

公平竞争审查制度和转售价格规制的深层审视

编者按:在我国经济法领域,公平竞争审查制度是指对行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织制定干预经济的规章、规范性文件和其他政策措施,依据是否限制竞争的标准,以及对地方性法规和国务院制定的行政法规与其他政策措施参照是否限制竞争的标准,从外部或者内部进行审查、实施替代乃至制止的一项制度。该制度在规范政府经济行为、制约政府经济权力、建设我国社会主义市场经济体系中具有重要的作用。公平竞争涉及政府行为或行政垄断以及整体的市场体系建设和诸多法律、法规以及公共政策的协调,甚至关系到宪法所确立的市场经济体制,该制度的切实实施和执行有必要在更广的法律制度层面,审视和探寻审查主体、审查权的配置和行使以及审查基准与进路。转售价格维持是常见的市场竞争行为模式,我国《反垄断法》对转售价格维持的调整规定了“原则禁止+例外豁免”框架性规范,我国反垄断执法机构和法院在转售价格维持的认定思路和分析方法上存在冲突,导致了同案不同判的现象。本期特选择三篇论文刊发,以期对上述问题进行深入探讨,推动我国公平竞争审查制度和转售价格维持规制的完善和准确实施。

公平竞争审查制度的经济法解析^{*}

张守文

(北京大学法学院,北京 100871)

摘要:对公平竞争审查制度的深入研究,需要从整体的经济法视角阐释其基础问题。有必要探讨公平竞争在现代市场体系建设中的必要性和重要性,并通过多种经济政策的协调来推动公平竞争的可行性,以解释公平竞争审查制度的经济基础,同时,还应当通过梳理公平竞争在经济宪法以及经济法中的具体制度安排,揭示公平竞争审查制度的法律基础。在此基础上,应进一步探寻审查主体及其审查权的配置和行使方面存在的问题和解决路径,从而说明将公平竞争审查制度理解为一个“大制度”的重要价值。

关键词:公平竞争;审查制度;经济法;经济政策

中图分类号:DF414

文献标识码:A

文章编号:1005-9512-(2017)11-0002-09

作者简介:张守文,北京大学法学院教授。

^{*} 本文系 2017 年国家社科基金重点项目“新发展理念与经济法制度完善研究”(项目编号:17AFX023)的阶段性成果。

一、问题的提出

我国公平竞争审查制度以国务院2016年6月发布的《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》(国发[2016]34号)为确立标志。该制度自确立以来,各地纷纷出台具体规定,相关领域学者展开了大量研讨。这样一个看似“很小”的制度为什么会受到广泛关注?其背后的原因非常值得研究。

公平竞争审查制度主要源于竞争法,已有多位研究者对其着重从反垄断法的视角进行了深入分析。^①与此同时,无论是研究者还是执法机构都深知,一旦涉及政府行为或行政垄断,制度的执行难度就会大增。事实上,公平竞争审查制度的实施不仅涉及反垄断法,还涉及整个经济法的其他各类制度,甚至涉及宪法上的问题,因此,仅将其视为反垄断法的一个“小制度”并进行微观的制度分析是不够的,还应当从更广阔的经济法视角进行“上下扩展”,对其涉及的“基础”问题展开解析。

为此,相对于以往的研究,笔者在本文中更侧重于从整体的经济法视角,对公平竞争审查制度所涉及的基础问题进行如下解析:一方面,从经济的维度探讨公平竞争在现代市场体系建设中的必要性和重要性,以及通过各类经济政策的协调来推动公平竞争的可行性;另一方面,从法律的维度梳理促进和保障公平竞争的理念和原则在经济宪法以及经济法制度中的具体体现。上述解析意在夯实公平竞争审查制度的理论基础和制度基础,厘清其经济基础和法律基础,强调该制度既源于反垄断法,又要在理念、价值以及具体实施上超越反垄断法,从而将其从“小制度”提升和扩展为“大制度”。

之所以要有这样的提升和扩展,是因为公平竞争事关国家的市场体系建设,但整体市场体系的建设仅靠反垄断法是无法完成的。市场体系作为一个“体系”,还对应于相关的法律体系,其建设和完善需要诸多法律部门的协同保障。^②市场体系和经济法分别作为经济系统和法律系统的重要组成部分,其相互之间亦存在紧密关联。为此,需要提升公平竞争审查制度的位阶,使其有效实施,成为相关部门法协同保障的共同目标。

此外,考虑到市场体系还与政府体系相对应,且两个体系的有效协调是各国长期的任务,只有不断处理好政府与市场的关系,才能更好地推动市场体系的建设;同时,政府与市场关系的框架是由一国宪法奠定的,因此,还应当从经济宪法的维度,来审视市场体系建设的问题,这样才能更好地理解公平竞争以及相应的审查制度,进而明确具体的审查主体和审查权力、审查标准和审查责任等,这对于完善整体的公平竞争审查制度是更为重要的。

基于上述思考,笔者认为,应当从整体的经济法视角,对公平竞争审查制度的相关基础问题展开解析,强调不仅可以在狭义上将其理解为反垄断法上的一个“小制度”,还可从整体的经济法乃至经济宪法的视角,在广义上将其理解为一个“大制度”。因此,需要在“双手并用”的框架下,通过分析现代市场体系的基本要求来明晰其经济基础;同时,通过梳理宪法和经济法对促进和保障公平竞争的制度安排,来明晰其法律基础。基于上述两大基础,还应进一步探讨审查主体及其审查权的配置和行使等基本问题,从而推动该制度的完善和有效实施。

^①我国《反垄断法》第五章明确对“滥用行政权力排除、限制竞争”的行为加以规制,该法第37条又特别规定“行政机关不得滥用行政权力,制定含有排除、限制竞争内容的规定”。这被视为建立公平竞争审查制度的直接法律依据。参见黄勇等:《竞争政策视野下公平竞争审查制度的实施》,《价格理论与实践》2016年第4期。

^②从系统理论的角度看,经济系统与法律系统都是社会系统的分系统,“其所有的运作始终是在社会中的运作”。参见[德]卢曼:《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社2009年版,第14-15页。

二、市场体系与经济政策维度的公平竞争

我国正在建设现代市场体系,公平竞争是其内在要求。在促进和保障公平竞争方面,许多经济政策均有其重要影响。从市场体系和经济政策的维度展开解析,有助于更好地理解为什么要促进和保障公平竞争、为什么要建立相应的公平竞争审查制度及其可行性如何等问题。

(一) 公平竞争是建设现代市场体系的内在要求

依据经济法的“双手并用”原理,各国一般通过有形之手和无形之手的“协同”,来实现各类资源的有效配置,由此形成了政府和市场两大资源配置系统。如何处理好政府和市场的关系,既能使市场在资源配置方面发挥决定性作用,又能更好地发挥政府的作用(其中包括政府在促进和保障公平竞争方面的作用),一直是各国需要不断面对的问题。上述问题的持续解决,需要相应的法律(尤其是经济法)的有效调整。^③

市场在资源配置方面的重要作用的发挥,离不开现代的市场经济和市场体系这一平台,^④只有在该平台之上,各类主体才能展开自由、公平的市场竞争,否则,公平竞争就无从谈起。因此,现代的市场经济和市场体系,是公平竞争以及构建公平竞争审查制度的前提和基础。如果一国不实行市场经济体制,没有“双手并用”的两个资源配置系统,就不涉及对政府系统可能影响公平竞争的审查问题,当然也不可能建立公平竞争审查制度。

上述的现代市场经济和市场体系,与公平竞争存在着内在关联。如果没有公平竞争,就不可能有真正的市场经济。只要一国实行市场经济体制,市场主体和政府就应在保障公平竞争方面有重要的职责。为了确保各类主体履行上述职责,国家既应建立专门的竞争法律制度,直接保护市场主体的公平竞争,也应建立体现公平竞争理念的相关制度,包括公平竞争审查制度,并通过约束政府的行为,将公平竞争的理念贯穿到各类相关制度之中。

可见,公平竞争审查制度的建立,有其重要的现实经济基础。正是“双手并用”框架下的现代市场经济和市场体系,才要求各类主体必须展开公平的市场竞争,并对政府的“建制立规”行为实施相应的审查,以免其排除或限制公平竞争;由此建立的公平竞争审查制度,则有助于厘清政府与市场的关系,使两者在资源配置方面各司其职,并推动政府和市场主体各自承担维护市场机制健康运行、保障公平竞争的职责和义务。

早在 2007 年,国家就提出“加快形成统一开放竞争有序的现代市场体系”。从现实的制度推进看,建立市场体系以及相应的公平竞争审查制度,是 2013 年《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称:《决定》)中的重要内容。《决定》用较大篇幅专门提出要“加快完善现代市场体系”,尤其强调“建设统一开放、竞争有序的市场体系,是使市场在资源配置中起决定性作用的基础”,体现了经济法共识。^⑤ 根据《决定》的整体设计,我国应建设统一开放、竞争有序的市场体系,以实现企业的自主经营、公平竞争,消费者的自由选择、自主消费,以及商品和要素的自由流动、平等交换。^⑥ 该市场体系应当符合以下要求。首先,作为一个“体系”,应当是“统一”的整体,而不应是被人

^③ 参见张守文:《政府与市场关系的法律调整》,《中国法学》2015 年第 5 期。

^④ 整体的市场体系包括商品市场和要素市场,而要素市场则又包括了劳动力、资本、土地、技术等市场,对于这些市场的建设,需要多种法律的有效调整。参见张占斌:《建设统一开放竞争有序的现代市场体系》,《天津行政学院学报》2008 年第 5 期。

^⑤ 参见张守文:《“改革决定”与经济法共识》,《法学评论》2014 年第 2 期。

^⑥ 这里的市场体系涉及企业的经营自由、消费者的选择自由以及商品和要素的流动自由,这些自由同样是公平竞争的重要前提,因此,在宪法或相关法律中也要特别保障。例如,《巴西共和国宪法》第 170 条专门确立了“自由竞争”原则,强调市场主体“除法律规定外,无须政府授权而可以自由进行一切经济活动”。参见《世界各国宪法》编辑委员会编译:《世界各国宪法》(美洲大洋洲卷),中国检察出版社 2012 年版,第 191 页。

为分割或支离破碎的传统市场的组合。其次,该体系应具有开放性和国际性,而不应是封闭的和地方化的,这样才具有现代性。最后,该体系应该是在法治框架下的既有竞争又竞争有序的系统,如果各类市场竞争受限,或者竞争无序,则整个市场体系也难以持续。

上述的统一、开放、竞争、有序均密切相关。例如,只有保持开放,市场主体进出自由,才能构建统一的市场体系;只有在统一的市场体系中,各类商品和要素能够自由、有序流动,才能实现公平竞争。统一、开放、竞争、有序,既是现代市场体系的应有之义,也是判断竞争是否受限、是否公平的重要标准。

从总体上说,建立统一、开放、竞争、有序的现代市场体系的过程,既是推进公平竞争的过程,也是对影响公平竞争的各类制度不断清理和排除的过程。因此,审查各类制度(包括公共政策和相关立法)是否影响公平竞争,并尽可能降低其对公平竞争的影响,以体现“制度中性”或确保“竞争中立”,^⑦是实现市场在资源配置方面的决定性作用的重要保障。考虑到我国在经济治理中大都经济政策先行,而经济立法相对滞后,需要着重探讨经济政策对公平竞争的影响。

(二)在经济政策协调中促进公平竞争

在各类公共政策中,经济政策对现代市场经济体系的建立以及公平竞争的影响是最大的,同时,各类经济政策的组合,也正是经济法制度建设的重要源泉。在公平竞争方面,许多人更关注产业政策和竞争政策的组合,并认为只要确定竞争政策的基础地位,就有助于解决公平竞争乃至整体市场经济的基本问题。然而,从整体的经济法维度看,在一国的经济政策体系中,财政政策和货币政策作为大量采行的“基本政策”,对竞争政策、产业政策等其他政策的制定和实施都会产生重要影响。尽管有学者将涉及产业发展的财税政策和货币政策都归入产业政策,但毕竟前两类基本政策更为基础和重要。因此,不宜仅将竞争政策与产业政策的关系视为影响公平竞争的核心问题,真正对竞争政策构成重要影响的,首先是财政政策和货币政策,并且,它们与产业政策不在一个层次上。

在推进现代市场体系建设的过程中,要促进和保障公平竞争,就应综合考虑各类经济政策(特别是财政政策和货币政策),以及与其密切相关的产业政策、外贸政策、竞争政策和消费者政策,等等。上述各类政策均有其存在的价值,需要通过有效协调,将公平竞争的理念贯穿其中,才不会在政策制定方面产生过多的冲突。在此过程中,各类政策目标的确定会涉及相关公共利益,并直接影响公平竞争审查制度的例外规定和调整范围,从而影响其实施的“可行性”。例如,在财政政策领域,财政补贴和税收优惠,往往被视为可能影响公平竞争的重要因素,但在相关国际条约和一国的国内法中,仍然允许保留多种类型的财政补贴和税收优惠,这说明其存在具有合理性。因此,需要明确哪些财政补贴和税收优惠是必要、合理的,而且是不违反“实质公平”的,并由此确立“必要—合理—公平原则”,作为排查的依据和标准,这对于公平竞争审查制度的完善是很有意义的。又如,在货币政策领域,我国对不同类型金融机构存款准备金率,以及对不同地区的IPO政策,均实行区别对待,^⑧其对公平竞争的影响也需要按照上述的“必要—合理—公平原则”作具体分析。

各类政策的制定者都会认为自己的出发点是保障公共利益,包括扶贫济困、国家安全、节能环保等等。现行公平竞争审查制度中的例外规定,都是基于国家安全、扶贫济困、节能环保等公共利益的考量。对此,该制度要求自我审查的机关应说明政策措施对实现政策目的不可或缺,且不会严重排除和限制市场竞争,并要明确实施期限。当这些关于公共利益的目标与保障公平竞争的目标发生冲突时,就需要进行有效的协调。其中,对于上述旨在扶贫济困、保护弱势群体的优惠或政策倾斜,人们一般不会认为其影响公平竞争;但对于那些并不贫困、并不弱势的市场主体,国家是否应对其扶持或倾

^⑦“当市场中任何实体均不存在不当竞争优势或劣势时,就实现了竞争中立状态”。参见经济合作与发展组织:《竞争中立:维持国有企业与私有企业公平竞争的环境》,谢晖译,经济科学出版社2015年版,第4页。

^⑧2016年9月9日证监会发布的《中国证监会关于发挥资本市场作用服务国家脱贫攻坚战略的意见》,被称为“IPO扶贫”制度,曾引发广泛热议。

斜,则会存在争议。尽管在国家扶持某类企业时,往往强调其对国计民生或国家经济安全的重要影响,但能否由其他企业担负该使命,尤其是民营企业可否担此重任,以及在市场经济条件下,国有企业具有的公益性和营利性应如何平衡,如何与民营企业展开公平竞争等等,一直是争论颇多的话题,有许多方面需要解释和协调。^⑨从总体上说,当保障公平竞争与其他政策所保障的公共利益发生冲突时,在各类经济政策之间进行目标和手段的协调,合理确定公平竞争的的地位,是现代市场经济体系建设过程中要持续解决的重要问题。

总之,建立和完善公平竞争审查制度,是建立现代市场体系,推进整个市场经济发展的需要,有助于发挥市场机制配置资源的重要作用。早在 1980 年的《国务院关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》中就提出要“打破地区封锁和部门分割”。此外,在实行市场经济之初制定的我国《反不正当竞争法》第 7 条规定:“政府及其所属部门不得滥用行政权力,限制外地商品进入本地市场,或者本地商品流向外地市场。”上述规定为市场经济发展和市场体系建设奠定了重要的制度基础。发展市场经济,建立现代市场体系的现实需要,是公平竞争审查制度得以建立和发展的重要经济基础。国务院 2016 年第 34 号文将标题定为“在市场体系建设中建立公平竞争审查制度”,正是体现了市场体系建设与公平竞争审查制度的紧密关联。

从市场体系建设的视角看,整个市场体系建设都是围绕公平竞争展开的,因而保障公平竞争具有突出的必要性和重要性;从经济政策的视角看,通过多种政策目标的协调来促进公平竞争,具有现实可行性。因此,在促进和保障公平竞争目标基础上建立的审查制度,既具有经济必要性,又具有制度可行性。

三、公平竞争审查制度的法律基础

笔者已基于公平竞争审查制度突出的“经济性”,探讨了其产生的经济基础,而该制度作为一种“法律制度”,还需明晰其存在的法律基础。鉴于公平竞争审查制度的核心目标是促进和保障公平竞争,由此可以考察其在相关法律甚至宪法上的渊源,这有助于全面理解该制度的理念和位阶,明晰其法律基础,并推进其具体实施。

对于促进和保障公平竞争,各国一般是通过经济法领域的竞争法或具体的反垄断法作出直接规定,同时,许多国家的宪法亦有相关规定。据此,对公平竞争审查制度可分别从微观和宏观两个层面来理解:在微观层面,可将其理解为反垄断法的一项制度;在宏观层面,可将其理解为整体经济法乃至经济宪法上的一项制度。鉴于有关宏观层面的研究相对不足,下面笔者着重从经济法与经济宪法相结合的维度加以探析。

通常,一国经济体制的变革或整体经济的发展,都会浓缩并呈现在宪法中,并构成经济宪法的重要内容,同样,在市场经济体制下至为重要的公平竞争,也会体现在经济宪法中,这是旨在保障公平竞争的“经济宪法”被称为“经济宪法”的重要原因。其实,包括竞争法在内的各类经济法制度,都源于宪法的基本规范,而这些基本规范则构成了经济宪法的重要内容。^⑩

随着市场经济体制在全球的普遍建立,宪法的“经济性”日益突出。尤其是许多原来实行计划经济体制的国家,在转向市场经济体制后,其宪法内容的变化更为显著,有关市场经济以及公平竞争的

^⑨税收中立、债务中立、监管中立等是影响两类企业“竞争中立”的“八大基石”。参见前注⑦,经济合作与发展组织书,第 17-22 页。

^⑩早期宪法的政治性更为突出,如 1917 年制定的《墨西哥合众国宪法》即如此。随着市场经济的发展,该法第 28 条也融入了反垄断的内容,即“墨西哥合众国在法律规定的范围和情况下,禁止垄断、垄断活动、专卖和偷税漏税”。参见前注⑥,《世界各国宪法》编辑委员会编译书,第 632 页。

内容纷纷“入宪”。^⑪ 基于宪法的这种“经济性”，经济法与宪法具有了更高的一致性。^⑫

促进和保障公平竞争作为经济宪法的重要内容，在许多国家的宪法文本中都有体现。例如，《俄罗斯联邦宪法》第34条第2项规定：“不允许进行旨在垄断和不正当竞争的经济活动”，^⑬这是保障公平竞争的宪法基础。俄罗斯作为从计划经济转型为市场经济体制的典型国家，其宪法中大量规定统一市场、禁止垄断和不正当竞争的条款，充分体现了对公平竞争的高度重视。此外，《克罗地亚宪法》第49条也规定：“国家保证所有企业家在市场上的平等法律地位。禁止滥用法律所界定的垄断地位。”^⑭《土耳其宪法》第167条则规定：“国家应采取措施保障和促进货币、信贷、资本、商品和服务市场的合理有序运行，防止市场形成事实或者由协议产生的垄断和卡特尔。”^⑮各国宪法关于反垄断的规定，都在强调保障公平竞争，并进而为建立公平竞争审查制度提供宪法支撑。

我国宪法虽然没有像某些国家那样通过明确规定“反垄断”、“统一市场”等来体现促进和保障“公平竞争”的理念，但实质上也存在“可推导”或“可解释”的隐含规定。例如，我国《宪法》第15条的规定，就是保障公平竞争、建立相应的审查制度的重要宪法基础。该条共有三款，分别是市场经济体制条款、宏观调控条款和市场规制条款，它们不仅确立了作为经济法基础的市场经济体制，也明确了经济法的两大板块，即宏观调控法和市场规制法，对于经济法的理论研究和制度建设尤其有特殊意义。下面笔者就着重从公平竞争的角度，对这三款作出如下解析。

首先，我国《宪法》第15条第1款有关我国实行市场经济体制的规定至为重要。正是基于宪法确立的市场经济体制，才要强调市场在资源配置方面的重要作用，并依法保护和促进公平、正当的竞争。根据该款规定，无论政府或市场主体，只要其行为妨害公平竞争，就违背了宪法规定及其相关理念。该款规定有助于理解为什么要在各个领域倡导和保障公平竞争。依据该款规定的内在要求，我国正在构建“统一开放、竞争有序”的市场体系。从法制的角度看，“统一”的大市场要求有统一的制度，^⑯因此必须清除各类限制商品和要素自由流动的制度。^⑰同时，“开放”是实现市场“统一”的重要前提，各个部门、地区、行业等人为设置壁垒的制度，也都必须清理；广义的开放还包括对国外开放，因而涉外领域的公平竞争制度亦应关注。另外，在法治框架下展开的竞争，唯有真正遵循相关法律，切实做到“竞争有序”，才能促进和保障公平竞争并提升经济效率。因此，作为现代市场体系内在要求的“统一开放、竞争有序”，不仅在前述的经济层面有重要意义，也在制度建设层面有重要价值。

其次，我国《宪法》第15条第2款规定的“国家加强经济立法，完善宏观调控”，有助于从宏观层面推进公平竞争。如果把该条第1款强调的公平竞争价值和目标融入其中，则该款可理解为：“完善宏观调控”，是指应完善对“宏观经济运行”的调节和控制，而不应干扰微观的市场主体的公平竞争和

^⑪例如，《俄罗斯联邦宪法》第8条规定：“在俄罗斯联邦，保障经济空间的统一，保障商品、劳务和资金的自由流动，鼓励竞争和保障经济活动自由。”上述规定体现了市场体系统一、商品和要素自由流动、鼓励竞争的精神。此外，该法第34条第2项规定“不允许进行旨在垄断和不正当竞争的经济活动。”这是保障公平竞争的宪法基础。参见《世界各国宪法》编辑委员会编译：《世界各国宪法》（欧洲卷），中国检察出版社2012年版，第212页。

^⑫参见张守文：《宪法与经济法关系的“经济性”分析》，《法学论坛》2013年第3期。

^⑬参见前注⑪，《世界各国宪法》编辑委员会编译书，第215页。

^⑭参见前注⑪，《世界各国宪法》编辑委员会编译书，第338页。

^⑮参见《世界各国宪法》编辑委员会编译：《世界各国宪法》（亚洲卷）第219-220页。

^⑯统一的市场需要统一的产权制度、竞争制度、税收制度等，因而需要多种制度协调，共同促进统一市场的形成和公平竞争。其中，我国1994年以来的几次税制改革，非常重视公平税负，从而为统一市场的公平竞争创造条件。参见张守文：《税制变迁与税收法治现代化》，《中国社会科学》2015年第2期。

^⑰可以用来比较的是，《俄罗斯联邦宪法》第74条规定：“在俄罗斯联邦境内，禁止为了阻挠商品、劳务和资金的自由流动，设立关卡、关税、收费以及其他任何障碍。”此外，该法第71条规定，俄罗斯联邦的管辖对象包括规定统一市场的法律原则。参见注⑪，《世界各国宪法》编辑委员会编译书，第219-220页。

经营自由,^⑩同时,在“加强经济立法”的过程中也应不断强化对公平竞争的要求。

最后,我国《宪法》第 15 条第 3 款规定的“禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序”,对于保障公平竞争的作用更为直接。依据该款规定,各类政府部门或相关组织机构,违法从事影响市场统一开放、公平竞争的市场秩序的行为,都属于扰乱社会经济秩序的行为。可见,该款从市场经济秩序的角度,为市场规制法提供了重要的宪法依据,同时,任何主体都不能扰乱社会经济秩序(包括公平竞争的市场秩序),因此,该规定也为公平竞争审查制度奠定了重要基础。

我国《宪法》第 15 条第 2 款和第 3 款,要与该条第 1 款所内涵的公平竞争理念相结合,体现在经济法上,就是要把公平竞争的价值和目标贯穿于宏观调控和市场规制的各类制度之中。因此,公平竞争虽然内涵于该条第 1 款,但要通过该条第 2 款和第 3 款来落实,并且,这些经济宪法层面的规定,对于经济法的制度形成具有重要影响。为了促进和保障公平竞争,需要把经济宪法与经济法有机地结合起来,共同作为公平竞争审查制度的法律基础。正因如此,尽管许多国家在宪法中会直接或间接地规定反垄断的内容,但对公平竞争的促进和保障,仍需通过各类具体的经济法以及其他相关法律来落实。因此,促进和保障公平竞争,仅靠反垄断法是不够的,它是一个系统工程,需要诸多法律配套,尤其要从源头上防止通过公共政策的制定和相关立法来排除或限制公平竞争。这就需要对于既存的或制定中的涉及公平竞争的各类相关制度进行“审查”,以排除或减少其对公平竞争的“影响”。可见,一般意义上的公平竞争审查制度,其目标是促进和保障公平竞争,其手段是审查和排除影响公平竞争的规定,并以此确保公共政策或相关立法的质量,实现其与相关竞争政策、竞争制度的协调。

四、审查主体及其审查权的配置与行使

以上分别着重从经济 and 法律的维度,探讨了公平竞争的重要性及其经济基础和法律基础,从而说明对影响公平竞争的各类制度进行审查的合理性与合法性。在此基础上,还需转入对具体规范层面的基本问题的探究,进一步分析公平竞争审查制度中的审查主体及其审查权的配置和行使等问题。

如前所述,无论是为了推进整体市场体系建设,还是基于经济宪法的规定,从经济法的维度看,公平竞争审查制度涉及诸多法律制度、经济政策的协调,事关整体市场体系的建设,牵涉各个层级的政府,因而确有必要将其理解为一个“大制度”。基于这种理解,对审查主体及其审查权的配置、行使等问题,应当有进一步的考量和安排,这对于完善现行制度可能更为重要。

(一) 审查主体及其审查权的配置问题

我国现行的公平竞争审查制度,将审查主体确定为“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织”,并将其统称为“政策制定机关”。从法学的角度看,这种“统称”并不合适,因为许多立法活动不宜被归属为政策制定活动,许多规范性文件也不宜称为政策。对此,可以结合制度经济学的思路,将公共政策和相关法律规范统称为“制度”,^⑪将“政策制定机关”改为“制度制定机关”。

在公平竞争审查制度中,审查主体并非限于反垄断法的执法主体,而是要扩展到其他领域更广泛的主体,涉及对竞争法之外诸多制度的审查。^⑫在审查过程中,公平竞争作为一种重要的理念和标

^⑩阿马蒂亚·森认为,自由是发展的首要目标,自由的公平的竞争对于市场主体的发展无疑是非常重要的。参见[印度]阿马蒂亚·森:《以自由看待发展》,任贻等译,中国人民大学出版社 2002 年版,第 3 页、第 13 页、第 31-33 页。

^⑪制度是指由人制定的规则,以抑制人际交往中的任意行为和机会主义行为。参见[德]柯武钢、史漫飞:《制度经济学:社会秩序与公共政策》,韩朝华译,商务印书馆 2000 年版,第 32 页。

^⑫对于审查主体及其审查权,各国的规定不尽一致。例如,《印度竞争法》(2002 年)第 49 条规定,中央政府在制定竞争政策(包括审查与竞争有关的法律)或其他事项时,或州政府在制定竞争政策或其他事项时,根据具体情况可以就该政策可能对竞争产生的影响向委员会作出说明,而委员会应当在收到说明之日起 60 天内向中央政府、州政府给出其意见,根据具体情况中央政府、州政府可采取其认为适当的行动。参见林燕萍等:《发展中国家十国竞争法研究》,北京大学出版社 2010 年版,第 414 页。

准,应贯穿于对各类相关制度的评判,由此会大大扩展公平竞争审查制度的适用范围^{②1}。

此外,公平竞争审查在性质上不是司法审查,而是一种广义的立法审查,即在规则制定过程中对规则合法性进行的审查,这就决定了它是一种源头审查,而不是在出现纷争之后的执法审查或司法审查。由于审查主体非常分散,并且主要是自我审查,能否保证审查的质量,切实保障公平竞争,还是存疑的。尤其在各部门和地区都有自身利益或业绩追求的情况下,当公平竞争的要求与其他制度目标发生冲突时,要实现保障公平竞争的目标,就要有制度的特别保障。^{②2}

基于制度保障的需要,应结合审查权的分散行使可能造成的问题,再给国务院反垄断委员会配置一类审查权,使其可作为相对独立的“第三方”,对公平竞争审查工作进行不定期、不定项的抽查或实地检查,这是对审查的“再审查”。^{②3} 对不严格按照公平竞争审查制度要求,敷衍塞责的审查主体,应细化追责程序和机制,这既有助于反垄断委员会职能的适度“实化”,也有助于审查制度的有效落实。

公平竞争审查权在微观层面的依据,是反垄断法的相关规定,而其更上位的法律基础,则是宪法的相关规定。因此,此类审查权体现了国家的整体制度安排,具有合法性。此类审查权存在的合理性,在于解决相关制度可能对公平竞争造成的负面影响。在明晰上述权力依据的基础上,应有效配置审查权,以全面促进和保障公平竞争目标的实现。

(二) 行使审查权过程中的政策与法律问题

在审查权的行使(同时也是审查职责的履行)过程中,需要着重审查四个方面,即市场主体的自由进出、商品和要素的自由流动,以及对生产经营成本和生产经营行为的影响。上述四大审查标准与相关的例外规定,体现了经济法兼顾效率与公平的基本原则。依据这一原则,政府应建立合适的兼顾公平和效率的制度安排,实施更有效的监管和引导。^{②4} 与此同时,上述标准的适用,不仅涉及反垄断法,也涉及经济法的其他若干部门法特别是财政法、税法、招标投标法、价格法、特许经营法等诸多制度。明确上述审查标准,是为了更好地确定政府制定的公共政策或相关规则是否影响公平竞争。在公共政策特别是经济政策的制定方面,许多人认为应强调竞争政策的基础性地位,就像强调市场在资源配置方面的决定性地位一样,同时,不少人把产业政策等同于政府的干预或影响,并将其与竞争政策对立。然而,如前所述,财政政策、税收政策、货币政策的影响范围更大,只不过这些政策会影响到产业,便有人将其等同于产业政策。事实上,诸如财政补贴、税收优惠等,首先是财政政策和税收政策的问题,而不是产业政策的问题,这是需要重申并加以澄清的。与此同时,尽管国内外许多学者将竞争法纳入广义的竞争政策中,^{②5}但从严格的学术意义上说,既不应将竞争政策等同于竞争法,也不应把竞争法包含于竞争政策之中。从经济法的角度看,尽管经济法是经济政策的法律化,经济法与经济政策的联系非常紧密,但仍应区分经济政策和经济法,以及具体的竞争政策与竞争法,否则许多问题会混淆不清。

强调上述政策与法律的界分,对于审查权的行使乃至整个公平竞争审查制度的实施可能会有特殊意义。目前,我国公平竞争审查制度的系统规定,是国务院文件(一般专指国务院 2016 年第 34 号文),这样就存在的一个重要问题:当该文件的规定与其他法律法规冲突的时候,何者优先? 如果单

^{②1}《瑞士联邦宪法》第 94 条规定,联邦和各州尊重经济自由原则。对经济自由原则的克减,特别是威胁竞争的措施,只有在联邦宪法有所规定或各州法律规定了排他性权力时才能被允许。参见前注①,《世界各国宪法》编辑委员会编译书,第 56 页。

^{②2}对此,1993 年《蒙古国禁止不公平竞争法》第 10 条规定,国家大呼拉尔有权为促进公平竞争的国家政策确立基础;有权依照法律监督政府决议的执行以确保处于市场中的企业有一个公平的竞争环境;如果发现政府(行政机构)的决定禁止或限制了公平竞争,可以行使否决权。参见前注②0,林燕萍等书,第 433 页。

^{②3}也有研究者提出以反垄断委员会为主的竞争评估机制。可参见张占江:《中国法律竞争评估制度的建构》,《法学》2015 年第 4 期。

^{②4}参见[美]坦茨:《政府与市场:变革中的政府职能》,王宇等译,商务印书馆 2014 年版,第 34 页。

^{②5}例如,美国著名反垄断法学者霍温坎普(Herbert Hovenkamp)就特别强调其选择“政策”一词作为书名,是既想阐明现有的法律,又想阐明那些主张采用其他方法的政策。参见[美]霍温坎普:《联邦反托拉斯政策:竞争法律及其实践》(第 3 版),许光耀、江山、王晨译,法律出版社 2009 年版,作者序言。

纯机械地套用法律效力级次的规则或我国《立法法》的规定,可能有人认为它们并不在一个层次上,应强调法律、法规有更强的法律约束力。如果仅将公平竞争审查制度作为国务院文件规定的一个“小制度”,就会面临这样的问题。然而,如果将其作为一个“大制度”,就应从整体解释、系统解释的角度,强调保障公平竞争是宪法确立的市场经济体制的要求,而且,从合宪性的角度讲,其他法律法规也要遵循这一规定。更何况该制度所涉及的许多标准,已有我国《反垄断法》的规定作为基础。因此,即使其他法律法规与我国《反垄断法》相冲突,也可以从宪法的高度,进行合宪性的解释。这更有助于发挥法律体系的整体功用,真正实现法治系统的整体合力。当然,从未来完善公平竞争审查制度的角度,还应提升立法层级,进行单独立法,或在修改我国《反垄断法》时作出专门规定,至少应出台《公平竞争审查条例》,这会更有助于上述问题的解决。

从一般意义的保障公平竞争的角度看,在经济法领域,不仅要关注企业或经营者之间的公平竞争,也应关注中央政府和地方政府对公平竞争的影响,并对政府行为进行约束和规制,^{②6}此时的政府亦属于规制受体,这是在经济法主体理论研究方面需注意的问题。此外,如果对公平竞争的理念再予扩展,则在经济法领域还需关注税收竞争、金融竞争、产业竞争等多种类型的竞争,其中也都涉及公平竞争的问题。尤其是地方政府的竞争,对整体经济和法治的影响更为突出,^{②7}在经济法研究中应特别关注。建立在扩展意义上的公平竞争及相应的审查制度,会使经济法成为全方位保障公平竞争的法治。

五、结 论

公平竞争审查制度是当前理论界和实务界关注的一个热点问题,以往的研究主要是从反垄断法的维度展开探讨,已取得一些重要成果。然而考虑到公平竞争涉及整体的市场体系建设和诸多公共政策的协调,甚至关系到宪法所确立的市场经济体制,有必要将研究扩展至整个经济法层面,进一步研究该制度的重要基础问题,这更有助于其制度完善和有效实施。公平竞争审查制度不仅可以理解为一个狭义的“小制度”,还可以从整体经济法乃至经济宪法的层面,将其理解为一个广义的“大制度”。基于“大制度”的定位,应当将公平竞争的理念、价值、原则,贯穿于经济法的各类制度,使整个经济法都有助于促进和保障公平竞争。因此,无论是财税制度还是金融制度,无论是产业制度还是外贸制度,等等,都要在制度的形成过程中,充分考虑促进和保障公平竞争的目标。市场规制法对公平竞争已有较多体现,因此,在宏观调控法领域将公平竞争的目标与其他目标相协调更为重要。

此外,将公平竞争审查制度理解为“大制度”,不仅因其影响范围大,涉及市场体系的方方面面,也因其制度效力不仅直接源于反垄断法,而且与经济法的各类制度乃至经济宪法规范都有内在关联,其有效实施也需要与经济法以外的相关制度的协调配合。作为一种“大制度”,公平竞争审查制度的重要价值将日益显现并受到广泛关注,但在实践中也会遇到诸多问题,只有不断改进和完善,才能有效实现其促进和保障公平竞争的目标。

(责任编辑:徐澜波)

^{②6}例如,2001 年的《南非共和国竞争法》第 21 节规定,竞争委员会的职能是“对生效法律和公共性规章进行事后审查,对其中允许非竞争行为的有关规定向部长报告”。参见时建中主编:《二十一国竞争法典》,中国政法大学出版社 2009 年版,第 402 页。又如,1993 年《蒙古国禁止不公平竞争法》第 11 条规定,蒙古国的部长和国家发展委员会的主席如果发现部落首领或省会首脑作出的决定与禁止不公平竞争的法律相抵触,可以向总理提交建议否决之。参见前注^{②6},林燕萍等书,第 434 页。

^{②7}参见沈坤荣、付文林:《税收竞争、地区博弈及其增长绩效》,《经济研究》2006 年第 6 期。