



公平竞争原则的缘起、内涵及价值



前沿观点

□ 孙晋 (武汉大学法学院教授)

公平是法治的根本要义,也是我国社会主义核心价值观的重要内容。竞争是人类社会进步的根本动力,也是资源优化配置的基本途径。在市场经济体制下,公平竞争是大道至简的基本规律和不言自明的根本原则。对公平竞争的理解有两个维度:市场端和政府端。市场端要求各类市场主体之间开展公平竞争,政府端则遵循公平竞争原则及维护公平竞争秩序,本文主要关注后者。从1980年颁布的《国务院关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》至今,历经40余载逐步生发并最终确立的公平竞争原则,内生于我国改革开放、经济体制转型和竞争法治发展,是对我国市场经济发展和竞争法治演进的规律把握和制度共识,已经成为构建我国统一开放、竞争有序的现代市场体系的指导原则,在当下及未来推动政府规制变革中将发挥重要指导作用。

阐释公平竞争原则,绕不开竞争中立。实际上,遵循和维护公平竞争既作为处理政府与市场关系的基本原则,它就不可能有两个基本面相——市场主体之间公平竞争和政府对不同市场主体公平对待。易言之,竞争中立是维护公平竞争原则在政府端的要求和体现。

我国宪法规定,我国实行社会主义市场经济,其中蕴含了公平、自由市场竞争的基础理念和基本要求。改革开放的需求推动了经济法律制度的建立,现代经济法律制度的完善又不断保障和引领改革开放和国家现代化。经济生活的秩序必须与那些以保障所有人人生存尊严为目的的正义的基本原则,故现代化国家承担着对“经济生活”

的正确秩序的、广泛的责任。统一开放、竞争有序的现代市场体系的形成,包含了“良法”和“善治”两个维度,而其核心在于处理好政府与市场的关系,特别是对现代竞争法制度的促进和发展,这是现代经济学的核心要义,也是后规制的重要旨趣。自由、有序且公平的竞争,才能实现资源优化配置和经济可持续发展。长期以来,我国政府倚重各类产业政策“主导”资源配置,市场处于“被动”地位,造成了规制的错位、越位和缺位,须从以管制和直接分配为特点的“政府主导型规制”向以公平竞争和间接分配为特点的“市场回应型规制”加速转轨。在建设现代市场体系的要求下,“全能政府”父爱主义之下的国家建构主义成为过去,经济法的谦抑性和规制机构的谦抑规制或曰后规制开始成为主流。因此,维护公平竞争作为政府干预市场的核心理念和最基本操守得到越来越多的认同。同时,市场竞争机制和宏观调控/产业政策分别作为无形之手与有形之手的主要载体,竞争中立也是调节两者之间冲突和缓解两者之间紧张关系的最优路径。公平竞争在我国新发展阶段的定位和价值至少包含以下三个层面:第一,公平竞争实乃市场经济的内在要求和基本原则。第二,维护公平竞争是政府行为的基本准则。第三,公平竞争制度是建设高标准市场体系的基本制度。

遵循公平竞争原则推动政府规制变革的现实需要与实践检视

正确认识和诠释公平竞争原则的基本内涵和重要意义,不仅是我国学术界和政府部门共同面临的重大议题,也是我国深化经济体制改革和优化营商环境的必然要求,更是我国规制变革从“政府主导型”转向“市场回应型”的重要依归。

政府规制的基础是市场经济体制和法治的制度环境,其逻辑起点是修正市场机制的结构性缺陷,避免市场经济可能的弊端。然而,从政府规制的起源与发展历程来看,其也会出现政府失灵,而政府规制失灵带来的危害是社会治理面临的更大难题。从政府规制的初心来说,为克服市场机制本身不足的政府规制,其前提是充分发挥市场机制的作用。党的十八届三中全会提出的市场在资源配置中发挥决定性作用,是全面深化改革在制度层面的顶层设计,为实现市场的决定性作用,决定了政府规制需要变革,在变革过程中引入公平竞争,即以公平竞争原则作为规制变革的指导思想,以公平竞争制度作为规制变革的制度基础。申言之,公平竞争既是发挥市场决定性作用的内在要求,又是建设高标准现代市场体系的重要内容,关键在于通过规则公平、监管公平和机会公平,保障不同类型企业公平竞争,最终促进实现竞争友好型发展。

遵循公平竞争原则与深化经济体制改革的紧密关联,主要体现在该原则与国有企业改革、公平竞争审查制度和自贸区(港)建设的高度匹配和内在一致。易言之,国有企业深化改革,公平竞争审查全面落实和自由贸易试验区(港)建设全面铺开,既是当下我国全面深化改革的主要内容,又是遵循公平竞争原则的三大实践场域。

公平竞争原则下政府规制变革路向

(一)规制理念的调整:政府与市场关系再厘清

任何系统的存在都有其目的性,遵循和维护公平竞争作为一个完整的规制原则也不例外。就一般性的理论分析框架而言,首先要明确原则所要实现的基本目的。政府端的公平竞争,其目标

是为了全面评判政府权力干预市场竞争合理与否,究其本质,该原则的贯彻需要以政府规制权力的谦抑和对市场经济规律的尊重为前提,尽量实现与市场竞争的协调。正如法的价值体现了其可以满足主体需要的功能和属性一样,公平竞争原则及其所要处理的政府与市场关系也有需要追求实现的基本价值。政府代表着公平,市场代表着效率,公平与效率如何在社会经济发展中实现有机统一,正是公平竞争原则下评判政府规制的重要考量。

(二)规制制度优化的核心内涵:强化竞争政策基础地位

法律原则贯穿于制度并通过制度予以体现,公平竞争原则主要通过反垄断法和公平竞争审查制度及其落实予以体现。公平竞争审查制度是在确立竞争政策基础地位的基础上,对政府规制的各项制度安排、公共政策或措施,根据一定的标准,前置分析、评价和审查,以维护市场公平竞争,与反垄断法主要规范经营者行为不同,公平竞争审查主要规范约束政府干预市场竞争的扭曲和破坏,实乃治本之策。故此,公平竞争原则与公平竞争审查制度的关系更为密切。

(三)后规制的制度保障:公平竞争审查制度法治化

维护公平竞争的要旨在于强化市场竞争和优化政府规制,而规制权力的合法行使须有法律依据,规制的优化有赖于竞争法的约束,所以规制变革实现后,规制有赖于法律的保障,尤其反垄断法和公平竞争审查制度的保障。我国现行反垄断法制度相对比较成熟,而当下公平竞争审查制度尚处于规范性文件阶段,软约束面对政府规制的主要“副产品”——行政性垄断这一顽疾,显然力有不逮,故而后规制的主要制度保障建设的关键环节和重要内容,集中在公平竞争审查制度法治化方面。一旦公平竞争审查制度实现了法治化,相当于打造了一个强大且统一的“制度筛子”,利用这个“量身打造的铁筛子”,既可以优化各项产业政策又可以优化规制法律;既可以优化如电力法、电信法、邮政法等特别规制法,又可以优化国家投资法、财政法等宏观调控法,实现经济规制制度更新与优化,从而为实现营商环境法治化打下牢固的制度基础,创造良好的制度环境。

(原文刊载于《中国法学》)

深化“一带一路”倡议的涉外法治体系建设

前沿话题

□ 帅凯旋

全球化的经济格局伴随着“一带一路”建设逐步构建出了稳定的体系架构,在这样的大环境背景之下,“一带一路”倡议迅速推动了沿线各个国家的经济发展。“一带一路”的提出与制度建设都与法治体系建设密不可分,因此必须坚持选择法治化发展的道路,同时构建成熟完备的法治化制度体系,做好国内法律制度和国际法律制度的对接,使两者在碰撞的过程中产生良性互动,对于涉外的法治体系建设更要进一步深化,保证“一带一路”实现长期健康稳定的发展。

一、“一带一路”建设要将国内法制与国外法制有序衔接

在开展“一带一路”建设的过程中,国内的法律制度与国外的法律制度必然会在一定程度的矛盾,如何解决两者之间的矛盾,成为深化“一带一路”倡议涉外法治体系建设的前提,这就要求我们在完善我国法律域外适用制度的同时,还应积极应对外国法律不当的域外适用对我国企业或个人造成不利影响的情形,以法律的形式对外国法律不当的域外适用进行有效地反制。我国陆续出台了相关政策来应对相关情况,特别是2021年1月由商务部公布的《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》表明了我国政府反对外国法律与措施不当域外适用的严正立场,提供了保障企业合法权益的救济渠道,也体现了中国维护国际贸易秩序的责任与担当。2021年6月10日,十三届全国人大常委会第二十九次会议表决通过的《中华人民共和国反外国制裁法》也为应对部分国家违背常理和国际约定的单边制裁行为提供了法律保障。

二、“一带一路”建设要构建国际法体系以维护我国合法权益

1.积极参与多边经济治理机制,为“一带

路”建设提供国际法保障

在国际经贸领域内部,各个成员国之间的贸易额占世界贸易额的绝大多数,经贸组织也逐渐成为重要的国际经济组织。我国应该趁此机会加强国际多边合作,同时也应该加强多边贸易治理,进而实现对于世界贸易组织改革的巨大推动,进一步增强我国在世界贸易组织中的话语权,努力为“一带一路”建设创造更有利的贸易规则。除此之外,我国还应该积极加入一些其他的国际经济组织,例如,二十国集团、亚太经合组织、金砖国家等组织的法律、政策和国际标准制定活动,为世界多边经济治理的建设提出中国建议、中国方案,为“一带一路”建设提供更为有力的国际法保障。通过核心国际体系的打造,让中国在面对国际经济问题时能有更多更好的解决方案。同时,我国应利用好这一机遇,在国际组织中积极行动,主动参加国际经济组织相关制度的制定,将中国经验和中国方案以国际法作为载体推向世界,使“一带一路”建设更多地纳入多边国际组织治理机制。

通过自由贸易协定构建高标准自由贸易区网络,便利“一带一路”建设。自由贸易协定的制定目的是解决多边贸易的一些限制,让国家之间的贸易能够以更高的效率发生。在“一带一路”建设的过程中,我国应该积极签订多边的自由贸易协定,这可以在一定程度上从法律层面降低货物关税、降低服务市场的准入限制,便利跨国投资、减少其他贸易壁垒,这也会为多边贸易组织中的国家和地区之间的贸易往来提供极大的便利。我国在自由贸易协定上取得了重大成就,目前已经与多个国家达成自由贸易协定,其中不乏“一带一路”沿线国家。面向未来,我国在自由贸易战略实施的问题上进行更深层次的分析与研究,在“一带一路”发展的过程中逐步构建出以国际法为准则并且实现经济全球化的自由贸易区,从实际意义来看,这将为“一带一路”建设提供强有力的法律制度保障。

2.加强与“一带一路”沿线国家的法律和政策对接

为推动“一带一路”倡议的落实,我国应积极推动与“一带一路”沿线国家在其他相关领域

签订必要的双边或多边协定,从国际法层面尽量降低深化“一带一路”建设存在的壁垒。严格意义上“一带一路”倡议施行的目的是对当前世界背景下全球化经济治理的回应,进而实现全球治理背景下的各国稳定健康的发展。从政策保护的层面来讲,我国可以同参与多边贸易组织的国家签署贸易投资保护协定,从而避免出现双重征税的问题。截至当前,我国已经与多个国家签署了贸易投资保护协定,以法律的形式有力保障了我国企业在国外的投资建设安全,解决贸易投资中出现的各种争端,充分表明了我国在国际争端解决机制的问题上,中国的司法机关发挥了自身的作用,使得中外投资者的合法权益得到了很好的保障。面向未来,我国还可以进一步将法律和政策对接的领域扩大到基础设施、建设、农业、互联网、能源等重要领域,目前已经基本完成对于“一带一路”沿线国家之间法律制度的协调,以条约的形式将相关的政策固化为对双方具有法律约束力的国际法,与此同时,在开展“一带一路”的过程中,我国的法治化体系要对全球化经济治理的成功经验及时吸收和借鉴,做到顺应国际关系的变化,开辟出契合本国国情的发展模式。

在国际私法问题上,海牙《法院选择协议公约》、海牙《承认与执行外国民商事法院判决公约》、《新加坡调解公约》在不断变化的国际形势面前对我国的贸易发展起到了一定的促进作用,对此几项公约的研究仍有进一步加强的必要,可以在合适的时候适时批准相关条约,为我国和外国互相承认彼此的判决、仲裁和调解结果提供便利,从而为深化“一带一路”建设提供法律上的便利。

3.充分利用国际争端解决机制,在“一带一路”建设中维护我国合法权益

在国际合作中,众多的国际条约和国际组织为国际争端的解决提供了国际法框架,通过合理地参与和利用这些国际争端解决机制,可以从法律层面维护我国国家和企业的合法权益。例如,在国际贸易领域,为了更好更快解决各个成员国之间出现的贸易争端,世界贸易组织在不断的发展完善中构建了整套的争端解决体系制度,

并具有较强的实施监督机制。在加入世界贸易组织之后,我国在世界贸易组织争端解决机制框架内已主动发起投诉,作为第三方参加了几十项国际贸易争端的解决。从被动应对到主动发起诉讼,我国就国际贸易争端解决机制逐渐获得了熟练应用。在众多成员国积极施行“一带一路”倡议的基础之上,多边的贸易组织可以利用争端解决机制高效地处理问题,这一解决方式的权威性和执行力都较高,可以裁决结果的形式制止其他国家不合理的贸易限制措施,维护和固化我国的合法权益,这就要求我国企业也应积极地参与相关诉讼,充分地使争端解决机制为我所用,为深化“一带一路”建设所用。

4.完善我国法律域外适用制度,在“一带一路”建设中扩大对本国利益的保护

从国际层面来看,国内法的域外适用一般是指国内法对属地管辖原则以外的人和物进行管辖的情形,伴随着势不可挡的经济贸易全球化趋势,世界人口在全球范围内的流动频率也逐渐加快,国内法的域外适用在特定情形下具有客观必要性。一个国家国民的国际性活动越来越频繁,在国际社会的重要性越高,在国内法律的域外适用越有必要性和可行性。我国在“一带一路”沿线国家的投资以及贸易规模伴随着众多成员国的加入不断扩大,正因如此要尽快完善我国法律域外适用制度。法治社会的建设是国家生存发展的前提,我国已有部分法律对域外适用问题有明确规定,例如,《中华人民共和国民事诉讼法》(《中华人民共和国民事诉讼法》)、《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(《中华人民共和国民事诉讼法》)等,但是我国法律在涉外问题的处理上仍然存在许多问题,主要体现在法律域外适用在我国法律体系内缺乏系统性的原则规定,在很多部门法中尚是不明确状态。未来我国需要继续在立法和司法层面全面地建立和完善我国法律域外适用制度,使相关规则系统化和明确化,为“一带一路”建设和多边经济贸易组织提供更具可行性的法律制度保障。当然,我国构建法律域外适用制度必然要以遵守国际法规则和原则为基础,这与某些大国依靠其实力突破国际法的公认原则,过分扩大其国内法的管辖范围存在根本区别。

观点新解

徐凌波谈欺骗行为——是诈骗罪成立的必要不充分条件



南京大学法学院徐凌波在《法学》2021年第4期上发表题为《欺骗行为的体系位置与规范本质》的文章中指出:严格解释与适用罪名成立的诸构成要素才能划定刑法介入民事纠纷的界限。行为构成民事欺诈,既不是肯定诈骗罪的理由,也不是否定诈骗罪的理由。在诈骗罪的整体构造中,欺骗行为是诈骗罪成立的必要不充分条件,在逻辑上应先于其他要素受到审查,应当结合诈骗罪的规范保护目标对欺骗行为进行规范解释与实质解释。刑法上的欺骗行为是一种包含意思表示的沟通行为,且有可能广于民事欺诈行为。欺骗行为中应当包含法所不允许的认识错误风险,形式上的虚假陈述只有在包含这种法所不允许风险时才构成欺骗。默示欺骗需结合通行的交易惯例对行为的意思内容进行解释,而不作为的欺骗则以行为人对被欺骗者负有保证人地位为成立前提。

郭栋谈立法场域的法理概念——实现了由天理观到公理观的再造



北京大学法学院郭栋在《法制与社会发展》2021年第3期上发表题为《法理概念的义指指向及近代转型》的文章中指出:

在中国古代,儒家经义嵌合于法理概念的意义结构中,“法理”一词通常指向君臣之义、父子之义、夫妻之义等伦理纲常,到了近代,法理概念的内容指向发生了双重转型。其一,在立法场域,法理概念的指称内容实现了由天理观到公理观的再造,“法理”之“理”开始指向平等、自由等公理原则;其二,相应地,在司法场域,儒家经义开始嵌合于法理概念的意义结构,“法理”一词开始摆脱伦理纲常的道德纠葛,对法律文本的依附趋于强化。

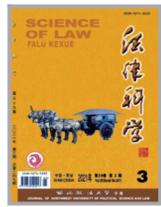
翟冬谈工程行政合规制度——应当从企业面向转变为项目面向



东南大学翟冬在《法学论坛》2021年第3期上发表题为《项目面向的一体化工程行政合规制度建构》的文章中指出:

行政合规制度是合作治理理念的具体运用,能够化解行政监管需求和行政资源供给之间的矛盾。我国工程建设领域业已完成了行政合规制度的引入,但是囿于单一行为主体架构和工程多元主体交互特征的冲突,制度实践遭遇到了主体关系交错重叠,规制措施繁复悬置,责任机制逻辑混乱的困境。对此,应当将工程行政合规制度从企业面向转变为项目面向,通过项目一体化改造实现对工程行政合规制度的合作治理注入,并以监理单位为建构中心,从规则制定、守法监督、执行反馈三个方面完成对一体化工程行政合规制度的建构。

裴炜谈向网络信息业者调取用户个人信息——是刑事侦查取证的重要措施之一



北京航空航天大学法学院裴炜在《法律科学》2021年第3期上发表题为《论个人信息的刑事调取——以网络信息业者协助刑事侦查为视角》的文章中指出:

向网络信息业者调取用户个人信息是当前刑事侦查取证的重要措施之一。其所具备的技术便宜性和规范便宜性使得调取措施呈现出扩张的趋势。但是,在“信息主体——网络信息业者——侦查机关”这一信息传递链条中存在两个层面的非自愿性,信息主体将个人信息提供给网络信息业者并不意味着放弃其所享有的相关权益。基于此,有必要对当前刑事侦查措施体系下对调取的任意性措施予以矫正,基于信息类型和来源对调取措施进行分层,并在保障信息主体知情权的基础上,协调网络信息业者与侦查机关之间的信息调取机制。

(赵珊珊 整理)