

doi:10.3969/j.issn.1672-626x.2021.04.013

行政主导型市场规制模式的弊端及克服

——以司法裁判作用的发挥为中心

郭传凯

(山东大学 法学院,山东 青岛 266237)

摘要:行政机关长期主导市场规制过程中的规则制定及实施,形成了行政主导型市场规制模式。此模式带来了规则制定与规则实施两个层面的问题:在规则制定层面,行政机关长期主导规则的制定使诸多规则难以体现市场经济发展的实际需要;在规则实施层面,行政机关以行政处罚等手段对违法主体进行制裁,难以实现市场经济秩序的恢复和对弱势群体利益的维护。为克服行政主导型市场规制模式的弊端,司法裁判的作用应当得到充分发挥。其不仅能纠正不当的规则制定行为,真正制约政府权力,还可以在法律实施的过程中为市场主体提供救济,最大限度地恢复市场经济秩序。

关键词:行政主导型;市场规制;规则制定;规则实施;司法裁判

中图分类号:D922.294

文献标志码:A

文章编号:1672-626X(2021)04-0113-09

行政主导型市场规制模式,是指市场规制的过程中,行政机关主导规则制定及实施的一般做法。“规则由立法机关制定,由行政机关负责实施”的“传送带”理论在很大程度上影响并塑造了转型国家的规制模式^[1],是行政主导型市场规制得以形成的主要原因。在实质正义理念的影响下,规制的“传送带”首先体现于“狭义立法”对市场主体权利义务进行倾斜配置以纠正形式正义的过程^[2],进而展现为国家干预主体针对强势市场主体违法行为进行限制或禁止的具体规制。这种“传送带”式的规制模式亦可被称为市场规制的“两阶段论”^[3]:第一阶段是以“狭义法律”的形式对市场准入、产品质量标准、处罚措施及数额等方面进行规定,第二阶段则是行政机关对前述规定进行实施的具体规制。必须承认,“两阶段论”对立法论的强调有助于实质正义在立法层面的实现,但“两阶段论”亦存在不容忽视的缺陷:该理论仅看到了行政机关进行具体规制的维度,而忽视了行政机关的规则制定行为。其将规则制定全部划归为“狭义立法”的范畴,是一种不切实际的假想。“无论立法者认为在逻辑上多么自洽和内容上多么正确,他们所制定的总是一个法律总谱”^[4],包括规制在内,现代行政行为的本质是面向复杂实践的裁量^[5],行政裁量、行政解释、行政机关的规则制定已然一体化,这种复杂的裁量过程是难以用“狭义立法”进行制约的。规制合法性资源的匮乏迫使“中外行政法学界着力寻找行政合法性的替代性方案”^[6],仅就目前而言,行政机关通过制定规范性文件进行自我授权与自我约束是规制合法性的主要来源。这种合法性的获致使行政机关支配了市场规制过程中的知识生产与市场规则的形成。尽管市场规制作为“手段”被人熟知,但其实际作用已经超越了法律实施手段的范畴。

收稿日期:2021-05-10

基金项目:国家社会科学基金青年项目(19CFX039);中国博士后科学基金第66批面上资助项目(2019M662383)

作者简介:郭传凯(1990-),男,山东泰安人,山东大学法学院助理研究员,法学博士,研究方向为经济法基础理论、竞争法、规制理论。

分析行政主导型市场规制的弊端,需要聚焦行政机关从规则制定到规则实施过程中的“垄断”状态,而非仅仅关注具体规制的优化等内在问题。诚然,规制优化是市场规制领域的重要研究对象,但单纯研究法律实施则难以察觉行政主导型市场规制的缺陷。不论是抽象行政行为对市场规则制定的主导作用,还是作为具体行政行为的规制措施对法律实施的支配,均已对经济秩序造成了不利影响,致使规制活动偏离了秩序维护的需求。本研究希望揭示行政主导型市场规制的弊端,提倡发挥司法裁判在规则制定和规则实施过程中的重要作用,勾勒行政主导型市场规制整体的替代方案。

一、行政主导型市场规制模式的规则制定与实施

本研究语境下,市场规制包括规则制定的过程。行政机关对规则制定的强势支配,是行政主导型市场规制形成的主要原因和突出表现。

(一)行政主导型市场规制下的规则制定

服务于特定的市场规制而由行政机关主导的规则制定活动有两种类型:第一类是深化改革进程中比较特殊的规则制定活动,即在缺乏上位法的情况下对市场主体的权利义务进行实质规定的规则制定,以网约车市场准入规制为典型^①。这类规则实际是行政机关为满足形式法治的要求而制定的规制依据。第二类是对“狭义立法”规则具体化而形成的规则,该类规则的目的是对处于上一位阶的立法规则进行面向个案的实施以实现特定行为的规制,例如反垄断规制过程中行政机关制定的各种指南或规定。这类规则实际是行政机关通过自身积累的实践经验与主观判断弥补立法者规则制定能力不足的举措。第一类规则的形成成为具体规制行为做出填补形式合法性要件,第二类规则的形成则是行政机关在实施“狭义立法”的过程中进行规则制定的情形,两类规则制定活动均属于市场规制的范畴。

在行政立法文件与“狭义立法”文件被统称为“法律规定”的背景下,许多具体规制行为的实施主体与“法律规定”的制定主体混同,这使得作为行政相对人的市场主体处于非常不利的地位。规则的生成活动(特别是执法过程中一些为细化“狭义立法”而进行的规则制定)垄断了市场规则的知识生产,致使相应规则难以反映市场经济的切实需求和实际状况。

(二)行政主导型市场规制下的规则实施

规则实施仅包括对市场主体行为的限制或禁止,而不应涵盖对市场主体行为的积极引导、促进和保护^②。首先,积极引导、促进和保护超越了“放松规制”的范畴,而以积极作为的方式帮助特定市场主体实现特定利益。与限制或禁止型规制行为不同,由于积极引导行为具有柔性和灵活性特点,极易出现无法可依的状况,因此在缺乏法律规范制约的前提下,积极引导行为可能造成权力腐败和对市场经济秩序的破坏^③。其次,积极引导行为表面看来是一种服务企业的行为,实际也是一种不当的强制。对特定企业进行引导和保护实则只“服务”了特定的市场主体,这往往意味着对其他市场主体利益和经营机会的褫夺(依法剥夺)。如果服务对象的选择未经民主、科学的论证,政府服务行为就会与歧视性待遇紧密结合在一起。服务性的“外衣”致使政府的引导行为躲过了一般性规则的限制,使政府的不当强制有了合法性的“外衣”和宽松的实施环境。再次,政府部门作出引导、促进的决定也只能以自身的信息和决策能力为基础。政府部门的决策无法保证是永远科学的,对特定市场主体进行积极引导虽然不像宏观调控行为一样影响广泛,但足以形成错误的示范效应^④。从次,政府的积极引导大多已不需要通过规制的方式做出,间接运用经济要素进行宏观调控即可实现必要的引导,此时的政府行为属于政府经济行为的范畴而不是规制行为。最后,不可否认,政府的积极引导亦有成功的案例,取消引导会对部分市场主体的利益造成减损。但目前深化改革需要解决的首要问题应是如何形成科学合理的市场经济秩序以及如何规范政府行为,因此对积极引导的政府行为应当采

取谨慎态度。

作为规制手段,限制或禁止包括但不限于以下方式:(1)禁止某种行为,如禁止不正当竞争行为和造成垄断高价的横向垄断协议;(2)限定某种行为的方式、时间、地点、主体资格等要素;(3)市场准入规制,包括行为的准入,主体的准入,资金、技术、服务等经济要素的准入,价格的监管与认同等;(4)质量监督、对产品服务的检验检疫;(5)一些市场化的规制行为,如排污收费制度。此外,要求说明理由、进行信息公开、保障市场主体参与、进行专家论证、保证程序透明等措施也在规制活动中具有重要作用。前述的规制方式尽管对维护市场经济秩序具有重要作用,但行政主导模式难以实现对弱势群体利益的维护,且在行政处罚等方面赋予行政机关较大的裁量权。规则的生成与实施紧密地连为一体,致使行政主导型市场规制成为我国市场规制难以改变的制度特征。

二、行政主导型市场规制模式的主要弊端

立法机关的规则制定已经难以适应变动不居的社会实践,垄断法律实施权的行政机关承担着市场规制过程中制定市场规则的重要任务。

(一)第一类规则制定过程中的弊端

先探讨以实现一定规制目标,依照《立法法》有关规定做出的规则制定活动^③。行政主导型市场规制模式下,这类规则的生成具有“政府管理市场”的倾向。行政机关面对特定规制任务,通过制定一定的抽象规则,依据规则做出具体的限制或禁止,以实现相应的规制目标。这一过程受以往规制思路及规制路径的影响,反映了较强的“政府管理市场”的思想倾向,可能会剥夺市场主体公平竞争的权利。

以网约车规制为例,传统出租车行业的管制造成了城市客运供需失衡,进而促成了网约车服务的产生,但以往的规制思路影响了网约车规制思路的选择。传统的管制可分为牌照管制与行政许可两个层面。尽管网约车大众创新的形式导致牌照管制难以为继,但网约车日常经营中存在的问题不仅呼唤必要的监管,同时也为行政许可式规制思路的沿用提供了空间。网约车新规尽管体现了“政府管平台、平台管运营”的思路,但其行政许可的设定却与传统监管如出一辙^④。其授权地方政府较为恣意地制定事前许可条件,导致行政许可的具体要求与网约车日常运营监管没有密切联系,这体现了监管者的如下思路:通过数量上的事前控制足以解决网约车运营的监管问题。不当的事前管制实际上侵害了公平竞争的市场经济秩序,剥夺了市场主体参与经营的基本权利。诚然,网约车的监管很可能立足于对消费者利益的保护等符合实质正义理念的出发点,但由于规则的形成缺乏必要的制度约束和有效的纠正机制,反而造成更严重的实质不正义。

(二)第二类规则制定过程中的弊端

行政主导型市场规制下,第二类规则的生成受制于“知识垄断”。尽管抽象立法模式难以应对复杂的现实,立法机关也势必会在市场经济的重要领域制定相应的规范性文件,即使其只能提供一种规范的框架,但这种抽象立法受到“知识垄断”的限制,极有可能无法满足市场的需要,扼杀制度的创新性。

具体案件的解决需要充足的市场规则作为依据,这种对法律规范的需求远远超越了立法者对规范的供给,大量的规则制定就出现在“狭义立法”的实施过程中,《关于滥用知识产权的反垄断指南(征求意见稿)》等规范性文件就是典型例证。

依照1981年全国人大常委会通过的《关于加强法律解释工作的决议》,国务院及其主管部门对不属于审判、检察工作的其他法律、法令享有解释的权力。对规则的普遍意义进行解释才属于行政解释的范畴,涉及具体案件的裁断则属于执法的范畴。有些抽象规则的内容涉及重要概念的“解释”,依照前述论断,这些解释活动应属于行政解释的范畴。但许多专有名词本身仅具有指代意义而没有被立法者赋予实质内涵,其可

以为概念的使用者提供某种指代,却不能使概念的使用者表达明确的含义。对这类名词的“解释”,本身是一种概念内涵的赋予行为,也是非常重要的一种规则制定行为。在反垄断实践中,这类名词并不少见,如“相关市场”“控制地位”等等,抽象立法思维使法律规范难以真正落地,为市场行为提供精确指引,且法律解释创制的新规则又被限制在“狭义法律”的范围之内,受到“知识垄断”的阻隔,无法实现创新性立法与突破性规制。

(三)规则实施的主要弊端

规则实施活动直观地反映了目前我国法律实施的行政执法模式。对破坏市场经济秩序的行为,规制者会对违法者科处一定的财产刑或要求其承担行为责任,以实现秩序的维护。这种行政执法模式存在难以克服的缺陷。

首先,通过对违法主体的制裁,市场经济秩序的确可以在短时间内恢复,但弱势群体的利益却很难得到救济。换言之,秩序的恢复利益很难被弱势群体分享^[9],经济补偿仍然要依靠诉讼机制。这就不可避免地出现行政执法模式与司法救济之间的关系问题。许多司法救济需要行政机关的执法结果或取证作为司法裁判的重要参考,印证了法律实施过程中的知识生产几乎被行政机关垄断的困境。

其次,尽管违法行为确有规制的必要,但在财产责任的确定上一直给行政主体很大的自由裁量权。在弱势群体利益与秩序恢复相脱节的背景下,财产责任数额的自由裁量给了行政机关过度的执法积极性,也增加了其权力寻租的几率。

再次,行政执法不是任何时候都可以发挥主动性的优势,在很多场合下行政执法暴露出其恣意性的弊端。例如在“滴滴”与“优步中国”合并案中,商务部再三强调,两个网约车巨头企业不能在未经商务部审查的前提下进行合并。依照现有的规范,两个企业的合并未达到主动申报的标准,因此商务部只能使用“主动审查权”对该案进行处理。但可惜的是,从20世纪90年代起,商务部并未对互联网企业的合并作出过禁止的决定^[10]。商务部在该领域的确没有积累充分的执法经验,也没有相应的执法能力。

最后,行政执法模式在缺乏理论指导的情况下,很难进行体现中国特色的知识创新。以《反垄断法》为例,相关市场的界定、市场支配地位的认定等理论主要是通过“3Q”案等重要案例的司法裁判得以挖掘和积累,而不是以行政执法作为知识的主要来源^[11]。司法裁判在原被告双方的互动制衡之下,具备强烈的知识生产方面的动机,原告的主张与被告的抗辩都是地方性知识得以挖掘的重要推动力。

三、弊端存续的原因分析

剖析行政主导型市场规制弊端长期存续的原因,本文认为,公平竞争审查制度的局限性增加了第一类规则弊端的克服难度,“规则—规则”的抽象立法思维又难以体现第二类规则的现实需求。在规则制定层面存在上述困境的基础上,规则实施层面的弊端自然而然地形成。

(一)公平竞争审查制度的局限性

公平竞争审查制度的局限性使第一类规则“政府管理市场”的倾向难以被克服。2015年《行政诉讼法》的修改将整体的“具体行政行为”受案标准更改为“行政行为”,这似乎让人们看到了抽象行政行为可诉的“曙光”。然而,该法第十二条对行政诉讼受案范围的明确列举依旧将抽象行政行为排除出行政诉讼的受案范围。其中,受案范围第八项“认为行政机关滥用行政权力排除或者限制竞争的”的解释以2010年实施的工商管理总局的行政解释为主^④,因此难以运用司法裁判克服上述弊端。

在此背景下,以现行体制解决第一类规则弊端的希望完全被寄托于公平竞争审查制度之上。2017年10月出台的《公平竞争审查制度实施细则》的确展现了五部委在克服行政垄断的过程中对现实经验的理解与

把握。该规定涉及制定市场准入、产业发展、招商引资、招标投标、政府采购、经营行为规范、资质标准等涉及市场主体经济活动的规章、规范性文件和其他政策措施,展现了较强的制度创新属性,但仍存在一定的局限性。

首先,规则的形成往往具备相当程度的模糊性,公平竞争审查过程中的主观判断是难以避免的。例如,有关市场准入的规则制定,审查的标准是“不得设置不合理或者超过实际需要的准入条件”,什么是“不合理”、什么是“超过实际需要”则需要行政机关进行衡量。

其次,该细则不仅依靠行政机关的自我审查,还显示出行政系统内部强烈的依附属性。例如,“在未经国务院规定的情况下,不得给予相关企业特殊的优惠”,而国务院的规定并不必然合理。再如,“对不属于地方政府定价目录的商品不得实施政府定价”,那么政府定价目录是否属于审查的对象呢?如果不属于,定价目录若存在问题,则“毒树之果必定有毒”;如果属于,则“拔出萝卜带出泥”,审查的成本是难以预估的。涉及上级机关文件存在不合理或明显违法的情况,如何审查亦值得期待。

最后,该制度的实现需要庞大的人员编制和实施成本,在知识壁垒的影响下该制度实施的收益成本比是否符合效益原则也是非常值得怀疑的。更有学者指出该制度难以调和的内在矛盾:“如果某个行政机关认为实施反竞争行为符合其最大化利益,那么它的自我审查就是不真诚的;反之,如果认为维系竞争对其有利,它自然会主动寻求合规,命令其开展自我审查似乎就是不必要的;如果这是一家竞争立场中立的机关,但欠缺竞争评估所需的能力,那么它的自我审查就是没有意义的。”^[13]克服该困局需要借助上级机关和竞争主管机关的激励、督促和信息共享,而效果如何有待实践检验。

(二)“规则—规则”抽象立法思维的缺陷

“规则—规则”的抽象立法思维使第二类规则制定于“知识垄断”的壁垒中。个案的合理解决为此种规则制定活动提供了动力,规则的制定的确构架起抽象立法规则与现实案件解决之间的桥梁。从这一层面看,第二类规则的形成活动与司法解释遵循相同的思维模式。但实际上,其在很大程度上受“在先意见”的锚定影响,遵循“从抽象到抽象”的思维逻辑,难以满足实践对规则的需求。

首先,尽管国家市场监督管理总局发布的《禁止垄断协议暂行规定》《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》等文本都进行了比较具体的类型化处理,但这种处理并不是来源于实践中的案件解析,更多地源自学界对西方反垄断研究成果的借鉴。

其次,行政执法过程中的行政立法有“原地踏步”的局限性。“例如,《反价格垄断规定》是国家发改委就《反垄断法》中关涉价格垄断方面的规定所作的实体性解释,全文共29个条文,但仅以原文照搬和词语替换两种方式所作的解释条款就达到20个,而剩下的9个条款中除去2个解释权归属和废止条款外,便是以词语替换的解释方式展开的条款,其实际可操作性仍须由反垄断执法机关的自由裁量得以实现和维系。”^[14]如果说这种情况是同一法律部门中“规则—规则”的思维应用,那么国务院反垄断委员会《关于滥用知识产权的反垄断指南(征求意见稿)》则体现了对知识产权法以及相应国际条约的借用,很难说发挥了地方性的知识生产。例如,该指南对相关市场的界定意欲引介技术市场的相关内容,但却语焉不详^⑤,亦反映了“从抽象到抽象”的思维模式和知识生产上的“乏力”。

最后,市场经济秩序有极强的复杂性和多变性。不论是受“在先意见”还是受已有规则的影响,这种“从抽象到抽象”的规则制定都有可能偏离中国市场经济的真实情况。尽管规则的形成过程一般都有大量的学者、专家参与其中,但规则的制定权最终依旧把握在行政机关手中,专家与民众的参与到底能在多大程度上制衡“行政意愿”是很值得怀疑的。况且,实践发展的脚步远远快于规则制定的速度,当抽象规则难以满足解决实践需求时,处理事实与规范之间矛盾的难题恐怕又会横亘在法律实施者的面前。解决问题的可行思路是承认行政机关在知识生产和规则制定上存在积极作用的同时,寻找恰当的知识生产的替代性场域。

(三)“传送带”模式的传导效应

如前所述,行政主导型市场规制语境下,“规则制定—规则实施”遵循“传送带”模式,“传送带”模式具有较强的传导效应,规则制定的不合理也就自然导致了规则实施的弊端。在缺乏明确法律规则依据的情况下,许多实质违法的行为难以通过执法的方式进行规制。

以《反不正当竞争法》的实施为例,修订稿(第一稿)将一般条款交由行政机关实施^⑥,但笼统的授权因不符合依法行政的要求而不能被采取,这导致行政机关在面对该法列举条款规定之外的违法行为时陷入困境。实践中出现的“反向模仿”案件就难以通过行政处罚的方式进行处理。例如,许多小型个体经营者通过购买名牌服装进行模仿之后退货的行为就难以进行行政处罚。其原因在于,反向模仿行为既不侵害商标权,也不侵犯著作权(设计图纸的版权),更不涉及专利权。

因此,在没有法律依据的情况下是无法进行规制的。但毫无疑问,该行为造成了对竞争秩序的破坏。一般条款的司法适用的确存在向一般条款逃逸的风险,但学界不能因此否定一般条款的司法实施价值。在列举条款阙如的情况下,司法裁判对具体案件的处理不仅是定纷止争的最佳途径,更能以一般条款的司法适用推动契合市场经济秩序的知识生产。

四、弊端克服:司法裁判作用的发挥

针对第一类规则制定及实施的弊端,我们可以通过“两条腿走路”的方式进行克服,不仅需要公平竞争审查制度,还需要公益诉讼进行密切配合。由于行政诉讼目前仅能对规章以下的行政文件提起附带性审查且难以监督行政文件修改的后续处理,积极探索检察机关提起诉讼机制成为解决相应问题的主要途径^⑦。而第二类规则的制定及实施具有统一性,相应弊端应放在一起进行解决,即发挥司法裁判在维护市场经济秩序上的重要作用,并在司法过程中增进有关市场规则的知识生产。

(一)针对违法抽象行政行为的公益诉讼制度

上文指出,仅依靠公平竞争审查制度难以纠正破坏市场经济秩序的抽象行政行为。在现行诉讼体制下,应当对“滥用行政权力排除或限制竞争行为”采取扩大解释——该类行为不仅包括传统的“行政垄断”,还应包括其他运用行政权力排除妨害竞争的行为,滥用市场准入权力就是其中的典型。通过对政府具体行政行为的诉讼,倒逼政府部门对相关的抽象性行政文件进行修改,是目前体制下运用公益诉讼制度解决问题的可行思路。

而从体制创新的角度看,构建违法抽象行政行为公益诉讼制度是可行方案。行业协会、社会组织、执业律师自然可以作为公益诉讼的原告提起诉讼,但结合检察院提起公益诉讼的试点及相应诉讼法律规范的修改,人民检察院享有的相应公益诉讼权是发挥公益诉讼机能的重要举措。2017年6月,第十二届全国人大常委会第二十八次会议审议通过了“增加检察院民事及行政公益诉讼制度”的决定,《行政诉讼法》第25条新增第四款规定,人民检察院在履行职责中发现生态环境和资源保护、食品药品安全、国有财产保护、国有土地使用权出让等领域负有监督管理职责的行政机关违法行使职权或者不作为,致使国家利益或者社会公共利益受到侵害的,应当向行政机关提出检察建议,督促其依法履行职责;行政机关不依法履行职责的,人民检察院依法向人民法院提起诉讼。依照公平竞争审查制度的要求,制定抽象性文件的机关如果不履行相应的审查要求,或者在审查过程中对明显违背市场经济秩序或明显侵犯市场主体经营权的文件内容未尽审慎的审查义务,甚至采取放任的态度,检察机关有权要求其进行限期整改;不依法整改的,检察院可对其提起行政公益诉讼。通过公益诉讼制度的设计,抽象行政行为对市场经济秩序的破坏才能得到最强力度的预防和克服,公平竞争审查制度才可成为“有牙的老虎”,从而弥补抽象行政行为不可诉的历史缺憾,市场主体的经

营权益才能得到切实的维护,政府的规则制定权才能受到真正的限制。

(二)作为替代模式的司法裁判

1. 司法裁判法律续造功能的发挥

大陆法系国家都强调司法裁判的两大作用:当法律规范内涵相对明确之时,司法裁判通过涵摄的过程解决个案问题,这一过程常常运用法律解释的技术;当出现立法性空白之时,法律续造变成了司法的重要任务^[15]。司法过程中,两种作用都得到了非常充分的展现。而在本研究的视野下,行政机关在法律实施过程中的规则制定实际对应存在立法空白(即法律续造)的场合。

以《反不正当竞争法》第二条为代表的一般条款的司法适用是典型的法律续造[®]。一般条款,并不是帝王条款,而是指劣后于具体条款使用的兜底性条款。抽象立法与复杂实践的失衡催生了一般条款,鉴于市场经济中不正当竞争行为难以通过《反不正当竞争法》充分列举,该法第二条的出现就不可避免。行政执法模式下,一般条款必然会对执法机关进行授权,从而造成以下悖论:不授权,列举条款以外的不正当竞争行为难以规制;授权,则给予行政机关过大的自由裁量权。授权之下的自由裁量权是否可通过事前规则制定的方式进行限制是值得反思的重要问题。的确应当承认,事前规则制定可以满足形式法治的需求,但正如上文所述,这种规则的制定能在多大程度上限制自由裁量并实现契合市场经济的知识生产很成问题。

一般条款的行政执法模式难以发挥作用,那么一般条款是否已无存在的必要?答案是否定的。实际上所有的不正当竞争行为都具有强烈的侵权行为属性,且不正当竞争侵权行为背后的核心特征皆为对诚实信用原则的违反。换言之,判断一种行为是否属于不正当竞争行为,应当结合诚实信用原则考察以下几个方面^[16]:(1)考量行为人是否在保护或实现自身合法利益的必要限度外,损害他人的合法权益;(2)抛弃当事人自身尺度而使用客观标准,客观标准的形成应结合社会中典型行为方式,如干扰他人经营或列举条款对已知违法行为的认定;(3)不排除对主体故意或过失等主观因素的考量,但该主观因素的考量不得轻易成为客观失信的免责事由;(4)考虑主体实施行为的社会背景,参照有关的法律性规范文件和行业标准,必要时可以参照案例和习惯性做法。上述判断标准只能通过司法裁判,以案例群为基础进行适用,以实现诚实信用原则的客观化、类型化。在反不正当竞争实践中,某类不当行为反复出现,司法裁判对该行为内涵和特征的把握不断清晰,达到可以被立法者进行规定的程度,一般条款司法实施也就孕育出新的列举条款,这一过程正是知识生产的最佳诠释。

2. 司法裁判作用发挥的难点

在市场主体无力提起诉讼而由行政机关查处的情况下,司法裁判能否发挥作用、如何发挥作用则成了需要探讨的问题。此时,司法案件可分为以下两种类型:实力悬殊型案件和理论不足型案件。前者的法律关系相对明确,但由于违法行为侵害者与行为实施者之间实力悬殊,进而导致动机的不足,因此难以提起相应的诉讼,典型的如消费者保护、食品安全、产品质量等方面的违法行为引起的案件。仅依靠行政执法模式难以实现对弱势群体利益的维护,因此继续完善公益诉讼制度势在必行。在消费者保护组织等适格主体提起诉讼的场合,执法机关可主动或依申请参与诉讼提供协助;在不存在适格主体或者适格主体未提起诉讼的情况下,执法主体应向法院提起诉讼。公益诉讼补偿性赔偿机制本身就具备了相当程度的惩罚性,因此行政机关的行政处罚应被公益诉讼吸收。此外,类似德国《反不正当竞争法》第8条确定的个人或团体的禁止令之诉也能起到维护实质正义的作用^[17]。

理论不足型案件的裁判是更加棘手的难题。比较典型的例子是反垄断领域的经营者集中和滥用市场支配地位案件。尽管目前我国市场经济秩序的主要改革包含了行政垄断在内的不当干预,但随着市场经济的不断繁荣,经营者集中和滥用市场支配地位必将成为破坏市场经济秩序的主要行为。表面上看,经营者集中和滥用市场支配地位的司法裁判难以发挥作用是由于起诉动机不足造成的,但在竞争比较激烈的市场

领域,经营者集中造成更强势的主体出现,相关市场中的其他主体必然具有提起诉讼的动机,更不必说滥用市场支配地位的情形。之所以经营者集中问题尚无典型司法案例可寻、滥用市场支配地位情形只有“奇虎360”案等少数案件具有影响力,一个重要的原因在于市场主体并不知道该如何在诉讼程序中主张自身的权利。特别是经营者集中案件,仅因果关系的证明就需要耗费大量的成本,从而阻塞了市场主体起诉的通道。

3. 难点突破:司法裁判在理论不足型案件中的作用发挥

以其他垄断行为为对象进行考察,理论上的不足则表现得更加明显。例如,涉及技术性较强的产品时,技术市场就成了需要考虑的重要因素,简单地依靠传统方法聚焦“产品”层面,很容易错误地扩大相关市场,进而错误地估计市场力量,从而无法规制垄断行为;再比如,不正当的低价销售行为,其判断的标准究竟是低于总成本?还是边际成本?亦或是平均成本?理论上的不足严重地阻碍了诉讼机制的发挥,最终只能交由执法机关进行“自由裁量”。

如何审理理论不足型案件似乎是一个“鸡生蛋、蛋生鸡”的问题——如果要形成契合市场经济需求的理论,就要面向个案、面向现实,进入司法的场域进行知识生产;但理论的不足又阻塞了市场主体的起诉路径,司法程序难以开启。尝试行政机关提起诉讼的途径才能解决问题。首先,行政机关作为市场经济秩序的维护者,在信息获取上具有一定能力,并且职责的要求使其具备较强的诉讼动机;其次,审判过程中,相关市场主体可以作为第三人参加诉讼提供意见,并发挥专家学者、其他“法庭之友”的作用;最后,法官应当注重产业组织经济学理论的应用,同时注重经验观察、社会实验方法的运用,从而形成契合市场经济规律的规制理论。实力悬殊型案件的裁判对弱势群体利益的维护作用十分显著,而对理论不足型案件,司法裁判则是发掘理论、形成地方性知识的最佳场域。作为司法裁判参与者的行政机关,不论以什么样的身份参加诉讼,都能极大地提高司法裁判的效率。通过司法裁判过程的参与,执法主体无疑也接受了有关知识、理论的指引,加深了对市场经济秩序的理解,提高了具体知识的应用能力,进而制定出科学合理的市场规则,形成“双赢”的格局。

五、结语

本研究试图以司法裁判克服行政主导型市场规制模式的弊端。在该模式下,市场规制是国家干预经济的工具,与之相关的市场规则应当由负责规制的行政机关予以制定。实际上,市场规则是市场主体交互影响的产物,这种交互影响突出体现在司法裁判构建的开放式场域中。同时,司法裁判也为规则实施提供了另一种途径。通过司法裁判作用的发挥,政府权力得以制约,市场主体的利益也能得到充分的维护。当然,发挥司法裁判的重要作用并不能一概否定规制活动的重要意义,如风险规制等领域的政府规制就应当强化,食品药品等专业领域的政府规制措施亦有优化的空间。

注 释:

- ① 上海、北京等地市的地方政府对网约车的经营制定了准入限制,设置了司机户籍、车辆轴距排量等方面的准入标准。
- ② 我国光伏产业的产能过剩就与各地政府先后对该产业的大量补贴有关。积极引导行为的错误示范效应和对市场经济的不利影响可见一斑。
- ③ 如《立法法》第六十五条规定了国务院根据宪法和法律,制定行政法规。行政法规可以就下列事项作出规定:(一)为执行法律的规定需要制定行政法规的事项;(二)宪法第八十九条规定的国务院行政管理职权的事项。第八十二条规定了地方政府规章可以就下列事项作出规定:(一)为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项;(二)属于本行政区域的具体行政管理事项。

- ④ 《工商行政管理机关制止滥用行政权力排除、限制竞争行为的规定》(2010年12月31日国家工商行政管理总局令第55号公布),第三条。
- ⑤ 《关于滥用知识产权的反垄断指南(征求意见稿)》的“相关市场界定”部分引入了“相关技术市场”的概念:“相关技术市场是指行使知识产权所涉及的技术和具有替代关系的技术之间相互竞争所构成的市场。判断技术的可替代性可以考虑的因素包括技术属性、用途、许可费、知识产权时间期限及其需求者转向其他可替代性技术的可能性及成本等。”这样的条文最多只提供了相关技术市场认定的大致框架。
- ⑥ 该稿第十四条规定:“经营者不得实施其他损害他人合法权益,扰乱市场经济秩序的不正当竞争行为。前款规定的其他不正当竞争行为,由国务院工商行政管理部门认定。”该规定在第二稿和最终稿中都被删除。
- ⑦ 理想的状态下,应当对行政主体的规则制定活动进行事前和事中监测与管理,使其符合市场经济的发展需求,但这一点几乎是不可做到的。因此此类规则制定活动只能通过事后监督的方式进行纠正。
- ⑧ 对第二条属性的认定,有以下几种学说:一般条款说,邵建东.反不正当竞争法中的一般条款[J].法学,1995,(02):33-35;法律概念说,胡康生.中华人民共和国反不正当竞争法释义[M].北京:法律出版社,1994:7;有限的一般条款说,孔祥俊.反不正当竞争法新论[M].北京:人民法院出版社,2001:210-211;有限的法律概念说,刘继峰.“反不正当竞争法的‘不可承受之轻’——兼论一般条款的缺失及原则受限的改进”[J].北京化工大学学报,2010,(3):22-26,学界通说认为其属一般条款。

参考文献:

- [1] 理查德·斯图尔特.美国行政法重构[M].沈岷,译.北京:商务印书馆,2002:11.
- [2] 李昌麒.经济法理念研究[M].北京:法律出版社,2009:132.
- [3] 薛克鹏.经济法基本范畴研究[M].北京:北京大学出版社,2013:134-135.
- [4] 郑永流.法律思想的律动[M].北京:法律出版社,2003:46.
- [5] 王贵松.行政裁量的内在构造[J].法学家,2009,(2):31-40.
- [6] 沈岷.风险规制与行政法新发展[M].北京:法律出版社,2013:83.
- [7] 张守文,于雷.市场经济与新经济法[M].北京:北京大学出版社,1993:70.
- [8] 田国强.供给侧结构性改革的重点与难点——建立有效市场和维护服务型有限政府是关键[J].人民论坛,2016,(14):22-32.
- [9] 郭传凯.共享经济属性的回归与网约车监管思路的选择[J].山东大学学报(哲学社会科学版),2017,(3):82-88.
- [10] 赵红梅.经济法的私人实施与社会实施[J].中国法学,2014,(1):177-195.
- [11] 郭传凯.互联网平台企业合并反垄断规制研究——以“滴滴”、“优步中国”合并案为例证[J].经济法论丛,2018,(1):408-442.
- [12] 郭传凯.走出网络不正当竞争行为规制的双重困境[J].法学评论,2020,(4):144-155.
- [13] 李俊峰.公平竞争自我审查的困局及破解[J].华东政法大学学报,2017,(1):118-128.
- [14] 金善明.反垄断行政解释的反思与完善[J].法律科学,2014,(1):80-88.
- [15] 卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥,译.北京:商务印书馆,2003:246.
- [16] 徐国栋.客观诚信与主观诚信的对立统一问题——以罗马法为中心[J].中国社会科学,2001,(6):97-113.
- [17] 吴泽勇.德国团体诉讼的历史考察[J].中外法学,2009,(4):589-617.

(责任编辑:彭晶晶)