

论我国竞争中性规制的主体构造

——兼论新《反垄断法》增补条款之完善

李俊峰¹, 张颖²

(1. 上海大学法学院, 上海 200444; 2. 上海城建职业学院马克思主义学院, 上海 201415)

摘要:受域外对竞争中性这一术语表达方式的影响, 国内学界对竞争中性规制主体的认识整体上较为笼统模糊, 与扭曲竞争的本土因素环境存在脱节。中国实施竞争中性的背景、动因和策略独具特色, 学理意义上的“政府”在中国有多样化的具体存在方式和权力运行方式, 各类公共权力和公共职能担当者、公共资源支配者的行为均有可能导致竞争中性偏离。重述和界定竞争中性及其规制的内涵, 凸显党对竞争中性规制工作的领导, 秉持多层次、复合性的规制关系主体构造观, 是在中国深入开展竞争中性规制的逻辑起点和立法支点。新《反垄断法》的增补条款为构造上述主体关系提供了方向指引, 但对竞争中性被规制主体的范围界定存在漏洞, 应予以弥补。

关键词: 竞争中性; 规制; 主体; 反垄断法; 修订

中图分类号: D922.294 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-0150(2023)03-0078-14

一、研究的背景和问题

“竞争中性”源于英文词组“competitive neutrality”(也译做“竞争中立”), 是一个横跨政治、经济、法律等诸多社会领域的综合性范畴, 关注的核心是政府干预与市场竞争之间的边界问题, 旨在维护市场主体之间公平的竞争秩序, 使其免受公共政策的干扰和扭曲。

西方国家对竞争中性问题的重视, 肇始于20世纪50年代末。近年来, 随着一系列相关国际、国内“软法”和“硬法”的推出, 竞争中性的跨国规制力度空前加大,^①反映不同诉求、强调不同要点的各种“版本”的竞争中性方案纷纷亮相。^②这一情势的形成主要有三方面的动因: 其一, 为了建设国际统一市场, 例如欧共体《罗马条约》要求, 其成员国不得向经营者非法提供国家援助, 成员国须按“中性原则对待公共企业和私人企业”, 以防扭曲欧共体共同市场的竞争秩

收稿日期: 2023-01-18

基金项目: 国家社会科学基金项目“竞争中性的中国规制体系研究”(19BFX162)。

作者简介: 李俊峰(1973—), 男, 山东乳山人, 上海大学法学院教授(通讯作者);

张颖(1974—), 女, 山东济南人, 上海城建职业学院马克思主义学院副教授。

^①经济合作发展组织(OECD)在2009年至2016年间推出的竞争中性系列报告和规制指南, 以及美、欧、日在2017年至2019年间陆续发表的六份涉竞争中性联合声明, 是典型的竞争中性“软法”; “硬法”方面主要表现为国际协定、一些国内或地区的域内立法, 例如《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)、欧加自贸协定(CETA)、欧日自贸协定(EPA)、美墨加自贸协定(USMCA)等, 均纳入了国际竞争中性规制的内容, 2023年1月12日生效的欧盟《外国补贴条例》, 规定了对扭曲欧盟市场的外国补贴进行调查和矫正的规则和程序, 使欧盟反制外国政府的非竞争中性行为具备了法律依据。

^②当今国际上备受瞩目的竞争中性法律和政策实践, 有“澳大利亚版”“OECD版”“WTO版”“美国版”“欧盟版”等类型之分。参见李俊峰:《分歧与共识: 竞争中性之于中国的意义省思》, 《河北法学》2022年第6期。

序;^①其二,为了在一国内部维护国企和非国企的公平竞争,例如澳大利亚政府在本国境内主动倡导和实施竞争中性,产生了国际示范作用;其三,为了对借助外国(主要指中国)政府扶持、开展“不公平竞争”的企业采取反制措施,理由是西方国家的企业遭受了“国家资本主义”(认为中国企业以国家力量为后盾,与市场化的西方企业进行竞争)、“国际不对等待遇”(认为中国企业在外国享受到的待遇,优于外国企业在中国的待遇)、“国内歧视性待遇”(认为中国在国内市场上优待国企,歧视外企)的损害。

竞争中性的认识论基础,是认为自由市场交易和公平市场竞争通常是实现资源高效配置、最大化效用的优选机制。在此意义上,我国的竞争中性理念和实践20世纪80年代萌芽,此后40年间快速发展,大致经历了四个阶段:(1)奠基阶段,打破市场经济与社会主义制度不相容的思想禁锢;(2)发生阶段,确认公平竞争和市场机制对资源配置效益最大化和效率最优化的作用;(3)建制阶段,提出公平竞争审查的基本原则和工作方式;(4)深化阶段,启用“竞争中性”的术语表达,将公平竞争审查提升至“刚性约束”的高度。

近年来,党中央、国务院的领导讲话、会议报告和文件精神多次宣示和重申,要“保护各种所有制经济产权和合法利益,坚持权利平等、机会平等、规则平等”^②;“清理废除妨碍统一市场和公平竞争的各种规定和做法”“使市场在资源配置中起决定性作用、提高资源配置效率和公平性”^③;“实行竞争中立制度,避免对市场机制的扭曲,影响资源优化配置”^④;“按照竞争中性原则,在要素获取、准入许可、经营运行、政府采购和招投标等方面,对各类所有制企业平等对待”^⑤;“对在中国注册的企业要一视同仁,完善公平竞争环境”^⑥;“要从制度和法律上把对国企民企平等对待的要求落实下来,从政策和舆论上鼓励支持民营经济和民营企业发展壮大”^⑦。这些重要论断的实质内涵与竞争中性的核心要旨一致,有些还直接使用了“竞争中性(立)”的术语表述方式。在CPTPP竞争中性条款对政府主导型经济发展模式的严格约束面前^⑧,我国迎难而上,不但正式提出加入CPTPP的申请,而且表示将努力全面达到该规则标准,作出超过中方现有缔约实践的高水平开放承诺,向各成员提供具有巨大商业利益的市场准入机会^⑨。以上种种,为在中国推行竞争中性提供了坚强政治保障,开辟了广阔政策空间,也为学界提出了一系列崭新的研究命题。

我国实施竞争中性,固然与竞争中性的国际发展和压力挑战有关,但本质上是全面推动中

^①Commission Directive of 25 June 1980 on the Transparency of Financial Relations between Member States and Public Undertakings (80/723/EEC).

^②《习近平:毫不动摇坚持我国基本经济制度 推动各种所有制经济健康发展》, http://www.xinhuanet.com/politics/2016lh/2016-03/04/c_1118239866.htm, 2021年8月1日访问。

^③习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》, <http://cpc.people.com.cn/n1/2017/1028/c64094-29613660.html>, 2021年8月1日访问。

^④国务院:《“十三五”市场监管规划》, http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/zhghs/201905/t20190515_293643.html, 2021年8月1日访问。

^⑤李克强:《政府工作报告——2019年3月5日在第十三届全国人民代表大会第二次会议上》, http://www.gov.cn/gongbao/content/2019/content_5377101.htm, 2021年8月2日访问。

^⑥习近平:《在企业座谈会上的讲话》, <http://shanghai.xinmin.cn/xmsz/2020/07/21/31771067.html>, 2021年8月2日访问。

^⑦习近平:《当前经济工作的几个重大问题》,《奋斗》2023年第4期。

^⑧参见徐昕:《CPTPP国企章节的主体适用范围及对中国的影响和应对研究》,《国际经济法学刊》2022年第2期;沈伟:《“竞争中性”原则下的国有企业竞争中性偏离和竞争中性化之困》,《上海经济研究》2019年第5期;宋泓:《CPTPP国有企业和指定垄断条款及其影响分析》,《国际贸易》2022年第1期,等等。

^⑨高雅、冯迪凡:《商务部多措并举支持外贸企业发展 磋商推进CPTPP与多个自贸协定》,《第一财经日报》2022年2月18日A02版。

国特色社会主义市场经济体制改革、构建国内国际双循环格局和全国统一大市场的需要,是为中国发展模式的正当性提供逻辑证成和规则支撑的需要,也是在全球价值链、供应链中锚定中国地位作用、维护国家核心利益的需要。如何“从制度和法律上”落实竞争中性的问题迫切需要解答,而明确核心术语的概念定义,厘清法律主体的构成关系,是开展法律制度建设的前提。

那么,何谓竞争中性、竞争中性规制?中国的竞争中性规制应以谁为规制主体?谁为被规制主体?对这些涉及竞争中性制度核心概念和基本框架的重要问题,既往的专题探讨不多。

由于国情、诉求和学术传统不尽相同,域外各种“版本”竞争中性的规范化程度、侧重指向、规制目的、实践操作存在差异,关于竞争中性规制关系的法律主体问题,并无可资照搬移植的标准答案。我国学者对竞争中性的理解多直接援引域外观点,对竞争中性规制关系主体的理解大多限于“政府”,将政府优待国有企业视为非竞争中性行为的典型表现。^①该认知方式较为笼统模糊,与中国本土环境存在一定程度的脱节,不能全面揭示竞争扭曲的发生机理。

事实上,相较于狭义的“政府”(中央和地方各级人民政府及其下属机构),学理意义上的“政府”(各类公共权力和公共职能的担当者、公共资源的调配者)在中国的具体存在方式和运行方式非常多样化,对竞争秩序都可能产生更为广泛和深远的影响。中国的政党制度、国体、政体、经济制度特色鲜明,国家和国有企业之间的关系,法律渊源的形式、层级、作用和交互关系,实施竞争中性的背景、动因和策略迥异于西方国家,因而与单纯的法律移植和拿来主义方式引入的法制舶来品不同,我国的竞争中性实践必须基于对中国自身制度特征和社会资源的认识和调动。

全国人大常委会2022年6月24日修订通过的新《反垄断法》,申明了党对反垄断工作的领导地位,确立了公平竞争审查制度的法律位阶,为竞争中性规制的主体关系构造提供了方向指引和有力支持。但是,新《反垄断法》对竞争中性被规制主体的范畴界定仍然偏窄,未能考虑到扭曲市场竞争的公共组织性质、公共权力形式的现实多样性,这一立法漏洞使得我国目前最主要的竞争中性规制工具——公平竞争审查制度,面临被规避和变相废除的风险。

为此,本文试图在厘清竞争中性、竞争中性规制涵义的基础上,从应然视角论证我国竞争中性规制关系中的主体构造,以及对《反垄断法》相关增补条款予以调整的必要性 and 可能性。由此,为全面构建与中国国情相适应的竞争中性法律制度,提供一个主体论视角的研究框架。

二、竞争中性与竞争中性规制新说

竞争中性关注政府向市场施加影响,导致竞争者之间的力量对比关系此消彼长的问题,要求政府采取不偏不倚的立场和措施,为竞争者提供公平的竞争秩序。关于竞争中性的定义,没有权威公论,但有若干可参鉴的表述方式。例如:澳大利亚将竞争中性理解为“政府商业企业不得因其公共部门所有权地位而享受纯粹的竞争优势”^②;经济合作与发展组织(OECD)认为竞争中性是“在市场经济中运作的实体没有不正当的竞争优势或劣势的状态”^③;美国和欧盟声明,竞争中性强调“国有实体和私人商业企业接受相同的外部环境约束,在特定市场的公平环

^①参见盛泽宇、李青:《理解和确立政府行为的竞争边界》,《竞争政策研究》2022年第6期;孙晋:《公平竞争原则与政府规制变革》,《中国法学》,2021年第3期;巴曙松、吴丽利、熊培瀚:《政府补助、研发投入与企业创新绩效》,《统计与决策》2022年第5期;王岭、刘相锋:《竞争中性视域下的政府监管研究》,《广东社会科学》2020年第5期。

^②Competition Principles Agreement 1995, <http://ncc.ncc.gov.au/docs/Competition%20Principles%20Agreement,%2011%20April%201995%20as%20amended%202007.pdf>, 2022-6-8.

^③OECD, Competitive Neutrality: Maintaining a Level Playing Field between Public and Private Business, p.15.

境中开展竞争”^①；还有论者提出，竞争中性是指制度因素既不支持也不歧视既有或潜在的服务提供者，市场条件或者竞争环境是中性的，规则平等地适用于全体竞争者^②。

我国学界关于竞争中性的历史沿革、国际比较、本质属性、与国企改革的关系等问题已有诸多研究，普遍认为非竞争中性行为的具体表现形式，包括但不限于政府向某些竞争者授予补贴，提供特殊的融资便利，设定歧视性的市场准入条件，限制外国产品进口，以优惠政策鼓励本国产品出口等；有的研究者将竞争中性关切的问题归纳为企业的组织形式、成本核算、投资回报率、公共职能、税负、监管、债务、政府采购等方面；^③有的学者认为，竞争中性针对的是国有企业与私营企业之间的公平竞争问题，也有的主张竞争中性应关注所有企业之间的公平竞争问题。^④不过，既有文献极少对竞争中性的概念作出逻辑分析和严格定义。

本文认为，综合竞争中性的既有理论观点和新近发展趋势，从较具包容性的角度来看，对狭义上的竞争中性宜做如下界定：“竞争中性是指这样一种公共政策环境——竞争者的市场地位由商业条件决定，未因公共权力组织或公共职能组织的差别对待而受到影响”。

在上述定义中，“市场地位”指竞争者取得、使用、交换市场资源的能力的差异性。“商业条件”指竞争者对市场资源的使用效率，以及市场活动主体追求交易剩余最大化的行为逻辑。无正当事由而妨碍竞争中性，即存在竞争或竞争中性的“扭曲”，基于正当事由而放弃竞争中性，可称作竞争中性的“豁免”。竞争扭曲和竞争中性豁免可统称竞争中性的“偏离”。各个组织实施的导致竞争中性偏离的差别待遇行为，可称为“竞争偏待”。广义上，与竞争中性的维系或偏离相关的价值判断、规制原则、政策取向、制度安排、秩序状态，均属于竞争中性问题的关注领域。

图1是对竞争中性范畴的解析示意：在“公共政策环境A”中，商业条件是竞争者市场地位的决定性条件，这种政策环境可谓是竞争中性的；在“公共政策环境B”中，竞争者的市场地位因公共组织的差别对待而受到影响，发生了某种程度的竞争中性偏离。

对竞争中性的以上定义，在术语表述和内涵意指方面，与国内流行观点有所不同。

首先，该定义将受到竞争中性偏离行为影响的法律主体，表述为“竞争者”，而非“国有企业”和“私营企业”。国企、私企由于所有制原因而被政府厚此薄彼，当然是竞争中性关注的重要问题，但不是问题的全部。一国的国企与国企之间、私企与私企之间，一国的国企与另一国的国企之间、一国的私企与另一国的私企之间的竞争关系，都可能受到竞争偏待行为的影响。因此，竞争中性并不是一个局限于不同所有制企业之间的问题。

其次，该定义将导致竞争中性偏离的主体，表述为“公共权力组织”或“公共职能组织”，即任何拥有公共权力或行使公共职能，能够作用于公共政策环境，从而影响竞争者市场地位的的组织机构（在图1中统称为“公共组织”）。与公共权力和公共职能无关但导致市场竞争态势变化的行为，属于传统竞争法（在我国表现为经济性垄断和不正当竞争行为的规制法）调整的对象。既有学说多将造成竞争中性扭曲的行为主体，指向作为公共权力机构的“政府”或“国家”。

^①Statement of the European Union and the United States on Shared Principles for International Investment, <https://2009-2017.state.gov/p/eur/rls/or/2012/187618.htm>.

^②Valkama P, Virtanen M., Competitive Neutrality and Distortion of Competition: A Conceptual View, *World Competition Law and Economics Review*, 2009, 32(3).

^③参见石伟：《“竞争中立”制度的理论和实践》，法律出版社2017年版；应品广：《竞争中立规则研究：国际比较与中国选择》，中国政法大学出版社2020年版；张占江：《政府行为竞争中立制度的构造——以反垄断法框架为基础》，《法学》2018年第6期；孙晋：《竞争性国有企业改革路径法律研究——基于竞争中立原则的视角》，人民出版社2020年版；丁茂中：《竞争中立政策研究》，法律出版社2018年版，等等。

^④刘大洪：《市场主体规则平等的理论阐释与法律制度构建》，《中国法学》2019年第6期。

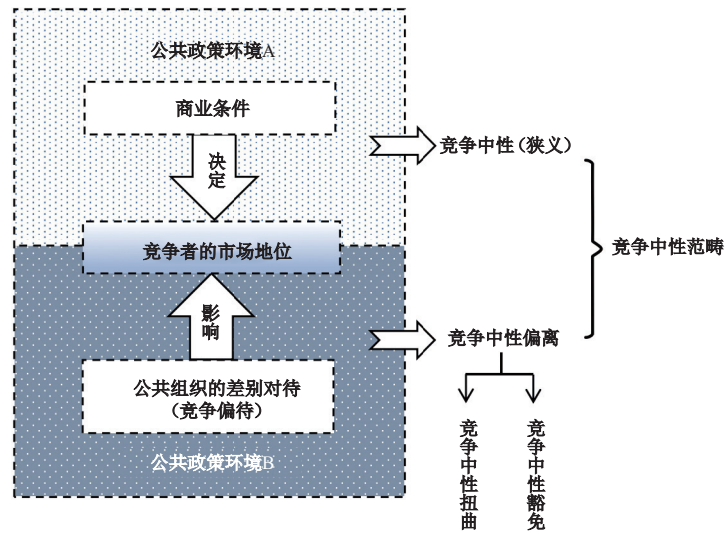


图1 竞争中性涵义图解

其实,不属于公共权力机构却实际行使公共权力、发挥公共职能的组织机构,以及受到或可能受到公共权力机构控制或实质影响的组织机构,其行使权力、履行职能、向市场竞争者输送公共资源的行为,亦可能导致竞争扭曲现象。因此,一些国家或地区对竞争中性偏离的政府因素认定,已经开始从形式主义转向实质主义,各类对公共资源的社会化配置具有管理决策职能的组织机构,都日益成为竞争中性规制的对象。例如,欧洲法院认定,国有企业持有的资源如果受到公共机构的控制,即应视同为国家资源,该国有企业向其他企业提供的经济资助,可能归因于国家,构成有违竞争中性的国家援助行为。^①再如,CPTPP规定的“非商业援助”(non-commercial assistance)与世界贸易组织《补贴与反补贴措施协定》规定的“补贴”(subsidy)实质含义相同,除政府之外,国有企业、受政府“委托或指令”(entrust or direct)的非国有企业,亦可能被认定为非商业援助(补贴)的提供者。^②在我国,政府部门之外的其他组织机构承担公共职能、负有公平对待市场竞争者的义务,亦有多多样化的制度规范渊源和社会实践表现。因此,拘泥于对“政府”或“国家”涵义的狭义解读,只关注政府的直接行为,回避竞争中性理论与实践的前沿动向,不利于实事求是地开展研究,也不利于作出与时俱进的竞争中性规制安排。

再次,上述定义将导致竞争中性偏离的原因,表述为公共组织的“差别对待”或称“竞争偏待”行为,而非“干预”行为。竞争中性并不一概反对为竞争者提供有差别的待遇,而是一般性地反对基于非商业条件给予差别对待,以及导致市场自发机制无法有效发挥资源配置功能的差别对待。非商业条件是指价格、质量、可获性、适销性、运输及其他购买或销售条款和状况之外的条件,例如竞争者的身份特征,包括人员(投资人、管理人、实际控制人)身份,地域(企业注册地、纳税登记地)身份,上游或下游交易者(商品或服务的供应方、采购方)身份,竞争者(同业竞争者的人员、地域、上下游交易者)身份等。

另外,竞争偏待行为的成立,须满足行为、结果和因果关系三个要件。“行为要件”是指公共组织直接或间接地对竞争者实施了差别对待行为,“结果要件”是指竞争者的市场地位而发生

^①Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest (2012/C 8/02), Official Journal of the European Union 11.1.2012, c 8/9.

^②Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, Article 17.6 and footnote 18.

了变化,“因果关系要件”指公共组织的差别对待行为,与竞争者市场地位的变化之间存在因果关系。

最后,对竞争中性的上述定义是描述性的——归纳了竞争中性概念涉及的主体、行为、效果,而非判断性的——没有采用“应当”维系竞争中性、“不得”偏离竞争中性之类的表述方式,没有在定义中表明对竞争中性的立场倾向和价值预设。竞争中性之于市场经济具有重要价值和意义,但并不意味着政府干预总是不可取的。国内外通说均承认,出于公共利益等正当目的,尤其是在市场自发机制不能对资源有效发挥配置功能的领域,可以在一定程度上排除对竞争中性的适用。政府对市场有差别的干预(针对局部产业部门的系统性干预,即所谓“产业政策”)与竞争中性之间的边界如何划定,或者说在何种意义上应当放弃竞争中性,是竞争中性研究当中的重要议题。因此,竞争中性的定义本身不应预设竞争中性具有绝对优先价值,竞争中性的范围疆界须审慎探寻和划定。在疆界之内,应大力倡导和维护竞争中性、反对非竞争中性行为,疆界之外则是政府干预的保留领地。不过,为讨论方便起见,本文在论述竞争中性时,如果没有特殊说明,预设认为竞争中性应当得到优先维护。

基于前述对竞争中性涵义的界定,“竞争中性规制”可被界定为“享有公共权力、承担公共职能的组织机构,为实施竞争中性而采取的引领、保障、规范、调整行为”。与竞争中性规制相关的思想、观念、原则、规则、机制、体制、行为所组成的有机整体,可谓竞争中性的规制体系。据此,竞争中性规制是公平竞争审查的上位概念,公平竞争审查是实现竞争中性的具体方式之一。竞争中性规制的基本功能,是防止和控制公共组织的行为方式或公共资源的配置方式扭曲市场的自发运行机制,因此,竞争中性规制的范畴比反行政垄断更加广泛,制度依据也不局限于公平竞争审查制度或反垄断法,未来还须发展创设其他法律规范和实施机制,推动竞争中性规制更加全面深入地展开。

三、竞争中性规制的主体观:从“一元分权”到“多元复合”

对我国竞争中性规制的主体作出与国情相适应的研析,是发展和完善我国竞争中性规制体系的前提。这项工作不能简单照搬西方学界归纳的竞争中性的若干“国际标准”,也不能机械套用公平竞争审查制度的“实然规范”,而必须立足中国本土实际,厘清谁来规制(规制主体)、凭何规制(规制依据)、对谁规制(被规制主体)的“应然观念”。

如果将竞争中性规制关系的主体视为“政府”,将竞争中性规制的要务视为控制政府优待国有企业的行为,避免国有企业与非国有企业面临不公平的政策待遇,那就意味着对政府的竞争偏待行为实施规制的主体,仍然是政府本身。国务院《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》(下文简称“《制度意见》”)、市场监管总局等五部门颁布的《公平竞争审查制度实施细则》(国市监反垄规〔2021〕2号,下文简称“《制度细则》”),即体现了对竞争中性规制主体及其关系的这种认识。

《制度意见》和《制度细则》是我国目前与竞争中性规制最为直接相关、规定最为系统、可操作性也最强的规范性法律文件,其规制对象涵盖了竞争偏待的若干行为类型,其核心机制是由制定政策措施的行政主体对其自身行为的公平竞争合规性进行“自我审查”。^①按其规定,“政策制定机关”(包括行政机关以及法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织)在制定“政策措施”(包括市场准入和退出、产业发展、招商引资、招标投标、政府采购、经营行为规范、资

^①李俊峰:《公平竞争自我审查的困局及其破解》,《华东政法大学学报》2017年第1期。

质标准等涉及市场主体经济活动的规章、规范性文件、其他政策性文件以及“一事一议”形式的具体政策措施)时,须进行公平竞争审查,未经公平竞争审查或者经查不符合规定的,相关政策措施不得出台。负责开展公平竞争审查、拥有公平竞争审查权的机构,是政策措施的“起草部门”或“本级人民政府指定的相关部门”,多部门联合制定出台政策措施的“牵头部门”和其他参加部门。

2022年6月24日,十三届全国人大常委会三十五次会议通过《反垄断法》修正案,新增补的第五条、第四十条规定:“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”,上述机关和组织“不得滥用权力”“妨碍其他经营者进入相关市场或者对其他经营者实行不平等待遇,排除、限制竞争”。由此,原属规范性文件层级的公平竞争审查制度规则升格入法,成为竞争中性规制的法律依据,《制度意见》和《制度细则》中关于应受公平竞争审查的主体为“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”的表述方式,也被新《反垄断法》移用。

公平竞争审查是一种由行政主体自我驱动、自我实施的内卷式治理机制,具有“一元分权”的特征。“一元”是指就主体的法律性质而言,规制主体、被规制主体均为行政主体,行政主体负责对自身的政策措施进行审查;^①“分权”是指在行政主体内部,规制权被区分为审查、建议、责令改正、处分、听取报告、抽查、结果公开、考核、表彰等权能,由不同级别或不同条块的行政主体分别行使。例如,本级市场监管部门可向平级或上级机关提出整改建议,上级机关可责令下级部门改正,对拒不改正或改正不及时的责任人予以处分,有关行政主体须将改正情况以书面形式向上级机关和反垄断执法机构报告等。

上述“一元分权”的规制主体关系模式,将行政主体同时作为规制主体、被规制主体,正确地认识到行政主体既是发生竞争中性偏离的可能原因,也是矫正非竞争中性的重要力量。但是,如果仅仅止步于此——将竞争中性的规制权视为行政权,将竞争中性的规制主体和被规制主体视为行政主体,则与我国的现实国情明显脱节,未能揭示和触及中国实施竞争中性的基础逻辑和根本动力,难以深入认识我国竞争中性规制关系主体的多元性、互动性,以及被规制主体构成的复杂性。

实施上,我国的竞争中性规制关系包含政治关系、法律关系、经济关系、组织关系等多重维度。其中,政治关系基于党的领导,法律关系基于法律规定,经济关系基于经济活动,组织关系体现为公共组织体系内部的横向协调和纵向管理。

本文提出,竞争中性规制关系的当事主体,整体上当有规制主体、被规制主体之分,规制主体、被规制主体的构成应具有复合性。首先,规制主体具有复合性,不但包括行政机构,还应包括政治领导机关、国家权力机关和其他拥有公共权力的组织机构,这些主体均为竞争中性规制行为的实施主体;其次,被规制主体也具有复合性,拥有行政权力的机构,以及虽不属于行政机构但实际担负公共职能的其他组织机构,均应属于竞争中性规制的对象;最后,行政机构和其他拥有公共权力的组织机构,其身份具有复合性,它们既是竞争中性的规制主体,同时也是被规制主体。

^①一种或广为接受的观点认为,“行政主体”包括行政机关和法律、法规授权的行使行政职能的其他组织(参见姜明安主编:《行政法于行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第107页)。这一范畴与《制度细则》所称的“行政机关以及法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织”表述存在差异,而且仅就字义而言,“行政职能”的涵盖内容显然小于“管理公共事务职能”。但是,结合《制度细则》全文、颁行《制度细则》的五家单位(市场监管总局、国家发改委、财政部、商务部、司法部)的行政部门性质及其权限范围来看,其所称的“公共管理职能”实际上指行政权力职能。

以三层复合主体观视之(见图2),中国的竞争政策环境由多种性质、多个层级的组织机构共同营造产生。据此考察竞争中性规制的主体关系,可以更加全面地研判竞争中性偏离的可能成因及规制方式,更加深入地理解中国竞争中性规制的动力机制。下文从这一认识框架出发,具体分析我国竞争中性规制的应然主体构造。

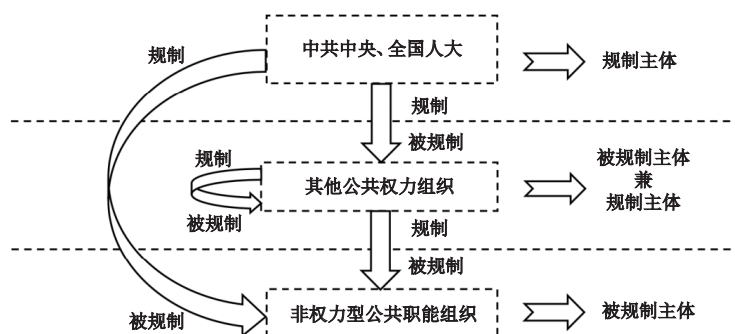


图2 我国竞争中性规制的三层复合主体

四、统揽全局的规制主体:构成、依据与功能

竞争中性规制主体是拥有规制权力和职能,对竞争中性工作实施引领、保障、规范、调整行为的主体。在我国,中国共产党是执政党,是总揽全局协调各方的最高政治领导力量,是竞争中性规制的领导主体。修订后的《反垄断法》第四条规定,“反垄断工作坚持中国共产党的领导”,这一新增规定凸显了反垄断之于国家各项事业建设的重要性,党的领导之于做好反垄断工作的必要性。要贯彻落实好这一规定,必须把党的最高领导机关在竞争中性规制中的领导主体地位,从法理层面阐释清楚,在机制层面提供保障。同时,全国人民代表大会是最高国家权力机关,在竞争中性规制工作中具有立法和监督权能,是竞争中性规制的权力主体。党中央和全国人大均应为我国竞争中性规制工作中的施动主体、规制主体。

(一)党的领导

竞争中性规制关乎经济建设思想观念变革,涉及经济社会发展全局,是具有跨区域、跨领域、跨行业、跨系统影响的重大事项,是改革深水区中的攻坚战。若不以洞察世情国情的智慧、统揽全局工作的能力、刀刃向内自我革命的勇气踔厉为之,竞争中性规制工作断难发动运转、落地生根、取得预期成效。中国共产党对竞争中性问题的政治判断、政策决议,对竞争中规制工作的发动组织、检查督导,是中国版竞争中性成功实施的引领性、决定性因素。坚持和发扬党的领导核心作用,维护和强化党的领导主体地位,是做好中国竞争中性规制工作的必要前提和根本保障。

党作为竞争中性规制工作的领导主体,是宪法规范确认的党的领导核心地位的具体呈现。2018年宪法修正案增加了“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征”的规定,将坚持党的领导上升到国家根本制度层面,^①使国家的根本政治制度自此“由党的领导制度与人民代表大会制度同构而成”,^②为把党的领导落实到国家工作全过程和各方面提供了宪法基础。^③

^①钟岩:《把“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征”载入宪法的理论、实践、制度依据》,《人民日报》2018年2月28日第1版。

^②肖金明:《新中国宪法政治发展的回顾与展望》,《法学论坛》2018年第3期。

^③范进学:《2018年修宪与中国新宪法秩序的重构》,《法学论坛》2018年第3期。

党内法规方面,《中国共产党党章》指出,中国共产党的领导是“中国特色社会主义制度的最大优势。党政军民学,东西南北中,党是领导一切的”,要求“发挥市场在资源配置中的决定性作用,更好发挥政府作用”,“更加注重改革的系统性、整体性、协同性”,“促进国民经济更高质量、更高效率、更加公平、更可持续发展”,规定“国有企业党委(党组)发挥领导作用,把方向、管大局、保落实,依照规定讨论和决定企业重大事项”。《中国共产党重大事项请示报告条例》要求,“涉及党和国家工作全局的重大方针政策,经济、政治、文化、社会、生态文明建设和党的建设中的重大原则和问题”等重大事项必须向党中央请示报告,“跨区域、跨领域、跨行业、跨系统工作中需要上级党组织统筹推进的重大事项”应当向上级党组织请示;法律方面,与反垄断事关国家治理全局,影响力跨区域、跨领域、跨行业、跨系统的特点相适应,“坚持党的领导”被写入《反垄断法》,这意味着党通过各级党组织、各级各部门,对包括竞争中性的竞争规制工作的指挥调度将更加直接、有力。总之,维护和发挥党在竞争中性规制中的领导主体地位,具有坚实的法理基础,是稳妥推进竞争中性规制工作的必要前提。

(二) 全国人大

全国人民代表大会行使规制权力的主要方式是制定和修订宪法、法律,对行政机关、司法机关与竞争中性相关的工作情况进行监督和审查。

全国人大多次修订宪法,使各类所有制经济成分和市场活动主体共同发展、公平竞争的秩序理念不断深化,为在中国社会开展竞争中性规制激发了内在需求,也创造了环境条件。1982年之前,宪法经济条款的核心内容是计划经济体制和生产资料公有制所有制。此后,宪法关于经济基础、经济体制、经济成分、经济管理方式等与竞争中性实质相关条款所做的修改,接近每五年一修:从1982年“个体经济”入宪、1988年“私营经济”入宪、1993年“市场经济”入宪、1999年“多种所有制共同发展、多种分配方式并存”入宪直至2004年“鼓励支持非公有制经济”入宪,修法频率显著超过很多其他一般法律,使宪法呈现出强烈的动态呼应性、现实导向性和实践能动性品格。

全国人大对其他法律的制定和修订,为竞争中性规制提供了多个角度、不同程度的具体依据:(1)市场主体制度中性方面,改革开放早期阶段基于生产资料所有制差异而分别制定的企业组织法,逐渐淡出历史舞台或者被直接废止,企业组织设立的法律依据逐渐转向对《公司法》《合伙企业法》《个人独资企业法》等法律的统一平等适用;^①(2)市场准入制度中性方面,《外商投资企业法》规定,国家对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度;(3)行政干预中性方面,《反垄断法》规定,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不得滥用行政权力,排除、限制竞争;(4)政府采购制度中性方面,《政府采购法》要求政府采购遵循公开透明原则、公平竞争原则、公正原则和诚实信用等原则,不得以不合理的条件对供应商实行差别待遇或者歧视待遇;(5)税收制度中性方面,统一了所有内资企业和外资企业的所得税税率、高新技术企业的所得税税率、小型微利企业的所得税税率、企业所得税税前扣除项目和标准,树立了“统一税制、公平税负、促进公平竞争”的税收制度改革目标;(6)执法中性方面,《公务员法》《公职人员政务处分法》对拒绝执行上级依法作出的关于公平竞争制度政策决定和命令的国家工作人员,提供了处分依据;(7)域外竞争扭曲规制方面,《反外国制裁法》规定,外国国家违反国际法和国际关系基本准则,对我国公民、组织采取歧视性限制措施的,我

^①例如,按照《外商投资企业法》规定,外商投资企业的组织形式、组织机构及其活动准则,适用《公司法》《合伙企业法》等法律的规定。随着《外商投资企业法》于2020年1月1日起开始施行,《中外合资经营企业法》《外资企业法》《中外合作经营企业法》同时废止。

方有权对执行或者协助执行上述措施的任何组织和个人采取反制措施,中国企业可在中国法院就所受外国制裁寻求救济。

全国人大对经济领域的直接规制权,包括任免权、审查权、批准权、决定权、监督权、撤销权等(例如对国民经济和社会发展规划和计划执行情况报告、国家预算和预算执行情况报告及其调整方案的审查权、批准权,对中央人民政府不适当决定和命令的撤销权等)。概言之,人民代表大会的“人权”(决定国家机关长官的人事任免)、“财权”(审批财政预算及支出细目,防控向市场竞争主体不合理地输送公共财政资金)、“事权”(监督和纠正国家机关的竞争中性工作情况),对政府等国家机关践行竞争中性兼有直接和间接的重要规制权能。

五、有待扩展的中间层主体:从行政主体到行政组织

党的地方组织、基层组织和地方各级人民代表大会,以及行使行政权、监察权、审判权、检察权的其他公共权力组织,以多种方式影响与市场竞争相关的公共政策环境,尤其是部分地区、部分产业、部分领域的中观或微观经济政策环境。当其运用公共权力,对下辖公共政策环境中的竞争偏待行为实施约束时,是竞争中性规制的规制主体;当其不公平地运用权力,造成下辖公共政策环境偏离竞争中性时,则属于竞争中性规制的被规制主体。它们在竞争中性规制的关系图谱里位于中间层的位置——相对于单纯的规制主体(执政主体、立法主体)而言,它们是权力位阶居下的被规制主体、服从性主体相对于单纯的被规制主体(不拥有公共权力,但是对竞争制度环境、竞争中性状况有影响力的主体)而言,它们是权力位阶居上的规制主体、强制性主体。

竞争中性规制关系中间层主体(简称“中间层主体”)的构成形式非常多样,与行政法学研究通常指称的“行政主体”、经济法学通说中的“经济管理主体”,既有联系又有不同。

(一) 中间层主体的权力特性

竞争中性规制关系的中间层主体,是党中央和全国人大之外,其他对市场竞争政策环境有影响力的公共权力组织的总和(简称“公共权力组织”)。中间层主体的权力来源、权力基础、权力行使应具有合法性。关于合法性,可有狭义和广义两种理解方式,以及法学、政治学、社会学、道德哲学等理解角度。狭义上的合法性,仅指合法律性,即符合现行有效的法律、法规、规章。在广义的政治层面,合法性与正当性、认受性、正统性、正确性词意相通,^①通常指被民众所认可,或者说人民对某种权威所给予的规范约束的承认和接受。现实当中,如果行使公共权力的某个组织机构,其权力来源不具有合法律性,但行权结果却被社会所认受,那么其权力就具有广义上的合法性。

(二) 行政组织的涵义辨析

与竞争中性规制关系最密切、对竞争中性实施状况影响最直接和最具体的,是行使行政权的组织机构(本文将之简称为“行政组织”)。它们拥有执行、管理公共事务的强制性权力或能力(简称“行政权”),能够对市场竞争政策环境产生影响,因而应当接受竞争中性规制。

行政组织获得行政权,有“原始取得”和“继受取得”两类方式。其中,依据法律法规原始取得行政权,或者基于行政授权、行政委托方式继受取得行政权的组织机构,与我国通常学界所称“行政主体”同义,本文不再赘述。在实践中可以观察到另外一种情况——某些组织既不属于国家行政机关或行政机关内设机构、派出机构的组织,也没有法律、法规、规章授权,但却以自

^①孙关宏:《政治学概论》,复旦大学出版社2003年版,第54-63页。

身名义行使依法应由其他机构行使的行政权。以下为事业单位继受取得行政权力的一则实例:

某市国有文化资产管理中心(简称“文资中心”)是某市委宣传部归口管理的事业单位,该市政府授权其负责授权范围内的国有文化资产监管,履行市属实行企业化管理的文化事业单位出资人职责,包括但不限于:拟订所监管文化事业单位国有资产管理的制度、措施并组织实施;承担所监管文化事业单位国有资产保值增值的监管责任;指导推进所监管文化事业单位改革重组,推动国有文化资产布局和结构的战略性调整;指导所监管文化事业单位建立文化技术创新体系,促进科技创新成果转化和高新技术运用;管理文化发展相关专项资金等。^①

文资中心既非财政部门,亦非党的组织机构或政府部门,其对文化事业单位国有资产的监管权不是依据法规和规章直接取得,而是依据本市政府“授权”取得。该授权不满足行政授权的构成要件或行政委托的学理特征。但是,其行使权力身份和结果得到国家机关、企事业单位的广泛承认和实际接受。由此案例可见,将“无权”行政行为、“表见”行政行为排除在竞争中性规制范畴之外,必然显著限制可救济的竞争扭曲的广度和程度。

实际上,无论某个组织的权力取得方式为何,只要其行为能够产生扭曲竞争的行政约束力或如同行政拘束力的效果,就应被纳入竞争中性规制的主体范围。在此意义上,“行政主体”的概念应当扩展为“行政组织”,即拥有行政权力,或者其行为所生之影响与行政拘束等效的组织机构,其组织形式可能是行政机关、政府部门、政府特设机构、事业单位、企业单位、社会团体等,但未必是行政法学意义上的行政主体。此外,行使监察权、审判权、检察权的其他公共权力组织,也应被纳入竞争中性规制的中间层主体。

六、“盲区”里的被规制主体:公共职能组织

不拥有公共权力、对竞争者没有强制干预权能的组织机构,若负有某些公共职能而且其履职行为可能对市场竞争的公共政策环境产生影响,也应当属于竞争中性规制关系中的被规制主体。这类组织机构的性质较为复杂,此前极少被作为竞争中性规制的主体予以考虑,处于现行公平竞争审查制度的“盲区”。

实际上,公共权力组织,以及虽无公共权力但承担公共职能的组织(以下称“公共职能组织”),均负有维护公共利益的职责和功能,都能够对竞争政策环境产生影响,因此都是竞争中性的被规制主体;差异在于,公共权力组织既是被规制主体也是规制主体,属于“承上管下”的中间层角色,能够通过强行性的管治行为对竞争者的市场地位产生影响,公共职能组织则只“承上”不“管下”,没有权力或能力对竞争者强行实施管制。

公共职能组织虽然无权对竞争者采取强制性的干预和管制,但能体现、执行公共权力意志,可以通过以市场化、诱致性、交换性和选择性的手段,以有偿或无偿的方式,向竞争者提供资源或汲取资源,对竞争者的行为抉择和市场地位产生直接或间接影响,因而类似于国家与社会、政府与市场之间的临界面。

从职能目标的来源依据和履职过程的自主程度来看,公共职能组织可分为三类:其一,基于有权机构授权的“意定型公共职能组织”;其二,基于法律规定的“法定型公共职能组织”;其三,还有一类基于法理逻辑而应当遵循竞争中性原则,可称之为“法理型公共职能组织”。

(一)意定型公共职能组织

意定型公共职能组织本身并不当然负有公共职能,但基于其他有权组织机构的委托、指定

^①《某市国有文化资产管理中心2020年度部门决算》, http://www.beijing.gov.cn/gongkai/caizheng/czzt/2020js/202108/t20210817_2470194.html, 2022年2月8日访问。

或授意而继受特定公共职能,可作为替代性执行机构,承接公共权力组织剥离出的公共职能。以下为企业基于意定授权而拥有和履行公共职能的一则实例。

某市文化投资发展集团有限责任公司(简称“文投集团”)的全资股东为该市国有文化资产监督管理办公室。文投集团发起设立的基金及直接投资业务,获得来自市委市政府的资金支持。文投集团作为控股股东发起设立的文化担保公司,是该市为扶持文化创意产业发展而专门成立的专业性文化担保机构,并且受托管理该市文化创意产业统贷平台风险补偿专项资金,为文创企业融资所产生的损失提供补偿。文投集团作为文化创意产业发展重要的投融资平台,代表文资中心履行政府文化投资职责,行使国有文化资本投融资主体职能,承担政策性引导职能,具有较高战略地位。^①

以上实例中的企业是营利性企业法人,在文化创意产业领域开展经营活动,与同业经营者具有市场竞争关系,另外,该企业又遵循公共权力组织的文创产业投资意志,承担政策性引导职能,为文创产业竞争者的融资活动提供扶持,对融资损失风险提供补偿,追求实现公共利益,是典型的意定型公共职能组织。

(二)法定型公共职能组织

如果公共职能组织据以设立的“法律依据”,或者在其设立后实施的法律规范,对其应承担的公共职能作出了规定,那么该组织可称作“法定型公共职能组织”。此处所谓的法律依据、法律规范较为宽泛,除了立法法意义上的法律、法规、规章等,还可包括中共中央(含中共中央办公厅)、国务院(含国务院办公厅)制定颁布的规范性文件或一事一议的政策性文件。

以银行金融行业为例,以追求商业利润最大化为目的的银行,通常按照公允交易条件开展业务,对银行客户的竞争能力通常不会产生非市场化的影响。但是,也有银行企业基于国务院规范性文件、部门规章相关规定而承担和履行法定公共职能,以下为一则实例:

国家开发银行股份有限公司(原国家开发银行)是根据《国务院关于金融体制改革的决定》(国发(1993)91号)设立的政策性银行,级别为正部级单位。国家开发银行须围绕服务国家经济重大中长期发展战略,发挥开发性金融在重点领域、薄弱环节、关键时期的功能和作用,促进国民经济持续健康发展。国家开发银行现为有限责任公司,其主要业务不以追求商业利润最大化为目标,而是“以服务国家发展战略为宗旨,以国家信用为依托,以市场运作为基本模式,以保本微利为经营原则,以中长期投融资为载体”,旨在“实现政府发展目标、弥补市场失灵、提供公共产品、提高社会资源配置效率、熨平经济周期性波动等方面”。^②

上述业务性质和功能定位表明,国家开发银行是一家典型的法定型公共职能组织,其职能的发生依据是专门为该行量身定制的“一事一议”型的、既非法律也非法规的政策性文件和部门规章。在理想状态下,国家开发银行开展的利于实现公共利益的政策性、开发性金融业务,即便导致竞争中性偏离,亦应给予竞争中性豁免。不过,由于我国尚未建立竞争中性豁免的制度体系和审查机制,竞争中性豁免与竞争中性扭曲之间的边界较难划定。

(三)法理型公共职能组织

提高国有企事业单位运行效率,改善国有资产使用绩效,具有不言自明的目的正当性,而且是法定义务。例如,《企业国有资产法》要求,国家出资企业与他人发生交易时须“公平、有偿,取得合理对价”,转让国有资产“应当遵循等价有偿和公开、公平、公正的原则”;《国有资产

^①见“企业信用信息公示系统”显示的公开信息、《某市文化投资发展集团有限责任公司2020年度第二期中期票据信用评级报告》, <http://qxb-pdf-oss-cache.qixin.com/AnBaseinfo/69aa2458bd9003cad7ee42a7b17dc452.pdf>, 2022年2月8日访问。

^②《开行简介》, <http://www.cdb.com.cn/gykh/khjj/>, 2022年2月21日访问。

评估管理办法》《行政单位国有资产管理暂行办法》《事业单位国有资产管理暂行办法》要求,占有国有资产的企事业单位应推动国有资产的“合理配置和有效使用”,处置国有资产的价格须“正确体现国有资产的价值量”。

现行法律规范没有明确规定国有企事业单位的行为须符合竞争中原则,但是依据法律规定或法理推知,此类单位应受竞争中原则规制。这是因为,竞争中原则是一种以经济资源的使用和配置效率为核心指标的筛除优选机制,是实现公共资源效用最大化的基本政策工具;不享有公共权力、不具有法定或法定型公共职能,但支配管理公共资源的组织,负有高效使用公共资源的职责;出于促成该职责得以履行之合理目的,竞争中原则应当成为此类组织机构管理支配公共资源时恪守的一般原则。

七、结语与兼论

在思想观念上厘清竞争中原则规制关系的主体构造,方能有序推进竞争中原则规制工作。将竞争中原则的核心要义投射于中国特色的制度和实践环境,可以从层级框架、类型组成和关系结构三方面,勾勒出竞争中原则规制的主体图谱,为中国化的竞争中原则规制提供认识逻辑和立法支点。新《反垄断法》的增补条款,强调党对反垄断工作的领导,并引公平竞争审查制度入法,为竞争中原则的规制主体构造和规制活动方式奠定了法律基础。不过,新规承袭了《制度意见》《制度细则》的表述方式,将应受公平竞争审查的主体范围限定为“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”。这一范围排除了实践中存在的三类组织:其一,不属于行政机关,也未经法律、法规授权,但基于有权机构授权而承担公共职能的组织;其二,根据不属于法律、法规的政策性文件规定而承担公共职能的组织;其三,基于法律、法规设定的义务,或者基于法理逻辑而应当遵循竞争中原则、善用公共财产权益的组织。

前两类组织滥用职权的行为,第三类组织违背法定义务或法理义务的行为,均有可能造成竞争中原则偏离。新《反垄断法》未将这三类组织纳入竞争中原则规制的视野,可能导致公平竞争审查制度被轻易规避和变相废除。例如,“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”只须授权、授意前述三类组织实施竞争偏待行为,即可轻易逃离规制。本文建议,未来修订《反垄断法》时,对相关条款修订或增补如下:“行政机关或其他具有管理公共事务职能的组织,不得滥用职权,妨碍其他经营者进入相关市场或者对其他经营者实行不平等待遇,排除、限制竞争”;“根据与政府采购、招投标、国有资产监督管理相关的法律、法规,负有维护公平竞争义务的组织,不得违反义务,妨碍其他经营者进入相关市场或者对其他经营者实行不平等待遇”。

在思想观念层面澄清我国竞争中原则规制的主体构造,就为创设一系列高水平、有活力的竞争中原则新型规制机制,拓展出广阔的想象空间。初步考虑,这些机制或可包括:投诉受理机制(推动行政处理机制的社会化参与)、行政异议机制(推动抽象行政行为的可诉化),第三方审查机制(解决公共职能组织的审查主体缺位)、协商维权机制(由行业团体代替市场主体寻求救济),信息透明机制(以国有企业信息、财政补贴信息公开为重点),分账核算机制(建立对营利性活动和公益性活动收支分别记账核算的会计准则,防止两类业务之间交叉补贴),财政处罚机制(冻结、转移或削减公共权力组织的预算和可支配资金,作为对扭曲竞争行为的制裁措施),等等。放眼未来,中国的竞争中原则规制建设和实践创新,任重道远,大有可为。

On the Subject Structure of China's Competitive Neutrality Regulation: Also on the Improvement of the Supplementary Provisions of the New Anti-monopoly Law

Li Junfeng¹, Zhang Ying²

(1. School of Law, Shanghai University, Shanghai 200444, China; 2. School of Marxism, Shanghai Urban Construction Vocational College, Shanghai 201415, China)

Summary: Considering the existing theoretical views and recent development trends of competitive neutrality, “competitive neutrality” in the narrow sense should refer to a public policy environment in which the market position of competitors is determined by commercial conditions and is not affected by differential treatment by public power organizations or public functional organizations. In the above definition, “market position” refers to the difference in the ability of competitors to acquire, use and exchange market resources. “Commercial conditions” refer to the efficiency of competitors’ use of market resources, as well as the behavioral logic of market activity entities seeking to maximize transaction surplus. Obstruction of competitive neutrality without justifiable reasons, that is, the existence of a “distortion” of competition or competitive neutrality, and the abandonment of competitive neutrality based on justifiable reasons, can be called a “exemption” of competitive neutrality. In a broad sense, value judgments, regulatory principles, policy orientations, institutional arrangements, and order states related to the maintenance or deviation of competitive neutrality are all areas of concern for competitive neutrality. Organizations that enjoy public power and undertake public functions take the leading, guaranteeing, regulating and adjusting behaviors for the implementation of competitive neutrality, namely, “competitive neutrality regulation”.

The subjects to the competitive neutrality regulation in China should be divided into “regulatory subjects” and “regulated subjects”. Among them, regulatory subjects include political leadership organs, organs of state power and other organizations with public power; regulated subjects include institutions with administrative power, as well as other organizations that are not administrative organs but actually undertake public functions; administrative organs and other organizations with public power are both regulatory subjects and regulated subjects.

The scope of subjects subject to fair competition review under the new Anti-monopoly Law is narrow, which may lead to the disguised circumvention of the fair competition review system, an important competitive neutrality regulation measure, and thus lose its effectiveness. To this end, consideration should be given to adding the following clauses to the new Anti-monopoly Law in the future: “Administrative organs or other organizations with public affairs management functions shall not abuse their power, obstruct other business operators from entering the relevant market, or treat other business operators unequally, to eliminate or restrict competition; in accordance with laws and regulations related to government procurement, bidding, and the supervision and management of state-owned assets, organizations with the obligation to safeguard fair competition shall not violate their obligations by obstructing other business operators from entering the relevant market or treating other business operators unequally”.

Key words: competitive neutrality; regulation; subject; anti-monopoly law; revision

(责任编辑: 倪建文)