉴。有学者指出,在传统上,行政自由裁量权的司法控制有三种办法:第一,更详细地审查行政机关事实认定的证据,并扩大程序保障的范围;第二,要求行政机关为其在特定情形下作出的某种选择详尽说明理由,并在一定时间内保持前后一致,或至少为其对既定政策的偏离提供有说服力的充分理由;最后,要求明确表述立法目的以限制行政机关的选择范围如何厘定自由裁量的边界<sup>[19]</sup>。就此而言,分摊协议至少应在以下两方面予以完善,明确表达各项条件背后的制定目的,为自由裁量界定范围;明确保持决定前后一致的一般规则,为避免裁量权的任意性提供先例制约。

## 四、《反垄断法》豁免规定的补强

通过前文分析,集团协议和分摊协议的垄断问题愈发清晰,但《反垄断法》的不足也被折射出来,即现有豁免情形并不能很好地涵盖保险业特定行为。

### (一) 《反垄断法》亟需将保险业特定行为作为豁免情形

保险组织的健康发展离不开承保规模化与风险分散化。保险组织之间的合作诉求较其他行业更为强烈。然保险组织之间的合作往往难以依据《反垄断法》所列明情形享受豁免。集团协议和分摊协议即是示例之一。这实际是列举式立法的通病,易挂一漏万。立法者已注意到该问题,并将“法律和国务院规定的其他情形”作为豁免情形之一。但很遗憾,截至目前,法律或国务院尚未将保险业特定行为作为豁免情形。

尽管如此,国内学界主流观点还是认为应当给予保险业特定行为反垄断豁免<sup>[20]</sup>。如学

者所言：“保险经营的特殊性和合作行为的普遍性说明，完全实施反垄断法，会影响保险市场的正常运行，弱化竞争和降低消费者的福利水平，这是保险业适用反垄断豁免的特殊理论依据。”<sup>[21]</sup>笔者也认为，依大数法则构建的现代保险业亟需竞争中的合作。一概肯定或否定保险业反垄断豁免均不可取，而应有所区分，综合考虑合作的必要性、对消费者福利的提高、对市场竞争的负面影响等因素，将特定类型保险行为列为豁免情形。

## （二）豁免规定之完善路径与范围界定

鉴于“法律和国务院规定的其他情形”作为豁免情形之一，在现行法律框架下，填补该法律空隙的最便捷途径可能还是通过国务院规定，将保险业特定行为作为豁免情形之一。

何种保险行为可享受豁免？豁免制度是利益衡量的结果，即从经济效果和对限制竞争的影响进行利益对比，在“利大于弊”时，对该垄断协议排除适用反垄断法。比如《欧共同体条约》第81条第3款规定，可以豁免的垄断协议必须满足以下条件：有助于改进生产或者分销产品，或者促进技术进步、经济进步；使消费者公平分享由此产生的利益；有关企业所受到的限制对于达到上述目标是不可缺少的；在所涉及产品的相当范围内，没有排除竞争<sup>①</sup>。因此，只有同时满足上述条件，即同时具备“合理性”和“必要性”时，特定保险行为才能享受豁免。所谓“合理性”，不仅要求该行为能产生社会效益，还应能使消费者分享由此产生的利益，且不会严重限制相关市场的竞争；所谓“必要性”须达到非此不可的程度。

诚如学者所言，维护竞争公平没有错误，但是如果一味追求竞争公平而忽略社会公平就会走向反垄断法的反面<sup>[22]</sup>。就目前市场承保能力来看，只有分摊协议和集团协议被有效履行，集团协会才能共同提供单次事故10亿美元的油污保险限额、30亿美元的人身损害保险限额、其他风险“上不封顶”的保险限额。也只有分摊协议和集团协议被有效履行，消费者才能享受到目前相对充分的保险保障和优惠的费率。因此，分摊协议和集团协议如能进一步修订，减少对相关市场竞争的负面影响，在同时具备“合理性”和“必要性”时，应给予反垄断豁免。

## 结语

保赔保险对航运业的重大影响早已为业界所熟知，堪称国际航运市场的“入场券”（Furthermore, the IMO may not be permitted to specify the source or type of insurance, because this may come into conflict with World Trade and European Competition Law. This raises the potential problem of substandard insurers issuing worthless policies which provide substandard shipowners with a ticket to trade）<sup>[23]</sup>。实际上，没有保赔协会签发的蓝卡（Blue Card），船舶是不允许进入世界多数主要港口的，《中华人民共和国船舶油污损害民事责任保险实施办法》也明确规定“在中华人民共和国管辖海域内航行的载运油类物质的船舶和1000总吨以上载运非油类物质的船舶，其所有人应当按照本办法的规定投保船舶油污损害民事责任保险或者取得相应的财务担保。”随着我国海洋强国战略、“一带一路”倡议的实施，牢牢把握保赔保险这张“入场券”的

<sup>①</sup> 中华人民共和国反垄断法. [http://www.pkulaw.cn/CLink\\_form.aspx?Gid=96789&Tiao=15&km=siy&subkm=0&db=siy](http://www.pkulaw.cn/CLink_form.aspx?Gid=96789&Tiao=15&km=siy&subkm=0&db=siy) 2019-10-29.

意义不言而喻。由于历史原因和保险自然垄断特性,完全摆脱集团协会另起炉灶既不经济,也不现实。通过《反垄断法》维护该国内市场良好竞争秩序,规制集团协会不当行为,发展国内保赔事业,让航运企业更多地分享竞争利益,可能是现行制度框架下最可行的方案之一。

#### 参考文献:

- [1] 何叶华. 美国域外反垄断中的国际礼让原则——从美国“维生素 C 案”切入[J]. 河北法学 2018 (3): 146.
- [2] 胡甲庆, 余泓. 反垄断相关市场界定中供给替代性的应用[J]. 贵州财经学院学报 2012 (3): 106.
- [3] Zhihe Ji. International Group Pooling Agreement and International Group Agreement of P&I Clubs Under EU Competition Law——Review and Prospect [D]. Oslo: University of Oslo Faculty of Law 2012: 10 - 11.
- [4] 刘贵祥. 滥用市场支配地位理论的司法考量[J]. 中国法学 2016 (5): 263 - 264.
- [5] 王晓晔, 吴倩兰. 国际卡特尔与我国反垄断法的域外适用[J]. 比较法研究 2017 (3): 141.
- [6] 戴龙. 反垄断法域外适用制度[M]. 北京: 中国人民大学出版社 2015. 229.
- [7] 李剑. 横向垄断协议法律适用的误读与澄清——评“深圳有害生物防治协会垄断案”[J]. 法学 2014 (3): 135.
- [8] 候利阳. 共同市场支配地位法律分析框架的建构[J]. 法学 2018 (1): 148.
- [9] 李小明. 对反垄断法规制的垄断行为的分析与比较[J]. 河北法学 2008 (3): 68.
- [10] 李剑. 反垄断法中核心设施的界定标准——相关市场的视角[J]. 现代法学 2009 (3): 80.
- [11] Dimitrios Christodoulou. Protection & Indemnity Clubs and Competition [M]. Antonis Antapassis, Lia Athanassiou, Erik Rosaeg. Competition and Regulation in Shipping and Shipping Related Industries. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2009. 335.
- [12] Steven J. Hazelwood. P&I Clubs Law and Practice [M]. 3rd ed. London: LLP Professional Publishing, 2000. 383.
- [13] 江山, 苏骏. 论企业联营合作创新的反垄断法规制[J]. 东方法学 2014 (2): 84.
- [14] 安丰明. 从互助到保障和赔偿: 船东保赔协会演变研究[J]. 现代法学 2003 (5): 105.
- [15] 初北平. 中国航运物流责任保险发展中的法律制约[J]. 社会科学 2013 (6): 98.
- [16] 郭雷楠, 关正义. 论船东互助保赔制度中的互助原则[J]. 法学杂志 2017 (5): 75.
- [17] 周学峰. 保险业适用反垄断法问题研究[J]. 比较法研究 2016 (5): 22 - 23.
- [18] 徐孟洲. 论我国反垄断法的价值与核心价值[J]. 法学家 2008 (1): 8.
- [19] 张千帆. 行政自由裁量权的法律控制——以美国行政法为视角[J]. 法律科学·西北政法学院学报, 2007 (3): 107.
- [20] 陈欣. 美国反垄断法对我国保险业的启示[J]. 保险研究 2008 (12): 89.
- [21] 陈敏, 官兵. 我国保险业反垄断法豁免制度建设研究[J]. 保险研究 2012 (1): 117.
- [22] 谢国旺. 论国际反垄断法适用除外制度的价值取向[J]. 河北法学 2011 (10): 57.
- [23] Paul Bennett. Mutual risk: P&I insurance clubs and maritime safety and environmental performance [J]. Marine Policy 2001 (1): 19.

(全文共 13 820 字)