

# 市场主体规则平等的理论阐释 与法律制度构建

刘大洪\*

---

**内容提要** 市场主体规则平等是指在市场经济运行过程中,任何一类市场主体的法律地位平等、竞争机会均等、权利与义务关系对等。国家的经济干预不得违背和破坏市场竞争,不给予任何一类市场主体不正当的竞争优势或劣势。目前实践中的市场主体规则平等将国有企业作为主要规制对象,忽视、淡化了其他类型企业可能存在的竞争不公问题。应当重塑市场主体规则平等理念,使其不再局限于规制国有企业的竞争问题,而应扩散至不同控制力、资本来源、空间区位、产业组织的企业形态之间的整体公平竞争问题,令市场主体规则平等的内涵从狭义走向广义。在广义市场主体规则平等的理论指引下,中国经济法律制度应予以深切变革,落实国企运行平等、税收规则平等、融资规则平等、监管规则平等、外商投资规则平等五大法律规范。

**关键词** 市场主体规则平等 国有企业 国家干预

---

DOI:10.14111/j.cnki.zgfy.2019.06.011

优化营商环境、进一步推进民营经济发发展,是我国近两年来深化改革的重要部署之一。2019年10月,国务院常务会议审议通过了《优化营商环境条例》,条例将于2020年1月1日起正式施行。《优化营商环境条例》第10条明确规定“国家坚持权利平等、机会平等、规则平等,保障各种所有制经济平等受到法律保护。”由此可见,在我国现代化经济体系的建设中,“市场主体规则平等”已经毋庸置疑地成为一个基石性的法治理念,中国经济法律制度的各领域、各框架,均有必要在市场主体规则平等理论的指引下,予以构建和完善。

## 一、市场主体规则平等理论的基本阐释

市场主体规则平等的内涵可以简单地界定为:在市场经济运行过程中,任何一类市场主体的法律地位平等、竞争机会均等、权利与义务关系对等,国家的经济干预不得违

---

\* 湖北经济学院法学院教授,中南财经政法大学法学院教授,博士生导师。

背和破坏市场公平竞争，不给予任何一类市场主体不正当的竞争优势或劣势。对市场主体规则平等这一内涵的界定，既是我国建设现代经济体制实践经验的总结，又是我国经济法学研究理论突破的体现。

### （一）市场主体规则平等是我国建设现代经济体制实践经验的总结

我国在经历了30余年的经济高速增长后，正面临从“量的扩张阶段”向“质的提升阶段”的转换，建设现代化经济体系将在这一过程中发挥举足轻重的作用。<sup>①</sup>从制度供给层面来看，以“市场机制有效、微观主体有活力、宏观调控有度”为主要目标的“现代经济体制”的构建，是现代化经济体系建设的“核心问题”。<sup>②</sup>这三大核心问题不但蕴含了建设现代化经济体系的必然要求，更折射了现代经济体制中政府与市场间的科学联系。而对市场主体规则平等的准确把握和有效实施，则是实现这三大基本目标的必然要求。

“市场机制有效”主要是指应当尊重并发挥市场在资源配置中的决定性作用。这要求政府在对市场进行干预时，除非是基于维护国家安全、社会公共利益、治理市场失灵等正当性理由，否则政府不应干扰和扭曲市场机制的正常作用，<sup>③</sup>这一目标的实现恰恰符合市场主体规则平等的核心要旨。对市场主体规则平等的依循是确保市场机制有效的体制性基础。国家在通过各项工具干预市场机制的具体运行过程中，确保不因企业形态的不同而赋予其任何一类市场主体竞争优势或劣势，各类市场参与者才真正能处于一个彼此公平的良性竞争关系中，令市场优胜劣汰的机制正常发挥作用。

“微观主体有活力”则是市场机制有效的必然结果，也是现代化经济体系的应有状态。<sup>④</sup>在市场经济语境下，市场主体的“活力”既来源于竞争手段的多样性，又来源于市场主体类型的多样性，各类企业形态的市场主体在一个公平、优质的营商环境中开展有效竞争的过程，本身即是确保市场经济“微观主体有活力”的过程。对市场主体规则平等的依循能直接有利于该目标的实现：通过对国家各类干预手段的有效约束，杜绝对任一类企业形态施加竞争优势或劣势，令各类企业形态均能开展公平有效的多样性竞争，优化营商环境、激发市场活力；反之，政府任何一次对市场主体具有竞争偏袒性的干预，都潜在地僭越和扭曲了市场机制，即会一定程度上抑制市场主体的竞争活力。

“宏观调控有度”是指在尊重市场机制的前提下，应正当、有效、适度地发挥政府的调控职能。坚持市场主体规则平等并不排斥国家的正当干预，更不是不干预，只是强调优化政府的作用，认为国家干预的过程不应对市场机制各要素产生扭曲性效果。“计划与竞争只有在为竞争而计划而不是运用计划反对竞争的时候，才能够结合起来。”<sup>⑤</sup>在熟稔市场规律和整体经济状况的前提下，调动有关发展规划、财税补贴、信贷支持等政府干预工具对

<sup>①</sup> 参见张辉《建设现代化经济体系的理论与路径初步研究》，载《北京大学学报》（哲学社会科学版）2018年第1期。

<sup>②</sup> 参见张守文《现代经济体制的构建及其法治保障》，载《政法论丛》2019年第1期。

<sup>③</sup> 参见刘大洪、段宏磊《谦抑性视野中经济法理论体系的重构》，载《法商研究》2014年第6期。

<sup>④</sup> 参见吴黎华《“三个有”是构建现代经济体系的必然要求》，载《经济参考报》2017年11月6日第1版。

<sup>⑤</sup> [英]弗里德里希·奥古斯特·哈耶克《通往奴役之路》，王明毅等译，中国社会科学出版社1997年版，第46页。

市场失灵进行有效治理 是国家行使正当职能的体现 ,市场主体规则平等理论并不反对这一职能 ,它只是要求国家的经济干预手段应处理好政府与市场关系的“度” ,防止宏观调控措施产生缺位、错位、越位等问题 避免其不合理地扰乱市场机制的作用。

正是由于市场主体规则平等在建设现代经济体制过程中具有的上述作用 ,进入新时代以来 ,通过一系列会议决定、规范性文件和政策法规 ,市场主体规则平等逐渐确立为我国社会主义市场经济建设过程中的基本理念。市场主体规则平等已经成为我国在社会主义市场经济建设过程中所践行的法治理念。

## (二) 市场主体规则平等是新时代我国经济法学研究的理论突破

市场主体规则平等是适用于我国市场经济法律体系的基本理念。宽泛地讲 ,“市场经济法律体系”的范畴可以涵盖中国特色社会主义法律体系中与市场经济有关的各个法律部门 除宪法外 ,它还至少涉及民商法、经济法、行政法与社会法的相关制度。但在这些法律部门中 ,当谈及如何在制度供给层面促进现代化经济体系建设的问题时 ,市场经济法律体系显然主要以解决和优化政府与市场的关系为主要目的 ,而这正是我国经济法理论研究与制度实施过程中的首要问题。因此 笔者认为 ,市场经济法律体系的具体构建问题虽涉及多个法律部门 ,但显然应以经济法相关制度的构建和优化为核心要务。而本文所界定的市场主体规则平等理念也极有必要上升为统率经济法各体系的基本原则 ,使其有效指引各经济法律制度的精进和完善。

尽管在民事立法中 ,针对不同法律主体所设置的法律规则亦倡导其平等性 ,但“市场主体规则平等”理念中的“平等” ,主要指的是各类市场主体在参与市场竞争和其他经济运行活动时 ,所承受的国家干预活动的平等性问题 ,它主要处理的既不是市场主体之间的横向民事法律关系 ,也不是公权力面对任何单一市场主体时的纵向管理法律关系 ,而是呈现出一种“品字形”法律关系结构。处于“品字形”上端的国家干预主体通过竞争政策、财税政策、货币政策等各种手段对各类市场主体进行正当干预 ,但在这些干预活动中 ,它有义务确保处于“品字形”下端的各类市场主体处于一个法律地位平等、竞争机会均等、权利与义务关系对等的关系中 ,保证其彼此之间呈现出一个公平竞争的关系 ,不给予任何一类市场主体不正当的竞争优势或劣势。在确保市场主体规则平等问题上 ,民法上针对不同法律主体的平等性规定发挥着基石性的作用 ,但基本民事立法中的平等性规定并不能有效调整国家的经济干预活动 ,不能为国家在面向社会经济各领域、调动各工具和手段实施干预活动时 ,建立起有效的拘束性规则 ,而这正是本文倡导在经济法领域确立市场主体规则平等理念的原因所在。

我国经济法学的理论研究至今已经历了 40 余年 ,其在如何处理政府与市场的关系、如何通过法律手段有效实施国家干预等方面 ,取得了瞩目成就。但一直以来 ,有关我国经济法的基本原则问题 学界存在较多学说分歧 ,没有正式定论。经济法学理论研究中存在的注重价值分析 轻视逻辑实证 ,重思辨、少实证等问题在经济法基本原则研究中亦有类似体现 学界在界定经济法基本原则的内容时 ,难以走出概念和理论的“宏大叙事” ,无法弥合经济法研究中总论与分论“两张皮”的现象 ,令经济法基本原则欠缺

对各类实践中运行着的经济法律规范应有的工具性价值。<sup>⑥</sup>“我们有必要在诸多符合市场经济体制要求的经济法规群中,抽象出它们共同的足以上升为经济法的基本原则的立法指导思想,然后概括为经济法的基本原则。”<sup>⑦</sup>一个兼具理论价值和工具性价值的经济法基本原则的界定,应当在有效总结和反映政府与市场的关系、体现出经济法学独立思维模式的前提下,更能对经济法体系中各个领域的法律规范实现有效指导,从而弥合经济法理论与经济法具体制度之间的缝隙。笔者认为,将市场主体规则平等从一个抽象的法治理念上升为经济法的基本原则,即能有效解决上述我国经济法基本原则界定时的痛点,实现我国经济法学研究的理论突破。

市场主体规则平等要求国家的各类经济干预工具均应符合法律地位平等、竞争机会均等、权利与义务关系对等的要求,均不赋予任一类市场主体不正当的竞争优势或劣势,这便符合我国自2016年开始建立的公平竞争审查制度的基本精神。依照公平竞争审查制度的要求,国家的各类经济干预政策,如产业政策、税收政策、信贷政策等,均须以竞争政策为基础性地位,扰乱市场竞争的政策措施均需要作出修正和改进。因此,对市场主体规则平等的倡导,一方面能对我国经济法学各部门的法律规范,如财税法、金融法、竞争法、对外贸易法等,产生有效的统率和指导作用,这有利于优化我国的经济法基础理论研究,消解总论与分论的“两张皮”现象;另一方面,它还有利于确立竞争法在各经济法具体部门中的基本法地位,做实其“经济宪法”的美称,确保国家干预经济的立法、执法和司法活动均恪守公平竞争,不给予任一类主体不正当的竞争优势或劣势,这又有助于我国经济法体系结构整体的精进和完善。由此可见,在市场主体规则平等的统率下,经济法中各类国家干预经济工具运行中所形成的法律关系都会受到有效的规范、调整和改进,国家干预经济的立法、司法和执法问题均应受到该原则的有效指导、调适和健全,进而促进整体现代化经济体系制度供给的优化发展。

## 二、市场主体规则平等的现状反思与观念变革

### (一) 国内外市场主体规则平等的实践现状

在我国经济法体系中确立有关市场主体规则平等的基本观念和法律制度,其必要性毋庸置疑,这本身也是全球市场经济法治建设有效经验的沉淀。但是,纵览国内外的相关制度设计,当前主流的市场主体规则平等被倾向于做一个比较狭义的理解,它仅主要关注国有企业与民营企业之间的公平竞争问题,其他企业形态的规则平等问题在实践中被轻视了。实践中的市场主体规则平等强调的是:相较私营企业而言,国家不得仅

<sup>⑥</sup> 参见刘大洪《论经济法上的市场优先原则:内涵与适用》,载《法商研究》2017年第2期。

<sup>⑦</sup> 李昌麒主编《经济法学》(第3版),法律出版社2016年版,第53页。

基于政府所有权或控制权而给予政府商业企业以任何“净竞争优势”( net competitive advantage)。<sup>⑧</sup> 此处的“政府商业企业”( government businesses) 主要以所有制为判断标准,即主要是指国有企业( state-owned enterprises ,SOE) ,但并不完全局限于后者,还包括政府通过非资本所有权方式实现控制力的所有“政府性实体”( government bodies)。<sup>⑨</sup> 因此,更精准、更全面的界定应当是:当前对市场主体规则平等的倡导,其关注的是国有的、国家控制的或国家影响的企业( state-owned ,controlled or influenced companies) 的净竞争优势问题。<sup>⑩</sup> 而其他企业形态的竞争优势或劣势问题,则通常在制度实践中被淡化或忽视了。

国内外制度之所以主要局限于国有企业和民营企业公平竞争的角度实施市场主体规则平等理念,这是由不同的社会环境、文化背景、意识形态和法律体系所决定的。在西方语境下,针对不同市场主体的“规则平等”一词既关涉市场竞争问题,又涉及其在政治、社会等各领域的基本意识形态。在西方社会浓郁的自由主义意识形态和法治意识下,公权力面对各类法律主体时应坚持消极、中立、平等的态度,这是根植于西方社会的普遍价值观。换言之,西方社会的“规则平等”不仅是一个市场经济层面的理念和制度,其所投射出的思维方式和价值观念普遍适用于各个领域的制度设计,甚至包括宪法。它“根植于市场经济发达国家的文化、经济和哲学传统之中,并为市场参与者、立法者、司法者所熟悉。”<sup>⑪</sup> 在这一背景下,西方社会对规则平等的追求,尤其注重防范来自公权力的干扰和控制。如果一类市场主体由于公权力的庇佑而获得竞争优势,这在西方社会的体制环境下,是极难容忍的。

二战以后,西方社会对国有企业的态度也经历过一次重要的观念变迁。在20世纪70年代以前,鉴于战后恢复经济建设的需要,西方社会曾出现过短暂的国有化浪潮,在能源、电信、交通、金融等重要性行业大幅提高国有企业的比例。直至80年代,‘国有企业部门的低效率——吞噬着越来越多的公共补贴——成为大多数欧洲国家首要的政治问题,唤起了80年代开始的私有化浪潮’。<sup>⑫</sup> 在这之后,西方社会私营企业的比例得以缓步提升,与此同时,对国有企业改革的推进、对国有企业不正当竞争优势的防范,也逐渐成为西方社会落实市场主体规则平等理念的核心路径。以在这方面为西方社会作出重要制度示范的澳大利亚为例,伴随从20世纪90年代开始实施的国有企业改革进程,澳大利亚逐渐形成了由如下两部分组成的制度体系:一方面,对国有企业的组织和运行规范施加一系列限制,以防止其利用公权力背景攫取竞争优势。比如,会对国有企业施

<sup>⑧</sup> “Government business should not enjoy and net competitive advantage simply as a result of their public sector ownership.” See Council of Australian Governments, *Competition Principles Agreement 1995*, Clause 3 Subclause (1).

<sup>⑨</sup> See Deborah Healey, *Competitive Neutrality and Its Application in Selected Developing Countries*, at 14–15 ( UNCTAD Research Partnership Platform Publication Series, 2014) .

<sup>⑩</sup> See White & Case LLP, EU Outlines Preliminary Goals in Connection to First TTIP Round, at <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=105edc5d-d900-40ee-8af-67c44a93f516> ( Last visited on September 1, 2019 ) .

<sup>⑪</sup> 石伟《“竞争中立”制度的理论和实践》法律出版社2017年版,第36页。

<sup>⑫</sup> [美]热拉尔·罗兰主编《私有化:成功与失败》张宏胜、于淼、孙琪等译,中国人民大学出版社2013年版,第42-43页。

加有关“商业回报率”的要求。如果国有企业长期不盈利，将可能被私有化；国有企业销售的商品或提供的服务价格应当反映全部实际成本，不得低价恶性竞争，不得利用其来源于政府财政的公共服务业务对其竞争性业务进行“交叉补贴”。另一方面，针对国家干预经济的各类工具，如税收优惠、信贷成本、政府监管等，均强调对国有企业和私营企业平等对待，不得令企业仅因其受国家所有或控制即可获得任何竞争优势。<sup>⑬</sup> 澳大利亚的这一制度框架在2012年被经济合作与发展组织(OECD)通过研究报告的形式进行了改良和扩充，在全球范围内进行了有效的制度推广。<sup>⑭</sup> 近年来，这一规则体系还逐渐超出了国界的限制，在一些国际协议中形成了有关所谓“国有企业条款”的内容。比如，在知名的TPP(太平洋战略经济伙伴关系协议)中，即要求任何缔约国政府均承担一系列有关防范国有企业不正当竞争优势的义务，如要求国有企业应根据“商业考虑”(commercial considerations)买卖商品或服务；政府对本国市场上的外资非国有企业施加非歧视待遇；政府不得向国有企业提供非商业援助，等等。<sup>⑮</sup>

与西方社会相比，我国实践中的市场主体规则平等也主要关注国有企业问题，但这显然不是我国文化背景和意识形态的反映，而是我国改革开放实践探索的结果。在我国，国有经济不仅是一类市场主体，更决定着我国的基本社会性质，承担着重要的社会功能，国有经济承载有履行社会责任、推动社会保障制度完善、保障和改善民生等公共福祉问题，<sup>⑯</sup>是整体国民经济的主导力量。国有经济高度的政治地位和社会功能经我国宪法所明文规定，<sup>⑰</sup>这是任何西方国家所不可能具备的。在我国，当提及法律制度对国有经济和非公经济的规则平等时，并不包含有关政治地位乃至关乎国家基本社会性质的意识形态层面的所谓“平等”，这是我国与西方社会的重要区别；我国所着力推进的市场主体规则平等，其实仅局限于国有经济与非公经济在参与市场竞争时的平等地位问题。这是因为，改革开放40年来，始终面临的一个难题便是，在国有资本和非公资本所共同构筑的市场中，如何以符合市场规律的方式对二者的关系进行妥善处理。“一个长期难以改变的状态是，国有资本的投资和经营范围过大、所涉范围过宽，而非公资本却面临多处市场进入壁垒或隐形限制。”<sup>⑱</sup>打破在制度设计层面仅仅因为企业所有制的不同而施加的差别待遇，使国有企业和民营企业在市场竞争中真正实现规则平等，一直以

<sup>⑬</sup> See Australian Federal Government, Commonwealth Competitive Neutrality Policy Statement 1996, 6, 16-19.

<sup>⑭</sup> See OECD, Competitive Neutrality: Maintaining a Level Playing Field between Public and Private Business, at <http://www.oecd.org/corporate/competitiveneutralitymaintainingalevelplayingfieldbetweenpublicandprivatebusiness.htm> (Last visited on September 1 2019).

<sup>⑮</sup> See Trans-Pacific Partnership, art. 17.

<sup>⑯</sup> 参见李响《论国有经济的主导力量定位——〈宪法〉第7条的规范诠释》，载《现代法学》2016年第4期。

<sup>⑰</sup> 《中华人民共和国宪法》第6条第2款规定，“国家在社会主义初级阶段坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度”。第7条规定，“国有经济即社会主义全民所有制经济是国民经济中的主导力量。国家保障国有经济的巩固和发展”。

<sup>⑱</sup> 刘大洪、段宏磊《混合所有制、公私合作制及市场准入法的改革论纲》，载《上海财经大学学报》2017年第5期。

来都是我国社会主义市场经济建设中的重要议题和改革目标。<sup>⑯</sup>因此,与西方社会浓郁的自由主义意识形态和防范公权力扩张的价值观念不同,我国对国有企业、民营企业间公平竞争地位的关注,是基于40多年来改革开放的实践需求所决定的,它主要是一个市场经济范畴内的议题。

## (二) 市场主体规则平等的观念变革:从狭义走向广义

尽管国有企业与民营企业之间的公平竞争问题是在落实市场主体规则平等理念时不可回避的重要内容,甚至也可以说是核心内容,但一个周延的、健全的、符合当下我国市场经济法律体系建设需求的市场主体规则平等理念,不应当仅局限于此,而是应当走向广义,实现对任一类企业形态公平竞争问题的关注和回应。

仅从字面上看,“市场主体规则平等”一词并不天然地引人联想至国有企业问题,而是应具有高度的盖然性,即应能涵盖任何企业形态的公平竞争问题,不应当仅将国企与私企之间的竞争问题作为关涉点。西方主流思维之所以主要以国有企业的竞争优势为预设的规制对象,是由根植于西方国家的思想传统和意识形态所决定的;而我国对国企、民企间公平竞争问题的关注,则是在改革开放过程中,基于建设社会主义市场经济和国有企业改革的实践要求所带来的结果。如今,为了满足新时代我国进一步改革开放的需求,市场主体规则平等的理论和实践不应再局限于国企与民企之间,而是应当辐射至任何领域、任何企业形态可能存在的规则不平等问题,实现最全面、彻底的市场主体之间的公平竞争。

这种对市场主体规则平等理念的新视野、新界定,是在吸收西方国家有关落实该理念成功经验的基础上,依照我国法律的现实国情予以调适、改造、整合的结果,它有利于构建符合我国实践需求的法学理论和话语体系。国有企业问题在市场主体规则平等的制度要求中并不特殊,更不是全部。将市场主体规则平等局限于国企与民企公平竞争问题的讨论,一方面会不合理地限制其概念外延,制约其在回应现实法律制度时应有的活力和张力;另一方面又会徒增因经济法律制度“泛政治化”所造成的不必要的顾虑和争吵,使其无法内嵌于我国本土的法学话语体系。更何况,在目前的国际局势中,已然存在西方国家利用国有企业“做文章”、在国际经贸环境中排斥和限制中国企业的做法。比如,在西方国家主导的TPP、TTIP等多边协议谈判中,就力主推广了一系列国有企业条款,相关条款对以中国为代表的新兴发展中国家来说,属于难以适应的“过高标准”,借此订立起标准更高的、忽视新兴经济体利益的贸易投资规则,“以抑制来自中国等国的国有企业或者政府背景企业出口和投资的迅速增长”<sup>⑰</sup>。在这一背景下,超出国有企业问题的局限去探讨和界定市场主体规则平等理念,实际上是在我国法学研究中,自主构建起符合中国实践需求、具有中国特色的话语体系的体现,它有助于跳出“西方话语霸权的控制”“通过构建概念、逻辑和理论体系来传播本国理念和影响人心的意识形态

<sup>⑯</sup> 参见段宏磊、刘大洪《混合所有制改革与市场经济法律体系的完善》载《学习与实践》2015年第5期。

<sup>⑰</sup> 唐宜红、姚曦《竞争中立:国际市场新规则》载《国际贸易》2013年第3期。

力量”<sup>②0</sup> 进而有利于在未来的国际市场规则中 ,获取更具优势的、更符合我国整体利益需求的话语权。

更重要的是 ,即便不考虑国际经贸环境的问题 ,令市场主体规则平等理念从狭义向广义发展 ,也与我国市场经济体制改革的内在需求相符。我国目前仍处于经济转轨期 ,政府职能尚未完成转变 相比经营者实施的限制竞争行为 ,政府因不正当干预经济所产生的“公权力限制竞争( Government-Facilitated Restraints on Competition) ”<sup>②1</sup>现象有时更会扰乱市场在资源配置中的应有作用 ,从而损害社会公平竞争秩序。国有企业的竞争优势问题仅仅是政府不当干预竞争现象的一类体现而已 ,绝非全部。比如 ,在地方经济发展中 本地企业就有可能因为“地方保护主义”享有相较外地企业的优势规则; 在政府落实产业政策时 ,也存在一定的“嫌贫爱富”心理 ,使大型的、成熟的股份制企业更容易受到产业扶持的庇佑 ,而使中小型企业处于政策劣势; 在处理涉外经济关系时 ,外资企业也有可能因为较高的准入门槛处于规则劣势 ,无法与内资企业展开真正意义上的公平竞争。诸如此类的例子不胜枚举。因此 ,相较以国有企业为主要调整对象的狭义的概念范畴 ,广义的、将各类企业形态的公平竞争问题均纳入调整范畴的市场主体规则平等理念更适合我国当下市场经济体制改革的实际需求。

令市场主体规则平等理念从狭义走向广义 ,也符合我国当前以公平竞争审查制度为代表的经济法治实践。致力于审查、清理和修正我国政策措施中排除、限制竞争相关内容的公平竞争审查制度 其调整对象即涉及市场各类参与者的整体公平竞争问题 ,而不是仅限于国有企业问题。<sup>②2</sup> 广义市场主体规则平等的内涵 暗合了我国以公平竞争审查制度为代表的既定法治实践 ,并在此基础上进行了更全面、纵深的拓展: 从调整方法上来看 ,广义市场主体规则平等理念辐射至任何国家干预工具 ,如税收、信贷、监管、对外贸易等 均要求其在实践过程中符合公平竞争的要求; 而公平竞争审查制度关注的主要是政府的各类市场监管行为 ,严格来说 ,它只是在落实监管层面的规则平等。从调整范围上来看 ,广义市场主体规则平等理念统辖各类政策措施、规章、法规、法律制定和实施的全过程 既关照未来 ,又有序清理和改革现状; 而公平竞争审查制度主要关注未来新增政策措施中的规则平等问题 ,并不包含对已有政策措施的审查 ,也不对全国人大及其常委会的法律制定活动具有指导意义。概而言之 ,令市场主体规则平等从狭义走向广义 既脱胎于我国以公平竞争审查为代表的既有法治实践 ,但又并不局限于此 ,而是进行了更为广泛、系统和前瞻性的构建 ,使其可以在未来有效指引市场经济法律体系整

<sup>②0</sup> 刘娜娜《构建中国特色哲学社会科学话语体系的能力维度探析——基于国际话语权视角》,载《贵州社会科学》2019年第8期。

<sup>②1</sup> Michal S. Gal & Inbal Faibis , *Six Principles for Limiting Government-Facilitated Restraints on Competition* ,44( 1) Common Market Law Review 69( 2007) .

<sup>②2</sup> 具体内容详见国发〔2016〕34号《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》以及《公平竞争审查制度实施细则(暂行)》。后文在论述市场主体规则平等的具体制度构建问题时 ,还会对公平竞争审查制度的实施问题进行进一步论述。

体的制度变革问题,具有较强的宏观视野和理论活力。

### 三、广义市场主体规则平等内涵的再界定

一个真正符合我国新时代需求的广义的市场主体规则平等理念,其适用对象将不再仅局限于规制国有企业的竞争优势问题,而是“四位一体”的,它泛指任何在“控制力”“资本来源”“空间区位”“产业组织”等存在差别的企业形态在参与市场经济活动时,均适用平等的规则体系。所谓企业形态的“控制力”差别,是指企业既有可能由政府所有或控制,也有可能由民间所有或控制;所谓企业形态的“资本来源”差别,是指企业的资本既有可能来源于海外投资者,又有可能来源于国内投资者;所谓企业形态的“空间区位”差别,是指在地方经济发展环境中,企业既有可能是在本地注册和开办的企业,又有可能是外地企业;所谓企业形态的“产业组织”差别,是指企业产业规模和发展阶段存在的差距,既有可能属于大型、成熟企业,又有可能属于中小型、初创企业。<sup>②1</sup> 在广义市场主体规则平等理念的统率下,上述四类不同划分方式下的各类企业形态均应置于公平竞争环境当中,政府的任何一种干预工具,如税收、信贷、监管等,均不应对任一类企业施加偏袒性的规则。

#### (一) 控制力层面的市场主体规则平等:国营企业与民营企业的竞争关系

控制力层面的市场主体规则平等是指,企业不应仅因其受政府所有或控制而享有任何竞争优势或竞争劣势,该原则实际上是前述狭义市场主体规则平等理念的延续和改进。此处强调的是所谓“控制力”标准,而非纯粹的“所有制”标准,亦即,除了政府因享有所有权而能施加控制力的国有企业之外,还包括政府通过法令约束、政府采购或授予特许经营权等非控股方式施加控制力的其他“国营企业”。该“国营企业”的范围大于国有企业的概念范畴,但又小于西方语境下所谓“政府商业企业”的外延,后者概念过于宽泛,不适合我国国情。<sup>②2</sup> 一方面,在市场竞争中,这类受到政府所有或控制的国营企

<sup>②1</sup> 在经济学上,“产业组织”主要是指同一产业内企业间的组织关系,同一产业内企业数量的多寡、市场规模的差距、竞争行为的具体表现等均会对市场效率产生一定影响。有关产业组织经济学的相关内容,参见[美]曼昆《经济学原理·微观经济学分册》(第7版),梁小民、梁砾译,北京大学出版社2015年版,第277-388页。而本文所叙述的企业形态的“产业组织”差别,适度借鉴了经济学上产业组织理论的研究视角,但倾向于主要强调了企业在产业规模和发展阶段上存在的不同。

<sup>②2</sup> 比如,在中国各地方的城市公共交通服务中,既存在政府直接投资成立的公交公司,又存在通过授予特许经营权的形式运营的私有企业性质的公交公司。在本文所界定的概念中,这两类企业的所有制形态不同,但都属于政府享有控制力的“国营企业”。本文此处所述“国营企业”不能完全等同于西方语境下的“政府商业企业”。在西方尤其是美国语境中,政府商业企业的概念外延存在被刻意放大的谬误,进而方便其实施贸易保护主义或排斥中国企业。比如,在美国的反补贴措施中,如下三类企业都可能被纳入到政府商业企业的范畴,进而有可能遭遇反补贴调查:第一,政府完全控股或绝对控股的企业;第二,政府主要控股且必须遵守特定政府产业计划的企业;第三,政府未持股或少量持股,但有证据证明政府对其施加有意义控制的企业(如设有党委)。有关此问题的进一步分析,参见前引<sup>⑪</sup>,石伟书,第113页。在美国的上述标准中,企业可能仅仅因为设有党委就会被视为政府商业企业,本文认为,这种逻辑是野蛮且无理的,此类企业显然不能纳入到此处所界定的“国营企业”的标准当中。换言之,本文所界定的“国营企业”,其概念外延介于国有企业与政府商业企业之间。

业理应处于与私营企业相对等的市场竞争环境与规则体系中,而不应被施加任何竞争优势。如政府补贴、税收优惠、借贷便利、市场监管对国营企业的“软约束”等,均有可能对国营企业赋予不公平的优势地位;另一方面,在避免竞争优势的同时,也要谨防现实中可能存在的国营企业竞争优势问题,如由于政府的严格控制而导致不具备经营自主权,进而丧失了特定交易机会;再如,政府因对国营企业苛以公共服务职责,不合理地提高了其经营负担。显而易见,控制力层面的市场主体规则平等理念不论是对指导我国的国企改革、政府职能转变还是促进民营经济、优化营商环境来说,均具有重要意义。

### (二) 资本来源层面的市场主体规则平等: 内资企业与外资企业的竞争关系

资本来源层面的市场主体规则平等是指,企业不应仅因其资本来源于海外而拥有不正当的竞争优势或劣势。我国在渐进式的对外开放进程中,企业仅因为其资本来源于海外而被授予竞争优势或劣势的情形时有发生,我国近年来的市场经济法律制度在不断地应对和改进此类问题。外资企业享有不正当竞争优势的例子发生在2008年1月1日我国《中华人民共和国企业所得税法》(以下简称《企业所得税法》)实施以前,当时,我国的内外资企业分别按照《中华人民共和国企业所得税暂行条例》和《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》纳税。二者的主要差异在于,外资企业享受更加优惠的税收政策,从而使其实际税负远低于内资企业,享有一定的竞争优势,这是改革开放初期由于急需引进外国资本所造成的阶段性现象。<sup>⑯</sup>统一《企业所得税法》的出台和实施有效地解决了这一问题。而当前我国的市场经济法治实践则主要关注的是如何进一步扩大对外开放、促进外资企业公平竞争的问题。自2013年以来便开始推行自由贸易试验区制度,其中的外商投资准入特别管理措施(“负面清单”)致力于降低对外资市场准入的限制,在负面清单的数次版本更迭中,特别管理措施的数量不断减少,适用的自贸区范围不断增加。<sup>⑰</sup>未来,待新出台的《中华人民共和国外商投资法》(以下简称《外商投资法》)实施后,该制度还将超出自由贸易试验区的范围,在全国范围内推广。这一过程实际上降低了外资企业在市场准入层面的门槛,有利于实现资本来源层面的市场主体规则平等。

### (三) 空间区位层面的市场主体规则平等: 本地企业与外地企业的竞争关系

空间区位层面的市场主体规则平等是指,企业不应仅因其处于某一区域而享有任何“地方保护主义”带来的竞争优势,不得对外地企业施加任何市场竞争领域的差别待遇。“地方保护主义”是我国的一类行政性垄断现象,它又称为地区垄断或“块块垄断”,是指地方政府作用于行政区域范围内的限制竞争行为,它会使全国统一的市场分割为一个一个狭小的地方市场。<sup>⑱</sup>实践中,地方政府一方面具有一定的决策独立性和自

<sup>⑯</sup> 参见刘剑文、熊伟《财政税收法》(第7版),法律出版社2017年版,第301页。

<sup>⑰</sup> 参见管金平《中国市场准入法律制度的演进趋势与改革走向——基于自贸区负面清单制度的研究》,载《法商研究》2017年第6期。

<sup>⑱</sup> 参见王晓晔《反垄断法》,法律出版社2011年版,第288-289页。

主性,另一方面又有促进地方经济发展的动力,这就使其可能会以行政垄断的形式,在地方性的制度设计中给予本地企业一定的制度优惠,或给予外地企业一定的歧视性待遇,从而使本地企业和外地企业处于不对等的竞争环境当中。<sup>②9</sup> 空间区位层面的市场主体规则平等旨在消除这一现象,促进全国统一性市场的构建。

#### (四) 产业组织层面的市场主体规则平等: 中小型、初创企业与大型、成熟企业的竞争关系

产业组织层面的市场主体规则平等是指,政府的产业政策应惠及不同经营规模和发展阶段的企业,企业不应仅因其规模较小或处于初创阶段而遭受产业政策的歧视性差别待遇。与前三类市场主体规则平等理念主要从消极层面要求政府干预不应给予竞争优势相比,产业组织层面的市场主体规则平等规制的是积极的政府干预问题,即它要求政府以普惠式的方式制定和实施产业政策。对大型、成熟企业的偏好是我国落实产业政策过程中经常存在的倾向,尤其是在经济不景气期间,政府更易于放松反垄断执法,并通过人为“拉郎配”的方式,通过促进产业兼并、扶持大型企业的方式刺激和复苏经济。2008年金融危机前后,我国的山西煤炭产业重组、民航业并购等事件,即属于这方面的典型。<sup>③0</sup> 产业政策违背市场主体规则平等理念的另一个体现是我国的金融体系,由于我国多层次资本市场尚未完全成熟和健全,门槛较高的主板市场天然地有利于国有企业、大型企业和成熟企业开展融资活动;而面向中小企业、初创企业的二板市场和三板市场发展并不成熟,使这类企业缺乏便捷有效的融资渠道。对产业组织层面规则平等的倡导,可以有效地促成我国产业政策上述问题的改革,令其更符合竞争政策的基础性要求。

### 四、广义市场主体规则平等指引下 我国经济法律制度的具体变革

在广义市场主体规则平等的指引下,新时代我国经济法律制度的各部门、各领域均亟待变革,从而回应现代化经济体系建设中所必须的法治保障问题。一方面,鉴于我国仍处于经济转轨期,国有企业改革、民营经济发展等问题尚有待进一步改进和完善,狭义的市场主体规则平等仍有进一步落实的必要。因此,应当建立健全有关国有企业运行的法律规范,清理各类政府对国有企业施加的竞争优势,真正实现国有企业与其他企

<sup>②9</sup> 参见王卫国、任燕燕、华小安《地方政府投资行为、地区性行政垄断与经济增长——基于转型期中国省级面板数据的分析》,载《经济研究》2011年第8期。

<sup>③0</sup> 参见应品广《经济衰退时期的竞争政策:历史考察与制度选择》,载顾功耘、罗培新主编《经济法前沿问题》(2011),北京大学出版社2011年版。

业形态之间的公平竞争。<sup>⑩</sup> 另一方面,在国有企业运行法律规范之外,我国经济法更应当在税收体系、融资调控、公共监管、外商投资等各个领域中实现对政府主要干预工具的平等性“改造”,确保在处理任何不同企业形态的竞争问题时,均符合市场主体规则平等的要求。综上所述,可以将市场主体规则平等理念指引下我国经济法律制度变革的要求主要概括为如下五个方面:国企运行平等;税收规则平等;融资规则平等;监管规则平等;外商投资规则平等。这五大法律规范是在综合参考市场主体规则平等实施的理论基础、实践需求、国外经验、国内现状后,对我国经济法律制度的具体变革方案所做的综合界定。通过这“五个平等”规范的实现,我国经济法律制度的制定、实施和运行将得到整体优化与发展。

### (一) 依托于分类改革的国企运行平等法律规范

根据2015年8月中共中央、国务院《关于深化国有企业改革的指导意见》第(四)项至第(六)项的相关规定,国有企业分为商业类国企和公益类国企两类,商业类国企又进一步分为主业处于充分竞争行业和领域的国企(以下简称“竞争类国企”),以及主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域、主要承担重大专项任务的国企(以下简称“功能类国企”)。

在国企分类改革规划中,竞争类国企、功能类国企和公益类国企各自将依循不同的组织和行为规范:对于竞争类国企,“原则上都要实行公司制股份制改革,积极引入其他国有资本或各类非国有资本实现股权多元化”,“重点考核经营业绩指标、国有资产保值增值和市场竞争能力”;对于功能类国企,“要保持国有资本控股地位,支持非国有资本参股”,“在考核经营业绩指标和国有资产保值增值情况的同时,加强对服务国家战略、保障国家安全和国民经济运行、发展前瞻性战略性产业以及完成特殊任务的考核”;对于公益类国企,“可以采取国有独资形式,具备条件的也可以推行投资主体多元化,还可以通过购买服务、特许经营、委托代理等方式,鼓励非国有企业参与经营”,“重点考核成本控制、产品服务质量、营运效率和保障能力,根据企业不同特点有区别地考核经营业绩指标和国有资产保值增值情况,考核中要引入社会评价”。

在国企分类改革中,应当根据上述不同类别国企的情况设置差异性的制度要求,从而确保国有企业的运行不存在不正当的竞争优势。从竞争类国企到功能类国企,再到公益类国企,三类国企的市场竞争属性依次降低,公共利益属性依次提高。为了满足国企履行社会责任、增进公众福祉的要求,对其施加一些倾斜性的政策和法律措施,是必

<sup>⑩</sup> 此处所谈及的国有企业与其他企业形态的公平竞争问题,与上文界定的“国营企业”概念并不矛盾。一方面,从广义市场主体规则平等的内涵界定上来看,对企业形态的划分显然应当超越国有企业问题的限制,更倾向于以控制力为标准界定出“国营企业”与“民营企业”的形态差别;但另一方面,我们在具体制度构建上,也应当理智地认识到,国家享有所有权的企业仍是最可能被施加不公平竞争优势的一类企业形态,因此,国有企业法律制度理应成为市场主体规则平等落实的首要重点。正是基于这种考虑,在本部分对中国市场经济法律体系变革的论述中,依然保留了“国有企业”的提法,意在强调和突出国企运行平等法律规范在市场主体规则平等落实中的重要性。至于政府在所有权之外通过法令约束、政府采购或授予特许经营权等非控股方式施加控制力的其他“国营企业”的规则平等问题,它们会在后文有关监管平等法律规范的论述中得到相应制度回应。

要的;但如果国有企业从事的经营活动具有纯粹的市场竞争属性,则应当由市场优胜劣汰规则发挥作用,不应给予其任何政策与法律庇护。依照此逻辑,竞争类国企、功能类国企和公益类国企应依照如下逻辑分别设置其法律规范:

第一 对于竞争类国企 其从事的是纯粹的市场竞争性行业,并不承担公共服务或其他政府职能 此类国企的运行规范应当符合一般商业企业的标准。一方面,为了防止竞争类国企具有不正当的竞争优势,应要求:首先,竞争类国企原则上应采取公司法人治理结构 进而与符合市场经济要求的企业组织规范接轨;其次,在购买、销售商品或服务的过程中,竞争类国企应当遵循“商业考虑”要求,即应当符合商业惯例;<sup>②</sup>最后,对竞争类国企应当设置商业回报率要求,应根据其所处的产业或领域设置一定的回报率标准,如果竞争类国企长期不盈利,应当退出市场,或出售给民间资本。<sup>③</sup>另一方面,也要适度防止竞争类国企产生竞争优势,即应当进一步落实竞争类国企的经营自主权,令国有资本授权经营体制向“以管资本为主”的目标进行改进,<sup>④</sup>而具体的经营自主权则应下放给国企本身,防止其因政府的过度管制而丧失交易机会,避免产生竞争优势。

第二 对于功能类国企 其在参与市场竞争的同时又承担一定的公共服务或政府职能。为了促进功能类国企发挥应有的社会功能,并不强求其行为规范一定要遵循商业考虑要求,但仍需原则上要求其采取法人治理结构和满足一定的商业回报率要求。只不过鉴于此类国企具有一定的公共服务职能,对其进行商业回报率要求的标准可以适当降低。除此之外,由于功能类国企同时从事营利性活动与公共服务,应当设置法律规定要求其对有关生产经营成本的信息进行全面、准确地披露,提高功能类国企运行的透明度;<sup>⑤</sup>为防止功能类国企在参与市场竞争时具有不合理的优势地位,应规定禁止“交叉补贴”行为,亦即在财务账簿上对营利性和公共服务性两类活动的成本和收益分开设置,企业不得将其获取的政府公共服务补贴用于营利性商业活动。<sup>⑥</sup>

第三 对于公益类国企,由于其承担重要的政府职能,本质上并不是市场交易主体,对其不需强求公司法人治理结构、商业考虑要求、商业回报率要求等制度。但为防止公益类国企利用其政府职能限制竞争,应当对此类国企设置严格的强制性信息披露制度,将其经营领域、成本收益、产品服务质量、业绩情况向社会准确披露,接受公众监督并建议对此类国企依照行政区域规划设置名录,向社会公开,并实时更新和调整。

## (二) 依托于税收优惠政策清理的税收规则平等法律规范

税收规则平等要求在税收调控法律制度的设计和实施过程中,不应干扰和扭曲市场机制的正常运行,确保各类企业形态处于相同水平的实际税负环境当中,对其一视同仁。在目前的税收法律体系下,对税收规则平等构成最大威胁的是我国各地方政府制

<sup>②</sup> See Trans-Pacific Partnership , art. 17.

<sup>③</sup> See Australian Federal Government , *supra* note 13 , 16-19.

<sup>④</sup> 参见国发〔2019〕9号《国务院关于印发改革国有资本授权经营体制方案的通知》。

<sup>⑤</sup> See OECD , *supra* note 14.

<sup>⑥</sup> See Australian Federal Government , *supra* note 13 , 5.

定的碎片化的税收优惠政策。在我国改革开放进程中,为了提高地方经济发展的积极性,曾一度放任或鼓励地方政府制定各类税收优惠政策,从而促进地方经济发展,这些优惠政策一定程度上导致税制在不同区域或不同企业形态间不平等,违背了市场主体规则平等的基本要求。实践中,这些税收优惠政策可能会对外资企业予以惠顾,对本地企业设置保护主义政策,或显著降低特定产业企业的税负,这样除了导致我国税制纷繁复杂之外,更会导致某类企业形态具有不正当的竞争优势或劣势,有碍公平竞争。

因此,应当依托于我国地方税收优惠政策的清理,建立健全我国的税收规则平等法律规范。应当按照统一税制、公平税负、促进公平竞争的原则,系统性开展对地区税收优惠政策的清理、修正和规范管理。<sup>⑦</sup> 在这当中,如下几类地方税收优惠政策应当成为清理的重点:其一为改革开放初期遗留的、已不适应当代需求的税收优惠政策,如对地方性国有企业的税收保护、为吸引外资而对外商企业额外施加的税收优惠等;其二为具有地域保护倾向的税收政策,即不合理地授予本地企业税收优惠地位,或不合理地提高外地企业的税收负担的政策;其三为具有地区恶性竞争效果的税收优惠政策,如为了满足地方GDP快速增长的短视性需求,地方政府利用职权便利,给予进驻本地市场的企业利益过高、幅度过大的税收优惠。<sup>⑧</sup>

在清理地方税收优惠政策之后,还应提高中央层面税收优惠标准的法律层级,目前的税收优惠政策主要由财税部门通过发布一般规范性文件的形式制定,这种形式的税收优惠政策法律层级较低、变动性较大,给予地方政府自由裁量的空间过大,<sup>⑨</sup> 极易造成税收规则的不平等。因此,未来应当主要以全国人大立法的形式制定统一的税收优惠标准,提高税收优惠政策的确定性、稳固性与统一性。

### (三) 依托于多层次资本市场建设的融资规则平等法律规范

融资规则平等法律规范不仅关注在信贷层面的法律规则对各类企业是否平等对待,更关注整体金融体系是否能满足各类企业形态的融资需求,亦即令金融体系减缓、去除对某些企业形态存在的“金融排斥”现象,使各类企业都能获得符合其发展需要的金融服务,提高金融包容度。<sup>⑩</sup> 我国目前的融资体系对特定的几类企业形态依然存在一定程度的金融排斥效果,使其难以满足正当的融资需求,从而处于一定的竞争劣势。如今的金融体系仍主要惠及国有企业、大型企业、成熟企业和城市等发达地区的企业,而对民营企业、中小型企业、初创企业、农村和偏远地区的企业的融资需求依然惠及不足。

<sup>⑦</sup> 参见前引<sup>⑧</sup>,刘剑文、熊伟书,第219页。

<sup>⑧</sup> 这方面最为典型的便是近年来引起极大分歧的霍尔果斯开发区“五免五减半”税收优惠政策。即在2010年1月1日至2020年12月31日,在霍尔果斯开发区内新办的属于《新疆困难地区重点鼓励发展产业企业所得税优惠目录》范围内的企业,可以享受5年内企业所得税全免的待遇,5年后再免征企业5年地方留存的40%的税,该部分税收将以“以奖代免”的方式返还给企业。很显然,这种地方税收优惠政策幅度过大,为在本地注册的企业提供了过高的优惠地位,有导致地区间税收恶性竞争的危险。

<sup>⑨</sup> 参见叶金育《税收优惠统一立法的证成与展开——以税收优惠生成模式为分析起点》,载《江西财经大学学报》2016年第2期。

<sup>⑩</sup> 参见周仲飞《提高金融包容:一个银行法的视角》,载《法律科学》2013年第1期。

从融资渠道来看，我国的直接融资和间接融资均一定程度存在金融包容度不足的问题：作为直接融资渠道的证券市场以门槛过高的主板市场为主，而面向中小企业和初创企业的二板、三板市场并不成熟；<sup>⑪</sup>而以商业银行为主的间接融资渠道则对信用具有极高的要求，非成熟的企业难以达到相关要求。在上述融资困境下，各类中小企业、民营企业等只得选择民间融资等风险更高的非正式金融渠道，从而引发了一定的经济和社会风险。<sup>⑫</sup>

因此，我国亟待以融资规则平等法律规范为基本要求，推进我国金融市场体系的变革，提高金融包容度。这其中最为重要的是应当依托于我国多层次资本市场体系的建设，健全各类融资渠道，改变金融体系单一化产生的金融排斥问题。首先，在直接融资领域，要改变证券市场主要局限于股票主板市场的单一化现状。积极构建完善的二板市场、三板市场制度、科创板制度，满足不同规模、类型和发展阶段的企业的融资需求。与此同时，应当通过股票发行注册制改革、发展并规范债券市场、推动金融创新等多种方式，进一步健全和发展多种直接融资渠道，提高直接融资比重。<sup>⑬</sup>其次，在间接融资领域，应打破商业银行国有资本的单一化现状。不断引导和开放民间资金进入银行业市场，促进银行业经营主体的多元化和竞争化，并应鼓励和引导商业银行健全信贷标准，开辟面向农业企业、创业企业等低信用度企业形态的新型融资业务。最后，应当积极开拓依托于互联网的各类新型融资渠道，在风险可控和有效规制的前提下发展互联网金融，促进融资渠道多样化发展。

#### （四）依托于公平竞争审查制度的监管规则平等法律规范

监管规则平等要求政府对市场的公共规制符合公平竞争的要求，即政府要开展“律己约束”，开展对公共规制的“再规制”，<sup>⑭</sup>使政府监管体制不应给予任一类企业不合理的竞争优势或劣势。监管规则平等法律规范可以通过我国公平竞争审查制度的实施得到有效落实。根据国务院2016年7月《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》的规定，公平竞争审查制度的目的在于“规范政府行为，防止出台排除、限制竞争的政策措施”，消除“地方保护、区域封锁、行业壁垒、企业垄断，违法给予优惠政策或减损市场主体利益等不符合建设全国统一市场和公平竞争的现象”。通过公平竞争审查制度的实施，防范政府出台限制竞争的监管措施，确立竞争政策的基础性地位，确保监管规则平等。<sup>⑮</sup>

2017年10月，国家发改委已联合财政部、商务部、工商总局、国务院法制办共同发布了《公平竞争审查制度实施细则（暂行）》（以下简称《细则》），我国的公平竞争审查制

<sup>⑪</sup> 参见刘道远、王艳萍《中国多重资本市场建设法制创新研究》，知识产权出版社2011年版，第2-3页。

<sup>⑫</sup> 参见管金平《中国民间融资法律制度变革的新视野：一个系统性的制度演化路径》，载《兰州学刊》2014年第4期。

<sup>⑬</sup> 参见王国刚《加快多层次资本市场体系建设》，载《经济参考报》2015年8月31日第8版。

<sup>⑭</sup> 参见李宇英《经济全球化中的“竞争中立”与中国改革路径研究》，载《价格理论与实践》2018年第6期。

<sup>⑮</sup> 参见孙晋《新时代确立竞争政策基础性地位的现实意义及其法律实现——兼议〈反垄断法〉的修改》，载《政法论坛》2019年第2期。

度已进入全面实施阶段。在未来该制度的实施过程中,为真正确保监管规则平等,应主要致力于如下两个方面的改进:

第一,应当尽快建立“回顾性审查”机制,实现对违背监管规则平等要求的政策措施“增量”与“存量”的共同治理。根据《细则》第2条和第3条的相关规定,目前的公平竞争审查制度主要针对法规、规章、规范性文件和其他政策措施的“增量”问题,即在公平竞争审查制度实施后,政策制定机关出台新的政策措施时,必须“评估对市场竞争的影响,防止排除、限制市场竞争”。但是,《细则》在有序控制“增量”之外,对政策措施可能存在的“存量”问题欠缺有效关注。改革开放以来,伴随着渐进式的体制改革和政府职能转变,我国各地区、各行业尚存在为数不菲的、仍在实施中的违背监管规则平等要求的政策措施,它们亟待清理和修正。针对这一批政策措施的“存量”,理应建立起一个系统性的“回顾性审查”机制,实现对既有政策措施的有序审查、清理和再评估,实现“增量”与“存量”的共同治理。

第二,应当尽快建立“外部审查”机制,实现对违背监管规则平等要求的政策措施的刚性控制。根据《细则》第5条,目前的公平竞争审查制度主要实施的是一种“自我审查机制”,即由政策制定机关自主进行审查的形式,实现自我控制。这种机制有可能造成公平竞争审查制度的“软约束”问题,政策制定机关可能并无充分的动力和能力实现审慎审查。《细则》虽在第4条规定了由相关政府部门组成的公平竞争审查联席会议机制,第8条规定了审查中向专家学者、专业机构等征求意见的机制,第13条规定了鼓励委托第三方专业机构审查的机制,但均属于协调性、倡导性规范,难以真正形成对违背监管规则平等要求的政策措施的刚性控制效果。2018年国务院机构改革后,我国新成立的国家市场监管总局已经统一了反垄断主管职权,原由发改委、商务部、工商局“三家分立”的反垄断主管机构不复存在。在这一背景下,完全可以依托于新成立的国家市场监管总局,建立起“自我控制+外部控制”的实施机制,即一项政策措施在出台前,首先应当交由政策制定机构进行自我审查,然后再由反垄断主管机构开展外部评估,若评估认为不符合市场主体规则平等的要求,反垄断主管机构还有权对其提出修正建议。

#### (五) 依托于新《外商投资法》的外商投资规则平等法律规范

外商投资规则平等是我国进一步深化对外开放的必然要求,它要求外商投资企业原则上享有与本国企业相对等的公平竞争环境。如果说在改革开放初期的我国,外商投资规则平等法律规范的主要阻碍是外资因享有额外的优惠待遇而具有竞争优势的问题,那么在新时代的当下,影响外商投资规则平等的主要问题是对外开放力度不够,外商投资仍存在一定的准入壁垒和非国民待遇问题,导致其相较国内企业处于一定的竞争劣势。

进入新时代以来,我国依托于自由贸易试验区改革,稳步推进外商投资规则平等法律规范。依托于新《外商投资法》的实施,我国的外商投资规则平等法律规范将得到有效夯实。其一,外商投资享有“准入前国民待遇”,即外国投资者及其投资享有在投资准入阶段不低于本国投资者及其投资的待遇;其二,对外商投资适用“负面清单管理制

度”,即除了在国家规定的特定区域对外商投资实施准入特别管理措施之外,其他领域一律给予其国民待遇,不施加额外的市场准入壁垒;其三,《外商投资法》还通过多个条款确保和强化外商投资准入后的国民待遇问题,落实内外资一视同仁的原则。<sup>⑯</sup>

我国应当依托于新《外商投资法》的实施,继续推进外商投资规则平等法律规范的深化。一方面,国务院应当尽快出台《外商投资法》的实施条例或实施细则,确保该法能够得到稳步推进实施;另一方面,应当在《外商投资法》制度框架的基础上,进一步确保外商投资规则平等在“深水区”的推进。比如,我国的负面清单管理制度在2013年上海自由贸易试验区成立以来,已经经历了数次的版本更迭和改革,特别管理措施不断减少,准入壁垒不断降低。但尽管如此,在金融投资和文化传播两大领域,我国依然保留有较多的特别管理措施,二者在历次负面清单的版本更迭中变化不大,<sup>⑰</sup>针对此问题,2019年11月,国务院出台了《国务院关于进一步做好利用外资工作的意见》,该意见除指出要在未来全面取消在华外资银行、证券公司、基金管理公司等金融机构业务范围限制以外,还要求进一步完善对外国投资者从事互联网上网服务营业场所、娱乐场所等文化类服务产业经营业务的相关规定。未来应在该意见的基础上,进一步推进各产业、各领域对外商投资的放松管制力度、扩大对外开放。

## 结语

竞争秩序可以被称为一个国家市场经济秩序的基石与核心。法律制度的制定和实施令市场竞争成为可能,并直接塑造了竞争的基本形式和强度。在当代经济发展语境下,市场自发的资源配置过程不是孤立运行的,而是经常受到政府外在的制度干预的影响。参与市场竞争过程的除了内生于市场的各类经营者主体之外,政府及其制度供给本身也是一类重要的影响性要素;尤其是在经济转轨过程中,政府干预对竞争环境的潜在影响更加不容忽视。一个对某类市场主体存在偏好的制度设计,将产生扭曲资源优化配置、阻碍公平竞争的不良后果,而对市场主体规则平等理念的主张和落实,将能有效预防此类情形。因此,市场主体规则平等理念在我国的引入与制度构建,其价值举足轻重。它实质上是在我国经历了40余年改革开放之后,于新时代再次重构政府与市场的关系,令市场经济焕发新活力的一次新的制度实践。

我们要在我国经济体制、法律制度、发展阶段等基本国情的基础上,倡导建立一个超越国有企业问题的、更具宏观视野的市场主体规则平等理论,它能辐射至有关不同控制力、资本来源、空间区位、产业组织的企业形态之间的整体公平竞争问题。基于与国家公权力的天然联系,国有企业被赋予一定竞争优势的情形确实是客观存在的,但是,一个真正能实现对各领域经济法律制度整体指引的市场主体规则平等理论,不应当囿

<sup>⑯</sup> 参见廖凡《〈外商投资法〉的四个特色和创新》,载《经济参考报》2019年3月20日第8版。

<sup>⑰</sup> 参见前引<sup>⑰</sup>,管金平文。

于国有企业问题的限制,而应当系统回应各类企业形态的竞争不公问题,实现我国整体经济法律制度的精进和完善。因此,市场主体规则平等理论理应确立为我国市场经济法律体系的基本原则,并倡导在国企运行、税收政策、融资体系、政府监管、外商投资五个方面均予以制度变革。希望本文达成的这一系列主张能促进我国相关改革规划的有序展开,从而在我国新时代市场经济法律体系的变革中发挥重要作用。

---

**Abstract:** The equality of market subject rules means that in the course of the operation of the market economy, the legal status of any type of market entity is equal, the competition opportunities are equal, and the rights and obligations are equal. The state's economic intervention must not violate and undermine fair competition in the market, and do not give any type of market entity an unfair competitive advantage or disadvantage. The current equality of market subject rules regards state-owned enterprises as the main regulatory object, ignores and weakens the possible unfair competition of other types of enterprises. The connotation of the equality of market subject rules should be reshaped to the overall situation between the different forms of control, capital sources, spatial locations, and industrial organizations in competition, and not limited to state-owned enterprises, which makes the concept of equality of market subject rules change from narrow to broad. Under the guidance of the new equality of market subject rules, the Chinese economy's legal system should be reconstructed based on five stones, including equality in the operation of state-owned enterprises, tax equality, financing equality, regulation equality and equality in foreign investment.

---

(责任编辑:王莉萍)