

# 我国推行竞争中立的法治进路\*

——以反垄断法规制机制的优化为突破口

邓达奇<sup>1</sup> 张泊宁<sup>2</sup>

(1.深圳市社会科学院政法研究所, 广东 深圳 518028; 2.广州市道路扩建工程办公室, 广东 广州 510055)

**[摘要]** 竞争中立的本质是克服扭曲竞争的政府干预行为, 强调建立一个公平竞争的市场环境, 这与反垄断法规制行政垄断的任务是适配的。结合竞争中立的这一本质, 也可以找到竞争中立上升为一项法律规则或原则的法理基石, 即市场主体的公平竞争权, 这亦是反垄断法维护的基本权利。反垄断法规制政府反竞争行为的事前竞争审查和事后规制措施的综合运用, 是竞争中立价值实现的基本法治路径。可见, 竞争中立可以依托反垄断法的精神和宗旨, 在反垄断法框架中找到其实现法理论据。然而, 反垄断法对非中立政府干预的规制乏力, 使竞争中立的实现面临着困境。我国《反垄断法》第8条对管制行业的模糊界定, 相当于极大限缩了反垄断法适用的空间, 为行政权力限制市场竞争预留了空间。而对于行政垄断的判别, 反垄断法采取的是“滥用行政权力”的标准, 无法全面地规制大量隐性、间接的竞争扭曲的政府干预行为。此外, 公平竞争审查制度的标准、例外规定和审查机制尚不完善, 难以确保审查结论的科学性、客观性和中立性。由此可见, 实现竞争中立的关键在于增强反垄断法对非中立政府干预的约束刚性, 通过增强反垄断法经济宪法的权威, 协调产业政策和反垄断法的关系, 推动管制经济转变为竞争经济, 完善公平竞争审查制度, 构建更加有效的反垄断规制体系。

**[关键词]** 竞争中立 反垄断法 政府非中立干预 公平竞争 公平竞争审查

**[中图分类号]** D922.294 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 2096-983X(2022)05-0086-08

市场在资源配置中发挥作用的程度由“基础性”上升为“决定性”, 竞争政策逐渐成为我国基础性的经济政策, 是充分意识到“公平竞争”构建的“依存与对抗机制”带来的正效益而做出的必然选择, 这与竞争中立的目标——

克服政府给予特定企业过度竞争优势而扭曲竞争——是一致的。竞争中立由最初的国内法律概念外溢成国际规则, 美国等国努力在《跨太平洋战略经济伙伴关系协定》中推行竞争中立规则, 确立各缔约方政府不得通过对其国有

收稿日期: 2022-02-16; 修回日期: 2022-06-16

\*基金项目: 2020年中国博士后科学基金第13批特别资助项目“人工智能科技的法伦理学研究”(2020T130549); 2021年深圳市哲学社会科学规划课题“人工智能科技的治理困境与法伦理学应对研究”(SZ2021D022); 海南省法学会2021年度法学研究课题“海南自由贸易港建设背景下的法治创新研究”([2021]015); 深圳市社会科学院2022年专项科研重点课题“习近平法治思想的深圳实践研究”(2022AA004)

作者简介: 邓达奇, 研究员, 西南政法大学法学博士后, 法学博士, 主要从事法理学、法社会学、法经济学研究; 张泊宁, 科员, 法学硕士, 主要从事竞争法研究。

企业进行直接或间接的非商业资助等条款,与我国国有企业直接相关。可见,竞争中立不仅是“国际造法”压力之下的选择,更是我国经济体制改革的内生需求。因此,应当精准界定竞争中立的内涵和本质,在法治维度探索实现竞争中立的具体路径。反垄断法具有治理政府扭曲竞争的正当性和不可替代性,<sup>[1]</sup>如何完善反垄断法的机理和功能,为实现竞争中立的实现开辟法治路径,是本文着力要解决的问题。

## 一、在反垄断法框架内实现竞争中立的法理证成

### (一) 竞争中立核心价值与反垄断法反对行政垄断的任务之适配

“竞争中立”的概念首次出现在澳大利亚的竞争政策中。1990年代中期,由政府提供的某些行业的产品或服务的生产和定价被认为效率低下,国有企业从政府获得的优惠政策损害了竞争和生产。而国有企业公司化、私有化等改革无法有效地解决这一问题。因此,澳大利亚在全国范围内对竞争立法和竞争政策进行了全面的审查和改革。1993年《国家竞争政策报告》将竞争中立解释为禁止国有企业通过补贴等形式获得额外竞争优势。1996年的《联邦竞争中立政策声明》(以下简称《声明》)进一步阐明了竞争中立的概念:竞争中立要求公共部门的商业活动不能只基于其公有制而享有超越私人部门所有的竞争优势。

欧盟虽然没有明确提出“竞争中立”,但将竞争中立内嵌于一系列法令制度中。《欧洲运行条约》(TFEU)第106条规定,“成员国不得制定和保留针对具有特殊权利的企业和公共企业与条约竞争规则相矛盾的任何措施”,第107条、108条进一步禁止成员国的政府援助。《透明度指令》则是企业治理层面的要求,强调公共企业与政府部门之间的财务关系透明,也要求接受公共补助的企业内部的财务透明。可见,欧盟语境下的竞争中立是一个广义的概念,它

的视角并不仅限于国企和私企之间的竞争,也涵盖所有企业之间的竞争,它反对政府直接或间接的、使特定企业获得不正当竞争优势的,不同性质的损害公平竞争的干预措施。

2017年1月12日,国务院印发的《“十三五”市场监管规划》(以下简称《规划》)首次提出:“实行竞争中立制度,避免对市场机制的扭曲”,由此可以认为中国语境下的竞争中立聚焦于政府与市场的关系:第一,竞争中立已成为一项市场经济改革的重要标杆;第二,实行竞争中立是为了避免政府对市场的不当干预。

虽然在上述不同法律语境下,竞争中立的表现形式和实现路径呈现出多元化特征,但竞争中立的核心价值和本质内涵的界定并无实质差别,均在于克服政府扭曲竞争的政府干预行为,反对政府给予特定企业过度的竞争优势,强调建立一个公平竞争的市场环境。

反垄断法不仅将市场主体的限制、排除竞争行为作为其规制对象,也将政府及其所属部门的行政垄断作为它的规制对象。在经济转轨期,对我国市场经济造成更加严重损害的是行政垄断而不是市场主体的垄断。由于长期的历史原因,原有体制中的行政化、官本位权力机制,在变异中逐渐形成行政性分离集团。加之中国尚处于社会主义市场经济的探索时期,约束行政机关及其部门滥用权力的法律法规仍然欠缺,原有的行政垄断权力依托不健全的市场机制,寻找到了新的生存土壤。行政垄断破坏全国统一市场的形成,造成资源浪费和经济效率低下,破坏了公平竞争市场秩序,阻碍经济民主和政治民主的实现。

规制行政垄断是反垄断法最重要、最艰巨的任务。而由上文论述可知,在竞争中立的核心价值取向上,人们不仅把竞争中立作为衡量国有企业改革是否促进公平竞争的评判标准,并且将竞争中立这一理念推广到全面评判政府权力干预市场竞争合理与否的维度上。<sup>[2](P234)</sup>换言之,竞争中立是评价政府行为是否应当受到反垄断法的规制的基本尺度。

## （二）竞争中立的法理基石与反垄断法立法目的之耦合

自由资本主义是指以自由竞争为特征的市场结构,在自由资本主义阶段,私人资本家或资本家集团之间可以不受限制地展开自由竞争,自由竞争权是市场主体的一项基本权利。然而,自由竞争引起生产集中,当生产集中发展到一定高度时,必然会走向垄断,垄断反过来又消除了自由竞争。自由竞争的固有缺陷阻碍了竞争秩序的有效运行,损害了社会整体福利。西方许多国家开始颁布限制市场主体的自由竞争权、主张公平竞争权的法律。公平竞争是竞争权发展的高级形态,它涵盖了自由竞争权的内容,也是对自由竞争权的升华。<sup>[3]</sup>1938年,美国国会将《联邦贸易委员会法》第5条将“影响商业的不公平的竞争手段或欺骗行为及惯例”认定为违法行为。日本的《禁止垄断法》第1条将“禁止不公平的交易方法”作为该法的立法目的,同时第3条、第8条、第9条、第10条等分则条款都是通过反面禁止确立了公平竞争权,将总则的规定具体化。我国《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》规定:“有下列情形之一的,可以依法提起行政诉讼:(一)被诉的具体行政行为涉及其相邻权或者公平竞争权的……”,这是我国首次明确出现有关于“公平竞争权”的司法解释。

公平竞争权是实现公平精神的重要法权,强调的是市场内的主体,无论其来自何地区,所有制形式和组织形式有何不同,均享有公平参与市场竞争和平等对待的权利,各种交易机会和通道也应保持必要的公平性与开放性。<sup>[4]</sup>我们既要扭转因市场机制自身缺陷对市场主体公平竞争权的损害,也要防止政府限制竞争行为对市场主体公平竞争权的损害。结合竞争中立的实质——克服政府行为的非中立——给予国有企业不当、额外的竞争优势而损害其他市场主体的公平竞争利益,市场主体的公平竞争权理应是竞争中立规则的核心要义,<sup>[5]</sup>亦是其上升为一项法律规则或原则的法理基石。我国

《反垄断法》第1条规定:“为了预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争……而制定本法”,可见,维护公平竞争是我国反垄断法的立法宗旨,反垄断法的公平精神就是要展现这种为人们所普遍推崇和广泛接受的价值准则。<sup>[6]</sup>反垄断法不仅反对市场主体的经济垄断行为,也反对政府的行政垄断行为,以维护合法经营主体的公平竞争权。可见,竞争中立的价值目的与反垄断法的精神是耦合的。

## （三）竞争中立借由反垄断法的规制机理来实现

在反垄断法框架内实现竞争中立亦是不可替代的最优路径。首先,反垄断法规制政府非中立行为具有合宪性基础。宪法是维护自由和民主的基本法,反垄断法是维护自由和公平竞争的基本法;宪法通过限制公权力以保障公民的基本权利,反垄断法通过制止政府损害竞争以维护市场主体的经济自由,可见,反垄断法具有接近或链接宪法的趋势,常被比喻为“经济宪法”。美国反托拉斯法的基石谢尔曼法,被誉为旨在保证自由和不受约束的竞争作为贸易规则的“自由企业大宪章”;联邦德国《反对限制竞争法》是规范联邦德国社会主义市场经济制度的“基本法”,是经济法的核心;有的国家,如菲律宾和俄罗斯,宪法更是反垄断法制定的直接依据,反垄断法是宪法反垄断条款的具体化。

我国《宪法》虽然未有明确的反垄断条款,但通过对第15条第1款“我国实行社会主义市场经济”和第2款“国家加强经济立法”的解释,也可以找到制定和完善反垄断法的宪法理据。在反垄断法“经济宪法”的权威下,市场主体自由和公平竞争的权利以及消费者权利是市场经济的基本权利,不轻易受到政府管制的限制,除非以更高层次的公共利益或充分且正当的理由为条件。<sup>[7]</sup>

申言之,经济宪法的法律位阶高于各类经济制度,反垄断法优先于各类管制,确立“竞争为原则”与“管制为例外”的经济秩序,能够在竞争维护的维度上对管制进行限制以实现竞争

中立。<sup>[18]</sup>

其次,针对反竞争行为,反垄断法具有优越的反竞争行为规制模式。对管制竞争影响进行事前评估,对行政垄断予以事后制裁,能够最大限度减少行政权力对竞争的损害,促进管制竞争化的转变,这是反垄断法规制政府限制竞争最基本的制度框架,也是竞争中立价值实现的基本法治路径。

事后规制主要是指竞争执法,围绕反垄断法的个案实施,注重市场结构、垄断行为判定等标准对具体的行政垄断进行制裁。制裁强调完善行政垄断的法律责任体系,包括行政责任,如确认违法、撤销违法行为、宣布无效、行政处罚和行政赔偿等;民事责任,如停止违法行为、赔偿损失等。然而,事后规制措施是在竞争损害已经发生之后的救济措施,无法大刀阔斧地在竞争损害未发生时便将反竞争因素扼杀在摇篮里,且往往需要时间和成本开展竞争调查,此时前置的约束路径就显得非常必要。事前规制措施更侧重于采用市场性的措施,由竞争主管机构对拟出台或实施中的法规或政策进行审查、评估或意见咨询,对“竞争妨害”的因素进行辨别,提出对竞争损害最小的实现政策目的替代方案。

欧盟委员会实施国家援助控制制度,只有不危害欧盟统一市场的国家援助才能通过审批;日本、韩国和新加坡等国设有竞争评估制度,均是对政府规制的竞争效果的事前评价;美国等判例法系国家则在司法实践中确立竞争的“测试标准”。我国也将公平竞争审查制度写入了《反垄断法》,成为针对抽象性的行政垄断行为事后规制措施重要补充。事前和事后措施相辅相成,双向配合,织成政府反竞争行为的规制网。事前的竞争评估是追究政府反竞争责任的基础,是反垄断机关提出有利于竞争意见的前提,事后的竞争执法是制约政府反竞争行为的必要保障。而将事前和事后规制措施串联起来的主线便是竞争中立。竞争中立作为评价行政干预市场行为正当、合理与否的尺度,不仅

是评判行政反竞争中立行为的反垄断法规制措施适当与否的标准,也是反垄断法规制措施所要实现的价值目标。<sup>[19]</sup>

## 二、实现困境:反垄断法对政府非中立干预的规制乏力

2022年6月,第一次修订后的《反垄断法》表决通过,明确要强化竞争政策基础地位,并将公平竞争审查制度的效力位阶提升到法律层面。竞争政策基础性地位是开展公平竞争审查的依据和实现竞争中立的前提,公平竞争审查以竞争中立为目标,竞争中立以公平竞争审查为重要实现路径。然而,如何使竞争政策基础性地位在实然层面确认和强化,如何在实践中最大程度实现竞争中立,仅有立法的顶层设计是不够的,也需要其他多种因素的作用,包括反垄断法与其他经济政策关系的协调,最大限度规制政府非中立干预,足够完善的公平竞争审查制度等。在我国反垄断法的框架下,非中立的政府干预依然难以得到有效治理,竞争中立实现面临着困境。

### (一) 保留了非中立产业政策排挤反垄断法适用的余地

新《反垄断法》第8条依旧保留了原来涉及产业政策的条款,规定国家对国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的合法经营活动予以保护。这些特定行业一般具有高度的市场集中度甚至自然垄断性质,且关系国计民生、社会经济稳定和公众福祉,因此由专门的法规政策对其市场准入、价格等进行严格管制,可被称为管制行业。管制是替代市场机制作用的行政干预手段,虽然在一定程度上能够解决私人部门滥用经济权利的市场失灵,但不具有保护竞争的天然使命。当政府失灵时,管制不被允许继续承担也无法胜任“规制自身行为”的职责,无法有效遏制甚至会引起和加重政府失灵,因为在很多时候,政府在制定和实施产业政策时常常

用行政干预排斥、替代甚至妨害市场竞争的自主选择。<sup>[10]</sup>同时,我国的产业政策分散而庞大,并不存在一部以“促进竞争”为目标的、约束政府产业调控行为的基本法律,无法独立完成产业政策“中立化”的任务。

对于第8条的理解,要注意区分反垄断法的豁免和除外适用,二者区分的标准是某一垄断状态或行为是否本身违反《反垄断法》。《反垄断法》适用除外对上述命题的回答为“否”,而豁免的回答为“是”。

申言之,《反垄断法》适用除外对于本身即是垄断的特定行为和行业的宽容是绝对的,无条件的;而豁免的宽容却是相对的,有条件的,即所有被豁免的垄断行为应当满足不对竞争秩序和消费者利益造成严重损害等免责前提。从外观上来判定某类垄断属于反垄断法适用除外抑或豁免:反垄断执法机构对反垄断法适用除外制度的对象并不关注,无须对其进行审查;而豁免的对象必须接受反垄断执法机构的审查,其被豁免的效力因此具有了相对性。

从文义解释的角度看,第8条既确认了管制行业为产业政策的调整对象,又未在名义上放弃反垄断法的介入,并不能绝对地认定其为反垄断法的适用除外。但由于管制行业的范围不清晰,实际上造就一个实然的庞大适用除外范围:关系国计民生的行业至少包括军工、电信、石化等多个领域,再加上已经确立的全国性的拥有特许经营权的行业,基本覆盖了我们普遍认为的存在过度监管和缺乏竞争性的所有行业。对象的泛化相当于极大限缩了反垄断法适用的空间。<sup>[11]</sup>虽然新《反垄断法》增设了第5条“国家建立健全公平竞争审查制度。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在制定涉及市场主体经济活动的规定时,应当进行公平竞争审查”,这使得作为事前预防机制的公平竞争审查可以及时制止竞争扭曲的产业政策。但由于目前的公平竞争审查以增量政策为主,对庞大的存量政策仍然鞭长莫及。综上所述,在《反垄断法》第8条之下,实际上非

中立的产业政策仍有一定的余地,不利于竞争中立的推行。

## (二) 无法全面约束不同性质的非中立行政干预

以是否滥用权力为标准,扭曲竞争的非中立的行政干预通常表现为以下两种情形:一是滥用行政权力,故意设置竞争障碍,造成竞争扭曲;二是不构成滥用行政权力,但不具备正当性和合理性,客观上造成竞争扭曲。反垄断法选择的是“滥用权力”的形式判别标准,而非“扭曲竞争”的实质判别标准,大量隐性的、间接的,很大程度由于对竞争影响缺乏科学研判而造成的竞争扭曲并不属于行政垄断,如工信部通过推荐名录、目录、清单等方法限定对新能源补贴的范围,这种选择性的补贴措施无疑会在客观上造成竞争扭曲。公平竞争审查制度写入新《反垄断法》,将更多种类和性质的“妨碍公平竞争的规定和做法”纳入审查范围,有利于使政府干预及时回归“中立”的角色。

但是我国的公平竞争审查制度还存在许多不足之处:首先,审查标准没有涵盖可能影响竞争的所有因素。我国公平竞争审查标准主要考察以下几点:是否限制市场准入和退出、是否限制商品和资源的自由流动、是否限制市场主体的竞争能力和积极性,是否减少和增加经营者的成本,基本上是“市场和市场主体竞争利益”层面的标准,缺少“消费者选择”层面的标准。其次,豁免范围的不明晰,难以保证公平竞争审查最大限度预防非中立政府干预。我国《公平竞争审查制度实施细则》第17条仅笼统地做出例外情形的一般规定,没有指明“经济安全、文化安全与国防建设”的具体内涵,也没有指明政策措施与政策目标契合度的判定方法。反观欧盟竞争法,除了TFEU第107条第2款列举了原则性豁免的几类政府补助,还出台了诸多文件对“例外允许”进行细化,强化对滥用豁免条款规避竞争中立的制约。

## (三) 缺少科学完整的公平竞争审查机制

我国《反垄断法》仅将“滥用行政权力排

除、限制竞争”作为行政垄断的判断依据,并详细列举了各种行政垄断行为。对于行政垄断行为,我们侧重于分析它的合法性,即是否具有法律依据或合法授权,是否违反法律保留性原则。如果缺乏合法基础,且在反垄断法的列举范围之内,便可追究反垄断法责任。而公平竞争审查的对象不限于滥用行政权力、故意扭曲竞争的行政垄断行为,还涵盖不同种类的隐性行政干预行为,需要审查其是否符合竞争中立,是否是正当、合理且必要的,或者是否最大程度避免了对竞争的损害等。相较于明确的“违法性”,这些标准更加抽象且难以量化,因此更需要建立一个具体、完整、易操作的科学性审查机制。而审查机制的科学性是确保审查结果的公正性、客观性、中立性和有效性的前提,是竞争中立目的实现的必然要求。

我国公平竞争审查按照以下流程展开:首先,判定审查对象是否涉及具体市场经济活动;其次,对照17条具体标准逐一审查,详细说明对竞争的影响;最后,评估其是否符合例外情形,符合例外情形的可以出台,不符合则接受调整或不得出台。这显然不是一个完备的评判体系,政策制定的正当性、必要性、竞争损害最小性、目的和结果的均衡性等指标证成尚未在这个分析框架中完全体现。

另外,我国公平竞争审查制度侧重于定性分析,缺少成本-效益分析的量化工具。定性分析是一种描述性的、对结果的“质”的研究,灵活度较高,能够充分利用审查人员的专业知识和主观能动性,节省时间和成本。然而,如果定性分析作为唯一的审查工具,将影响审查结果的精确性。一方面,定性分析对数据资料的依赖性小,当某项政策涉及特定公共目标的实现、竞争影响程度评估、其他社会收益等多维度的评价指标时,定性分析会导致审查结果的偏差。另一方面,审查者拥有较大的自由裁量权,可能会产生“结论主导”的主观意识,即忽视过程,为了追求一个既定的审查结论而进行论证。如果采取这种形式化、颠倒式的审查模式,

审查结论的客观性和真实性将受到质疑。

### 三、实现路径:增强反垄断法对非中立行政干预的约束刚性

在反垄断法框架内克服扭曲竞争的非中立行政干预,不仅要完善反垄断法普遍规制机制,明确反垄断法对于其他经济政策的优先适用,也要进一步完善公平竞争审查制度。公平竞争审查是遵循竞争中立精神,按照反垄断法标准和方法对政府干预进行评估和审查的重要措施。公平竞争审查载入新《反垄断法》,获得了法律依据和基础,能更好地发挥矫正非中立政府干预,维护公平竞争市场秩序的作用。

#### (一) 促进产业政策和反垄断法的协调

竞争中立是协调好产业政策和反垄断法关系的重要原则,核心在于确认反垄断法优先适用,借助公平竞争审查制度纠正扭曲竞争的产业政策,引导产业政策逐步向竞争友好型和竞争中立型转变。其一,增强反垄断法经济宪法的权威,保证反垄断法的优先适用。在《反垄断法》中明确相关行业管制主体在制定产业政策时不得违背公平竞争的原则,肯定并加强在垄断行业中适用反垄断法,从而为践行竞争政策及保障其基础性地位提供稳定的法治依据。其二,应根据我国管制行业的发展的现状,对《反垄断法》第8条“控制地位”“关系国民经济命脉”“国家安全的行业”等概念进行限缩解释。不同的行业管制法和竞争法的适用类型是建立在一定的经济实践基础上的。一方面,随着科技的发展和社会的进步,部分管制行业已不再具有自然垄断性质,铁路、电信、电力等行业都进行了一系列打破自然垄断的变革。随着自然垄断行业的性质转变,有些行业不再适合继续由产业政策调整和规范。另一方面,自然垄断行业内既有垄断性业务也有竞争性的业务,不宜全盘适用产业政策。其三,公平竞争审查制度应当兼顾存量产业政策。对于市场主体反应比较强烈、问题暴露比较集中、反竞争影响

比较明显的产业政策,对于反垄断执法中发现涉嫌行政垄断的产业政策,对于以合同协议等形式设定优惠的产业政策应当及时启动公平竞争审查。<sup>[12]</sup>

### (二)完善公平竞争审查标准和例外规定

反垄断法对竞争机制的维护可被视作对外部选择范围的保障,消费者法对谈判地位不对等的矫正可被视作对内部选择能力的增强。<sup>[13]</sup>行政干预妨碍消费者选择的多元性和转换供应商的能力也可构成竞争损害。除了从最低限度的“有效竞争”的视角,将公平竞争审查的触角延伸至供给端的各方面,公平竞争审查还需要结合不同层次的消费者利益,从消费者或需求侧的视角设计出诸如“是否限制消费者自由选择范围”“是否影响消费者充分选择的能力”等审查标准,全面评估市场经济运行的整个过程行政干预行为的竞争影响。

合理设定例外规定或豁免,是避免豁免原则被滥用、大量隐形非中立行政干预成为“漏网之鱼”的关键环节。首先,结合当下实际,应将国家安全、社会保障、科技创新、资源节约、环境保护、中小企业发展、对外经济利益作为公平竞争审查例外规定的具体豁免情形。<sup>[14]</sup>其次,对“国际经济安全”“社会公共利益”等语义作出更明确的解释或修改,尽可能列出详细的“正面清单”,减少曲解和攀附的空间。再者,根据比例原则构建一套豁免的评判方法。比例原则的结构模型与法理特征更和豁免制度的具体构建深度契合,公平竞争审查的例外规定允许比例原则的深度介入。<sup>[15]</sup>比例原则原是行政法的一项基本原则,是指行政主体实施行政行为时,要求实现的行政目标与对相对人的不利影响应有适当的比例,且不利影响应被限制在尽可能小的范围和限度之内。在设计公平竞争审查的例外或豁免时,必然需要在政策目的与手段、竞争效果之间进行衡量,此时可以引入比例原则进行深入分析:考察政策措施是否必然能够实现正当的政策目的;政策目的是否高于市场竞争利益,且能够随着情势变化动态调

整;是否必须采取限制竞争的方式实现政策目的;采用的手段是否对市场竞争的损害最小;有无其他竞争影响更小的替代方案。

### (三)优化公平竞争审查的分析框架和方法

一个完整公平竞争审查分析框架应当至少包括以下方面:1)审查正当性,政策是否具有实现社会公共利益、激励创新、推动产业升级转型和高质量发展等正当目的;2)审查可行性,政策是否与正当性目标的实现存在逻辑上因果关系,政策具体措施的设计和具体手段的选择能够实现该政策力图实现的目标;3)审查竞争损害,即政策是否会扭曲竞争,扭曲竞争是否超过必要性,是否已将竞争损害降至最低,是否还存在竞争损害更小的替代措施等;4)审查是否可以被豁免。

当然,上述审查必须要结合运用科学的分析方法。一是量化分析方法,建立一个精准反映公共政策对竞争损害的模型。同时,根据细化的审查标准设计一系列的提问,比如对于“市场准入和退出标准”,可以细化为“在相关市场是否存在独占垄断或寡头垄断的情形”“营业执照是否可以自由转让”“行政许可审批的数量和效率是否直接限制企业进入市场”。对每项提问的肯定回答配以一定的数值权重,随后通过统计数据和计算模型得出量化的结论。二是比例原则,尤其注重成本—效益的分析方法。我们认为最为精准的标准应为效率标准,成本—效益分析就是在不同的利益之间围绕效益进行衡量和取舍。在公平竞争审查中,只有限制竞争转化的经济效益大于竞争损害带来的损失,这项政策就才可以通过审查。

## 四、结语

在反垄断法规制框架下实现竞争中立,立足点是增强反垄断法对行政扭曲竞争行为的规制力度,协调反垄断法与产业政策的关系,确立和巩固竞争政策的基础性地位,从而规范行政行为,纠正行政权力过度介入市场、限制竞争的

行为。当我国的反垄断法得以完善并构建了完整的竞争政策体系之后,还应构建专门的竞争中立制度,将竞争中立的基本要求立法化,可参考澳大利亚的经验,形成包括国企商业运行规则、政府竞争中立行为规则以及竞争中立执行机制,投诉等事后监督机制等一体化的独立的竞争中立分析框架。

#### 参考文献:

- [1]张占江. 政府行为竞争中立制度的构造[J]. 法学, 2018(6): 83-98.  
 [2]孙晋, 李胜利. 竞争法原论[M]. 北京: 法律出版社, 2020.  
 [3]刘大洪, 殷继国. 论公平竞争权——竞争法基石范畴研究[J]. 西北大学学报, 2008(6): 138-143.  
 [4]周晨, 方翔. 优化营商环境与公平竞争审查的内在逻辑及其制度完善[J]. 深圳社会科学, 2021, 4(1): 129-139.  
 [5]刘笋, 许皓. 竞争中立的规则及其引入[J]. 政法论丛, 2018(5): 52-64.  
 [6]蒋悟真. 反垄断法的基本精神阐释[J]. 社会科学, 2009(9): 74-80.

- [7]张占江. 反垄断法与行业监管制度关系的构建[J]. 当代法学, 2010(1): 118-125.  
 [8]张占江. 反垄断法的地位及其政策含义[J]. 当代法学, 2014(5): 109-116.  
 [9]孙晋, 王贵. 论政府反竞争行为综合规制的路径建构[J]. 中南大学学报(社会科学版)2017(1): 18-25.  
 [10]李平, 刘桂清. 产业政策竞争导向转型的现实需求与内在动因[J]. 当代经济, 2018(23): 16-19.  
 [11]段宏磊. 民航业反垄断执法的管制障碍及改革[J]. 北京理工大学学报, 2015(1): 118-125.  
 [12]孟雁北. 产业政策公平竞争审查论[J]. 法学家, 2018(2): 118-134.  
 [13]Neil W Averitt, Robert H. Lande. Consumer sovereignty: A unified theory of antitrust and consumer protection law[J]. Antitrust L. J., 1997(65): 713-756.  
 [14]黄彦钦. 公平竞争审查例外规定的功能定位与完善路径[J]. 深圳社会科学, 2020(4): 83-91.  
 [15]邹新凯. 公平竞争审查例外规定实施的规范分析与完善方向——以比例原则为分析工具[J]. 经济法论丛, 2018(2): 209-237.

【责任编辑 刘绚兮】

## The Legal Approach of Competition Neutrality in China: Taking the Optimization of the Regulation Mechanism of Anti-monopoly Law as the Breakthrough

DENG Daqi & ZHANG Boning

**Abstract:** The essence of competition neutrality is to overcome the government intervention that distorts competition, and to emphasize the establishment of a fair competition market environment, which is compatible with the task of regulating administrative monopoly under the anti-monopoly law. Combining with the essence of competition neutrality, we can also find the legal foundation of competition neutrality as a legal rule or principle, that is, the fair competition right of market subjects, which is also the basic right maintained by the anti-monopoly law. Anti-monopoly law is the basic legal path to realize the value of competition neutrality by the comprehensive application of pre-competition examination and post-regulation measures to regulate government anti-competition behavior. As a conclusion, competition neutrality can rely on the spirit and purpose of anti-monopoly law and find its legal arguments in the framework of anti-monopoly law. However, the anti-monopoly law is weak in regulating non-neutral government intervention, which makes the realization of competition neutrality face difficulties. The vague definition of the regulated industries in the Article 8 of Anti-monopoly Law is equivalent to greatly reducing the space of the application of Anti-monopoly Law, and leaving the space for the administrative power to limit the market competition. The judgement of administrative monopoly in Anti-monopoly Law is “abusing the power of administration”, without the full scope of the law to regulate the large amount of hidden and government’s pre-actions which twist competition. Thus, the key to achieve competition neutrality lies in strengthening the constraint rigidity of anti-monopoly law on non-neutral government intervention.

**Keywords:** competition neutrality; anti-monopoly law; non-neutral government intervention; fair competition; fair competition review