

## 比例原则在公平竞争审查例外制度运行中的适用

黄 军\*

---

**内容提要：**公平竞争审查例外制度的具体实施离不开相应的法律原则作为指引，其中最为关键也最为重要的当属比例原则。在比例原则的基本内容架构方面，有必要在传统“三阶理论”之中导入新的子原则——“目的正当性原则”，借以确立起“四阶理论”。在公平竞争审查例外制度运行过程中，引入比例原则事实上不仅具有必要性，而且也具有相应的合理性。比例原则在公平竞争审查例外制度运行中的具体展开需要着重处理好如下四个层面的内容：一是政策措施的目的正当性审查；二是政策措施之于目的的适当性审查；三是政策措施之于目的实现的必要性审查；四是政策目的实现与竞争损害之间的均衡性审查。

**关键词：**公平竞争审查 例外制度 比例原则

---

一项法律制度的实施往往离不开相应的法律原则作为指引，这很大程度上与法律原则自身的性质及其特征不无关系。就性质方面来看，一般认为，法律原则是构成法律规则基础或者来源的综合性、稳定性的原理与准则。在此基础上，有学者进一步形象地比喻，如果将法律规则视为法律的“细胞”，那么法律原则便构成了法律的“灵魂”。<sup>〔1〕</sup>就特征层面而言，法律原则大致具有如下特征：一是覆盖范围的宽泛性；二是宏观层面的指导性；三是高度的稳定性。<sup>〔2〕</sup>具体到公平竞争审查例外制度运行语境之中，尽管现有规范层面并未明文规定应当遵循哪些基本原则，但这并不意味着其实施过程无需相应的法律原则作为内在指引。正如经济合作与发展组织的监管组织改革报告所指出的：“作为一般改革战略，政府应该扩展竞争政策有效性和适用范围。应该重新审视竞争机构和竞争法的有效性和适用范围，必要时应对此加以强化。”<sup>〔3〕</sup>事实上，鉴于我国公平

\* 黄军，青岛大学法学院讲师。

〔1〕 参见李龙主编：《法理学》，武汉大学出版社2011年版，第127页。

〔2〕 参见张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社2001年版，第55页。

〔3〕 OECD Competition Assessment Toolkit, available at <http://www.oecd.org/daf/competition/98765436.pdf>, last visited on Feb. 20, 2020.

竞争审查例外制度自身具有的高度不确定性,加之现有自我审查模式可能引致的滥用风险,准确厘定这一制度运行的基本原则不仅殊为必要,也颇具现实意义。某种程度上,通过归纳与提炼例外制度实施的基本原则,也可以为今后进一步构建与完善科学的公平竞争审查制度体系奠定较为坚实的理论基础。虽然公平竞争审查例外制度运行过程需要依循的基本原则并非是单一指向,但在本文看来,其中最为关键的也最为重要的原则当属比例原则。

## 一、比例原则在公平竞争审查例外制度运行中的前提厘定

在具体阐述比例原则作为公平竞争审查例外制度运行约束原则的具体理由之前,有必要对“比例原则”这一范畴的理论意涵及其基本架构加以简要介绍,从而奠定相应的认识基础。

众所周知,作为发端于德国公法领域的一项重要法律原则,比例原则素有“皇冠原则”(“帝王条例”或者“第一条例”)之称,其具有的重要意义不言自明。从发生学意义上来看,比例原则的最初确立,很大程度上针对的是警察权的滥用问题,即旨在对警察权力行使施加相应的约束与限制,也就是要求警察权力须以对人民权利侵害最小的方式行使。在此基础上,该原则开始逐渐扩展延伸至行政法与宪法等其他领域。在一般意义上,比例原则指涉的是有关公权力(可能是立法、司法与行政行为)限制基本权利的目的与所采取的手段之间是否合乎相当的比例。<sup>〔4〕</sup>进一步结合该原则的内部构成要素来看,目前学界的主流观点是传统的“三阶理论说”,亦即主张比例原则的内容实际上依次涵盖了三项具有递进关系的子原则——适当性原则、必要性原则与均衡原则。详细而言,其中适当性原则,也称“妥当性原则”或者“合目的性原则”,其是从目的导向维度对公权力提出的要求,也就是公权力的行使应该有助于实现目的;必要性原则,也称“最小损害原则”或者“不可替代性原则”,是指在追求目的实现的过程中,公权力的行使应当择取对人民权利侵害最小的方式进行;均衡性原则,又称“狭义的比例原则”或者“相当性原则”,是指在符合适当性原则与必要性原则的基础上,为了达致相关目的所采取的手段虽然是必要的,但不能因之给人民造成过重的负担,从而损害其他应当受到保护的法益。就目的与手段的关系来说,该原则本质上便是要求公权力手段运用所带来的公益与其所造成的损害之间具有比例性。<sup>〔5〕</sup>

随着理论研究的不断深化,尤其是通过结合相关实践个案的引入分析,当前国内外已经有部分学者就传统意义上比例原则内容构成的“三阶理论”提出了质疑与批判,进而主张对该原则加以适度修正与重构。<sup>〔6〕</sup>其中,备受理论界与实务界关注的主张便是在比例原则之中导入一项新的子原则——“目的正当性原则”,并将其置于四项子原则之首,从而构建起由目的正当性原则、

〔4〕 参见陈新民:《德国公法学基础理论》(增订新版·上卷),法律出版社2010年版,第418页。

〔5〕 参见刘权:《目的正当性与比例原则的重构》,载《中国法学》2014年第4期。

〔6〕 就国内来看,目前涉及“四阶理论”的代表性文献有:刘权:《行政判决中比例原则的适用》,载《中国法学》2019年第3期;蔡宏伟:《作为限制公权力滥用的比例原则》,载《法制与社会发展》2019年第6期;蒋红珍:《目的正当性审查在比例原则中的定位》,载《浙江工商大学学报》2019年第2期;杨登峰:《从合理原则走向统一的比例原则》,载《中国法学》2016年第3期。就国外相关研究来看,赞成比例原则“四阶理论”的代表性文献有:Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitation*, Cambridge University Press, 2012, pp. 529 - 548; Rivers, Julian, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, 65 (1) *The Cambridge Law Journal*, 174 (2006); Urbina, Francisco J, *A Critique of Proportionality*, 57 (1) *The American Journal of Jurisprudence*, 49 (2012).

适当性原则、必要性原则与均衡性原则所组成的“四阶理论”。具言之，所谓目的正当性原则是指在依据比例原则审查手段是否契合目的之前，首先应当审查该目的自身是否具有正当性，并将其作为一项独立的审查步骤加以对待。<sup>〔7〕</sup>在理据支撑方面，尽管在形式上认可比例原则“四阶理论”的学者进行了不同的阐述，但归纳其理由主要如下：首先，在一般意义上，目的正当是行为正当的逻辑起点与基本前提。换言之，只有目的正当，才能产生正当的行为；反之，在不正当目的指引下而实施的行为自然不会是正当的。<sup>〔8〕</sup>有学者进一步从宪法维度切入并指出，限制宪法权利的目的并不具有天然正当性，只有符合宪法所确认的限制目的前提下，相应的法律限制才可被认定是正当的。<sup>〔9〕</sup>其次，就逻辑体系与功能实现层面而言，如果比例原则之中缺少目的正当性原则，而是选择以适当性原则作为整个规范框架适用的起点，那么无异于“对整个论证框架和逻辑体系进行‘截流’”<sup>〔10〕</sup>。如此一来，其不可避免将会对比例原则预期功能的达成造成不利影响。另外，在比例原则中的适当性原则之前加入目的正当性原则的做法契合了实质法治的发展趋势及其基本要求。最后，从比较法维度来看，有关比例原则逻辑结构的“四阶理论”在不同程度上也得到了国家司法实践的认可与支持，<sup>〔11〕</sup>即在适用比例原则过程中往往会对目的正当性加以审查。

通过以上简要论述可以看到，尽管目前学界对于比例原则的基本意涵总体上已经形成了共识，但是对于这一原则的具体内容或者说逻辑结构却存有一定的意见分歧，其主要表现为“三阶理论说”与“四阶理论说”之争。就本文而言，笔者更倾向于采纳后一种观点，也就是坚持“四阶理论”的比例原则。原因在于，在性质上，作为一项涉及公权力的手段与目的适当性的评价工具，比例原则理应兼顾目的与手段的双重正当性，而不可偏废其一。若依此标准来审视，三阶比例原则的不足之处便在于仅重视了手段层面的正当性，却忽视了目的层面的正当性。目前学界也有一种代表性观点认为，传统意义上的三阶比例原则与四阶比例原则实际上并无本质差别，因此主张比例原则之中并无必要引入目的正当性原则。其理由在于：一方面，作为我国行政法的基本原则，依法行政的基本要义之中已然涵括行政行为目的的合法性，也就是说，其预设目的本身就是正当的；另一方面，在适用比例原则过程中，借助其中的子原则——均衡性原则也可判定目的正当性。<sup>〔12〕</sup>但在本文看来，前述两方面的理据阐发实际上均是值得进一步推敲的。详言之，应然层面的目的正当性不等于实然层面的目的正当性。虽然依法行政原则从形式上要求公权力行使目的应当具有正当性，但这并不意味着具体实践层面公权力行使目的的真实情况即是如此。而认为均衡性原则之中已经隐含判定目的正当性的内容这一观点，实则也是对这一子原则意涵的误读。如前所述，均衡性原则最为主要的目标在于解决公权力行使的手段与目的之间的比例相称性问题。基于以上论述，确立涵括目的正当性这一子原则的四阶比例原则也就顺理成章。

〔7〕 参见前引〔6〕，蒋红珍文。

〔8〕 参见前引〔5〕，刘权文。

〔9〕 参见范进学：《论宪法比例原则》，载《比较法研究》2018年第5期。

〔10〕 前引〔6〕，蒋红珍文，第58-59页。

〔11〕 参见前引〔6〕，刘权文。

〔12〕 参见崔梦豪：《比例原则在行政诉讼中的适用——以28个典型案例为分析对象》，载《财经法学》2019年第2期。

## 二、比例原则在公平竞争审查例外制度运行中的必要性与合理性

在公平竞争审查例外制度运行过程中,主张明确引入比例原则并非是出于顺应该原则日渐显现普适化趋势的考量,其不仅具有必要性,而且也具有内在合理性。

### (一) 必要性维度

就公平竞争审查例外制度而言,如果其依据现有规范便可以良性有序地运作,那么此时主张辅之以比例原则便是毫无意义的。在公平竞争审查例外制度运行中,主张引入比例原则既是基于对该制度所具有的重要性的基本认知,也是基于对其局限性的准确把握。以下详细述之。

其一,公平竞争审查例外制度的重要性。其可从如下两个维度作出具体解读:就制度之间的相互关系来看,作为公平竞争审查制度整体框架的有机构成部分,例外制度无疑会对公平竞争审查常规制度的具体落实产生重大影响。在某种意义上甚至可以说,公平竞争审查常规制度的有效运行将部分取决于例外制度的适用情况。原因在于:在理论上,公平竞争审查常规制度具有普遍性,相关规范应当普遍适用于审查过程之中;而作为对常规制度的背离,公平竞争审查例外制度所提供的行为模式恰恰与常规制度所提供的行为模式是相互对立的。<sup>[13]</sup>在此情形下,公平竞争审查例外制度将在特定范围内排除常规制度的有效适用。从这个意义上来说,如果将公平竞争审查常规制度比作一张“过滤网”的话,那么公平竞争审查例外制度的存在将会直接影响该过滤网口的口径大小(即审查范围的宽窄),从而最终影响整个审查工作的有效实施与顺利推进。就制度本身而言,公平竞争审查例外制度的重要性事实上也可透过规范文本层面的立法旨趣得以彰显。作为一项基于目的导向而设计出来的特殊制度类型,一个显见不争的事实是,立法者设置公平竞争审查例外制度主要意在维护特定情形下的国家利益与社会公共利益。

其二,现有公平竞争审查例外制度的局限性。此处的局限性,主要指向的是公平竞争审查例外制度面临的滥用风险。之所以会出现此种滥用之虞,主要是源于如下几个方面的因素:(1)例外制度自身的模糊性与不确定性。具言之,公平竞争审查例外制度的不确定性很大程度上与相关概念表述的抽象性紧密关联。就目的指向层面来看,在我国现有公平竞争审查例外制度框架之中,无论是整体意义上的“国家利益”与“社会公共利益”,还是具化层面的“国家经济安全”“文化安全”“扶贫开发”“救灾救助”以及“节能环保”等,这些概念范畴在理论意涵与具体外延方面并非清晰无争,恰恰相反,均带有不同程度的不确定性。以其中的“社会公共利益”为例,虽然结合现有制度语境,其含义可以被进一步限缩为各类非经济性的社会政策目标,但此种不确定性显然并未得到有效消除。这样一来,在认识论维度上,不同的审查主体对于政策措施是否符合社会公共利益便有可能存有差异化的看法。<sup>[14]</sup>就具体的限定要件而言,公平竞争审查例外制度中的“对实现政策目的不可或缺”以及“不会严重排除和限制市场竞争”也并不是毫无争议的。(2)自我审查模式可能诱发的制度套利现象。在一般情形下,有学者指出,现有公平竞争

[13] 参见易军:《原则/例外关系的民法阐释》,载《中国社会科学》2019年第9期。

[14] 参见应品广:《公平竞争审查制度:中国竞争政策的重大创新》,载王先林主编:《竞争法律与政策评论》(第2卷),上海交通大学出版社2016年版,第20页。



审查的自我审查模式实则蕴含着两方面的悖论式困局：一是基于能力不足而无法审查；二是基于激励扭曲而不愿审查。<sup>〔15〕</sup>与前述情况迥然有别的是，就公平竞争审查例外制度而言，自我审查模式的确立可以说极大地顺应了地方（部门）保护主义以及地方（部门）利益优先考量的需要。在此背景下，不得不让人担忧的是，公平竞争审查例外制度是否会沦为地方政府的套利工具。这一问题无疑值得加以重视。（3）现有竞争机制的不完善性。除了以上两方面因素之外，我国竞争机制的不完善性也是造成例外制度可能被滥用的重要诱因。有学者将此种竞争机制的不完善性进一步归纳为竞争法治的不健全，尤其是与之相应的法律责任设计层面的缺陷、经济体制运行仍然深受计划经济的影响以及竞争文化的薄弱性三个方面。<sup>〔16〕</sup>作为我国竞争机制的重要组成部分，公平竞争审查例外制度无可避免会受到前述不完善性的消极影响，如此一来，也就不难理解这一例外制度所面临着的滥用风险。

综上所述，一方面，公平竞争审查例外制度具有其自身的重要影响与现实意义；另一方面，囿于当前多方面因素的影响与制约，这样一项特殊的制度安排又面临着较大的滥用风险。于此情形下，除了法建构论意义上的制度完善之外，不可忽视的现实做法便是通过引入或者明晰制度适用的基本原则对这一制度运行过程加以合理控制与有效约束，以避免可能出现的例外滥用情形。而在这一过程中，比例原则恰好可以有针对性地发挥其所具有的相应调节功能。从这个意义上来说，主张公平竞争审查例外制度的实施应当受到比例原则的约束具有必要性，这与该制度自身的重要性及其存在的局限性可谓息息相关。

## （二）合理性维度

在公平竞争审查例外制度运行中，之所以认为明确比例原则这一约束性原则有其合理性，这主要是出于对比例原则与公平竞争审查例外制度两者内在契合性的深层次考量。具体而言，此种契合性主要体现为如下四个方面。

一是利益衡量层面的相通性。此处的相通性，是指公平竞争审查例外制度与比例原则均重视与强调利益衡量。具体而言，若从立法技术层面来审视，与其他例外制度相类似，公平竞争审查例外制度也可被解读为基于增强制度适用性、灵活性与生命力的制度设计。但是若从利益层面而言，这一例外制度的生成实则是立法者经过相关制度利益衡量之后作出的理性选择与实在化产物。正是在这个意义上，有学者在阐述有关社会公共利益的公平竞争审查例外制度时提到，在现有制度框架之下，立法者既确立禁止政府反竞争行为的常规规范，同时又设置与之相应的例外规范，这一制度设计就是在权衡经济性社会公共利益与非经济性社会公共利益两者冲突之后的产物。<sup>〔17〕</sup>具言之，在一般情形下，公平竞争审查常规制度具有普适性，政府拟制定或者出台的涉及市场主体经济活动的有关政策措施均应当进行公平竞争审查，亦即常规制度针对现有审查对象具有普遍的适用效力。进一步来说，这样一种常规制度安排的目的在于规范与约束政府行为，以尽量减少其对市场的过度干预与不当干预，从而促进市场公平竞争价值目标的达成。而在利益属性

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

〔16〕 参见孙晋、钟原：《竞争政策视角下我国公平竞争审查豁免制度的应然建构》，载《吉首大学学报》（社会科学版）2017年第4期。

〔17〕 参见翟巍：《公共利益豁免标准的解释与重构——以公平竞争审查为视角》，载《法律方法》2018年第2期。

方面,此种竞争价值利益目标可以归类为经济性社会公共利益。然而在有些情况下,出于维护国家利益或者非经济性社会公共利益的内在需要,适度允许政府干预市场行为的存在不仅是必要的,而且也有其现实的合理意义。这样一来,立法者便有必要在公平竞争审查制度文本之中为例外性规范预留出相应的调整空间。由此可见,公平竞争审查例外制度实则是利益衡量的必然产物。与之相对应的是,比例原则与利益衡量之间事实上也有着密不可分的联系。这可从不同维度作出诠释:首先,从逻辑构成方面来看,无可否认的是,比例原则之中已经蕴含利益衡量的内容。析言之,比例原则之中的均衡性原则也称利益衡量原则,其针对的是目的与手段的关系协调问题,主要是对受到保护的利益与可能遭受损害的利益加以衡量。<sup>〔18〕</sup>其次,从具体适用层面来看,比例原则之中的利益衡量事实上也具有必然性。究其原因,其可归因于如下两个方面:一是公法领域的利益冲突具有客观性;二是利益衡量之于利益冲突的解决具有必要性。<sup>〔19〕</sup>通过以上分析可以看到,公平竞争审查例外制度与比例原则在利益衡量方面存有显著的共通性。

二是运行程式的一致性。所谓运行程式的一致性,指涉的是公平竞争审查例外制度与比例原则两者在适用步骤与逻辑进路方面所具有的共同之处。就前者而言,根据国务院发布的《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》(以下简称国务院《意见》)以及五部门发布的《公平竞争审查制度实施细则(暂行)》[以下简称《实施细则(暂行)》]的相关规定,有关公平竞争审查例外制度的具体实施大体上可细化解析为如下几个阶段:第一步,识别具有排除限制竞争后果的政策措施是否符合法定的目的指向——国家利益或者社会公共利益,诸如国家经济安全、文化安全、涉及国防建设/扶贫开发/救灾救助等、节约能源资源以及保护生态环境等利益目标;第二步,判定有关政策措施是否有助于达成前述正当性目的,即现有规范文本中所述及的“相关政策措施对实现政策目的不可或缺”;第三步,在前述基础上,考察符合正当目的性的此类政策措施对市场竞争造成的损害情况,也就是要求“不会严重排除和限制市场竞争”。就后者而言,按照本文所支持的四阶比例原则理论,比例原则的具体落实需要严格遵循如下适用次序,即目的正当性—适当性—必要性—均衡性,从而全面认定相应阶段的目的与手段是否满足相应原则的要求。显而易见,通过比对公平竞争审查例外制度与比例原则的实施进路不难发现,两者之间在这一方面具有高度的相似性。正是基于此,有学者提到,公平竞争审查例外制度的运行逻辑事实上与比例原则的基本要求之间并无二致。<sup>〔20〕</sup>由此可知,公平竞争审查例外制度与比例原则在运行程式方面呈现出明显的一致性。

三是标准的抽象性与标准细化功能的互补性。所谓互补性,其指向的是公平竞争审查例外制度适用标准的抽象性与比例原则所具有的细化标准功能之间的互补性。结合公平竞争审查例外制度的现有规范文本,何谓“国家利益”与“社会公共利益”,应当如何理解“政策措施对实现政策目的不可或缺”,以及准确解释“不会严重排除和限制市场竞争”等一系列问题,目前均缺乏一项明确且具体的判断标准。由此不难看出,现有公平竞争审查例外制度的适用标准带有明显的抽象性。毫无疑问,这样一种抽象性并不利于该制度发挥其应有的效能,在有些情况下,甚至可

〔18〕 参见张明楷:《法益保护与比例原则》,载《中国社会科学》2017年第7期。

〔19〕 参见王书成:《论比例原则中的利益衡量》,载《甘肃政法学院学报》2008年第2期。

〔20〕 参见焦海涛:《社会政策目标的反垄断法豁免标准》,载《法学评论》2017年第4期。

能会产生适得其反的效果。比例原则的适时引入则恰好可以有效解决前述问题。究其根源，这与比例原则自身的内在属性及其具有的特性有着紧密联系。正如学者所言，作为一项利益衡量的分析工具，比例原则的运作逻辑在于借助利益权衡方式探求实现目的的最为合理的手段，其最大的优点是有助于将抽象的实施标准予以具化，从而提升在具体实践层面的可操作性。<sup>〔21〕</sup>就此而言，公平竞争审查例外制度适用标准的抽象性与比例原则所具有的细化标准实施的优点之间无疑形成了良性的互补关系。

四是在限制公权力滥用方面的协调性。此处的协调性，具体是指作为限制公权力滥用的比例原则之于公平竞争审查例外制度实施可能引致的公权力滥用情形所具有的调整作用。析言之，囿于公平竞争审查例外制度现有规范文本的局限性，不论是实体标准层面的不确定性，还是程序运行层面的不健全性，该制度在实施过程中无疑会面临较大的制度滥用风险。究其实质，此种制度滥用现象所反映出来的更为深层次的内容便是公权力的滥用问题。在此背景下，为了确保公平竞争审查例外制度运行不至于偏离其设立初衷，乃至出现异化适用的情形，显然有必要对公权力行使加以适当限制。针对前述滥用问题，比例原则恰好可以发挥其自身的优势。之所以会得出此种观点，与比例原则内在蕴含的限制公权力滥用之目的不无关系。在学理意义上，通常认为，比例原则的立足点在于正当的限制基本权利。<sup>〔22〕</sup>申言之，公权力可以出于适当的目的而对基本权利进行限制，但这样一种限制要具有正当性，又必须符合比例原则之要求。不可否认，前述观点具有一定的合理性，但不足之处在于，其忽略了对比例原则之中所蕴含的限制公权力滥用的目的性内容的揭示与描述。也就是说，依据比例原则固然可以正当地限制基本权利，但反过来看，其中所牵涉的公权力行使无可避免也会受到相应的束缚与制约，这主要是指对其目的与手段加以衡量从而避免公权力滥用现象的出现。<sup>〔23〕</sup>事实上，如果能够认识到前述内容，那么就不难理解公平竞争审查例外制度与比例原则在限制公权力滥用方面的内在协调性。

### 三、比例原则在公平竞争审查例外制度运行中的具体展开

就认识论维度而言，如前所述，在公平竞争审查例外制度运行过程中，基于对这一制度本身的重要性与局限性的通盘考量，为了有效降低其所面临的较高滥用风险以及避免由此可能引发的不利后果，引入比例原则的必要性随之凸显。前述两者之间的高度契合性又进一步证立了在公平竞争审查例外制度适用领域确立比例原则的合理性。在此基础上，更为关键的则是运行论层面的问题，即如何确保比例原则在公平竞争审查例外制度具体适用层面得到有效落实，以真正发挥出其所具有的约束性功能。鉴于此，本部分将着重阐述比例原则在公平竞争审查例外制度适用中的具体展开。按照前述四阶比例原则的逻辑架构次序，其主要包括如下四个层面的具体内容。

〔21〕 参见孟雁北：《产业政策公平竞争审查论》，载《法学家》2018年第2期。

〔22〕 参见张翔：《财产权的社会义务》，载《中国社会科学》2012年第9期；郑晓剑：《比例原则在民法上的适用及展开》，载《中国法学》2016年第2期；〔德〕安德烈亚斯·冯·阿尔诺：《欧洲基本权利保护的理论和方法——以比例原则为例》，刘权译，载《比较法研究》2014年第1期。

〔23〕 事实上，目前学界也有观点认为，比例原则并非立足于正当的限制基本权利，而是寄生于一种“限制公权力滥用”的观念。参见前引〔6〕，蔡宏伟文。



### （一）政策措施的目的正当性审查

所谓政策措施的目的正当性审查，依循四阶比例原则的逻辑结构与分析进路来看，是指在公平竞争审查例外制度适用过程中，审查主体在第一阶段首先需要对政府制定或者出台的有关政策措施的目的指向及其正当性加以考察与判定。从功能维度来说，在审查实践中，主张对有关政策文件的目的及其正当性加以审查，除了确定相关政策措施表象背后的真正目的以外，更为重要的是，审查主体还可以借此对具有不同目的指向的政策措施采取有针对性的应对举措。简言之，当政策措施符合目的正当性要求时，公平竞争审查例外制度的适用程序得以继续推进；相反，若其目的本身便缺乏正当性，那么此时例外制度便无“用武之地”。通过以上简要论述不难看出，有关政策措施目的正当性审查的基本运行架构实际上可进一步划分为下述两个呈现递进关系的具体环节。

第一，相关政策措施目的确定。在逻辑关系上，确定目的是评价目的正当性的前提与基础。反言之，在未有确定目的或者目的指向不明的情况下，目的正当性认定也就无从谈起。从这个角度上来说，在适用公平竞争审查例外制度过程中，要对相关政策措施的目的正当性进行审查，首先需要采取的举措便在于准确厘定政策措施内部所蕴含的真实目的。需要指出的是，此处的“真实目的”指涉的是政策制定机关在制定各类涉及市场主体经济活动的政策措施时所欲实现的目的。结合现实层面来看，要有效查明某一政策措施的真正目的并不是一件容易的事情。在这一过程之中需要注意处理好如下几个不容回避的问题：一是有关规范文本层面的政策目的（即所谓的“明示的目的”）与政策真实目的的区分问题。毋庸讳言，直接将政策的明示目的与真实目的予以等同的做法无疑是值得商榷的。因为明示的目的有可能仅仅是名义上的目的，其背后隐藏着的真正目的可能有其他所指。二是有关政策明示目的缺失或者不明情形下的真实目的查明问题。事实上，政策制定机关有时在规范文本层面并未对政策目的作出明确规定，或者有关的目的表述本身并不明晰，此时便有必要综合考虑政策制定时其他方面的因素，诸如具体的条文规定、政策出台的相关背景资料、政策实施后的行为内容等，进而推断出其真实目的之所在。<sup>〔24〕</sup>例如，在澳大利亚的公平竞争审查实践中，便会借助诸如国会针对有关立法的审议发言、管制机关出具的管制计划或工作报告、法律实施部门的相关发言等方面来确定其立法目的。<sup>〔25〕</sup>三是多重目的交融情形下的政策真实目的确定问题。通常来说，某一政策所欲追求的目标往往并不是单一指向的，而是会涉及多元的目标层次。基于目的重要性或者所处位阶之考量，此时确定该政策的真实目的则主要借助对在其中居于主导性地位或者决定性地位的目的进行甄别来完成。

第二，相关政策措施目的正当性的判定。在弄清某一政策措施的真正目的基础上，更为重要的是，审查主体还应当对目的是否具有正当性作出进一步判断。

要对政策目的进行正当性评判，评价标准便不可或缺。结合现有公平竞争审查例外规定来看，除了兜底性条款以外，此种目的正当性的评价标准主要包括如下两大类：一是涉及国家利益的标准，具体包括国家经济安全、文化安全或者涉及国防建设等标准，其主要是根据政策目的与

〔24〕 参见前引〔5〕，刘权文。

〔25〕 参见王磊：《比例原则下公平竞争的深入审查》，载《西安交通大学学报》（社会科学版）2017年第6期。



国家利益的契合性来进行目的正当性认定。二是涉及非经济性社会公共利益的标准，具体涵盖扶贫开发、救灾救助、节约能源资源以及保护生态环境等标准，其主要是通过审查相关政策目的是否符合非经济性社会公共利益需要进而作出界定。就此而论，在公平竞争审查例外制度运行场域之中，审查某一政策措施的目的正当性与否，关键在于考察与检验政策目的是否可以被涵括于有关国家利益或者社会公共利益的概念范域之内。当然在这一过程中，政策目的正当性判定不应脱离于现实背景而陷入纯粹理论层面的分析，而必须强调与凸显正当目的的实在性。这样一来，符合正当目的且其真实存在的政策措施便可进入公平竞争审查例外制度适用的下一项审查环节；相反，如果政策目的虽具正当性但并不具有实存性，那么例外制度适用就随之终止。

## （二）政策措施之于目的的适当性审查

在完成目的正当性前提审查的基础上，接下来需要采取的步骤便是借助适当性原则来对政策措施的手段与目的之间的关系加以审查，即进一步考察所制定的政策措施是否有助于正当目的的达成。就意图来说，适当性审查的本质是检验政策措施手段与目的之间有无实质关联性。

在审查标准方面，当前针对适当性审查实际上存有“主观适当性”与“客观适当性”两种截然不同的理论观点。具体而言，所谓主观适当性审查标准，也称事前的适当性审查标准，是指基于对立法者事先的主观预测层面的审查进而判断其是否满足适当性的标准；而客观适当性审查标准，也称事后的适当性审查标准，其指涉的是依据客观的实际效果层面来认定相关政策措施的适当性。具体就公平竞争审查例外制度适用领域而言，本文认为，较为妥当的做法应当是择取主观适当性审查标准。也就是说，政策制定机关在制定相关政策措施时，经过综合判断后预测其中所涉及的手段能够实现或者有助于实现正当性目标，此时便应当认定其符合比例原则中有关手段与目的的适当性要求。之所以会有此主张，理由在于：其一，采用主观适当性审查标准并不会背离公共政策领域中理性决策理论的基本要求。在制定公共政策过程中，按照理性决策理论的核心要义，一项合理的决策大致涵括如下四项步骤：一是确定目标；二是设想能够达成目标的各种手段；三是对可供选择的各种方案可能引致的后果加以评估；四是选择能够实现目标的最优方案。<sup>〔26〕</sup> 依此理路，择取主观适当性审查标准显然与理性决策之间并不相悖。其二，在适当性审查过程之中，要求政策制定机关从客观层面来验证政策之于目的实现效果的做法显得过于严苛。究其缘由，除了审查主体自身认知能力的有限性以外，更为关键的是，现实的社会经济环境并非一成不变，政策实施后的外部环境与政策制定时的特定背景相比有可能已经发生了较大变化，而这又极有可能导致原先作出的目标设定最终无从达成。于此情形下，纯粹依据客观的实际效果来审查政策手段与目的之间的适当性，这对于政策制定机关而言显然是有失公允的。

当然，在公平竞争审查例外制度运行过程中，依据主观适当性标准来审查政策措施之于目的实现的适当性时，其也有必要受到一定程度上的限制。归纳而言，本文认为，有如下两方面问题尤为值得重视：一是不应当允许政策制定机关对事实预测存在明显的错误或者疏失。当出现显而易见的疏漏时，事实上可以反过来证明政策制定者的事实预测已经偏离了其应有的基本判断力。也正是基于此，有学者在阐述产业政策的公平竞争审查时提到，如果产业政策措施之于正当性目

〔26〕 参见殷明：《行政立法的合理性审查：中国语境下的路径选择》，载《江淮论坛》2015年第4期。

标的实现之间并不存在任何的逻辑关联性,此时政策机关对于目的实现的事实预测显然是无从成立的,那么该产业政策自然也就失去了存在的合理性。<sup>〔27〕</sup> 二是有必要强调政策制定机关所进行的事实效果预测的客观证据印证性。换言之,在进行适当性审查时,政策制定机关对于政策措施手段之于目的实现有效性的预测应当提供相应的客观证据作为支撑,包括预测过程中充分运用科学的分析方法,以及借助调查研究、召开听证会、专业讨论会等具体展开方式等。<sup>〔28〕</sup> 这样一来,也能较好地弥补主观适当性审查标准自身所面临的局限性。

### (三) 政策措施之于目的实现的必要性审查

在适当性审查的基础上,紧随其后的步骤便是进行必要性审查。在公平竞争审查制度分析语境下,必要性审查也就是审查有关政策措施之于正当性目的实现是否逾越必要限度,是否采取的是对市场竞争损害最小的实施方式。值得一提的是,主张在公平竞争审查例外制度适用中贯彻此种必要性审查,事实上也与现有例外制度本身所存在的问题不无关系。结合规范文本层面来看,无论是国务院《意见》还是《实施细则(暂行)》的相关规定,其中关于例外制度适用构成要件所确立的是“非严重性竞争损害原则”,即现有规定中所述及的“不会严重排除和限制市场竞争”。与之有所不同的是,域外不少发达经济体(包括澳大利亚、欧盟、韩国以及日本等)有关公平竞争审查立法在这一方面采纳的则是“最小竞争损害原则”(也称“最小程度干预竞争原则”),即要求不存在对市场竞争损害更小且能够达成相同目标的替代性选择。在此背景下,有学者担忧,我国现有的公平竞争审查例外制度安排有可能会作为整体意义上的公平竞争审查制度的实施效果大为减损。<sup>〔29〕</sup> 基于此,为了尽可能限缩公平竞争审查例外制度的适用范围,对其适用予以必要性审查的重要意义随之显现。

落实到具体制度运行层面,所谓必要性审查也就是考察与验证例外适用情形是否满足如下两方面的基本要求:一是该政策措施属于能够达致正当性目的(包括有关国家利益与社会公共利益)所必要之手段;二是在现有可供选择的手段范围内,该政策措施所择取的手段对于市场竞争所造成的损害程度最小。<sup>〔30〕</sup> 必须指出的是,针对最小竞争损害不应作出绝对化的理解。就现实层面而言,其并不要求是绝对意义上的最小损害,而主要是一种可能范围内的相对最小损害。当然这样一种政策措施的必要性审查也有一些更为具化的审查标准与实施方式。例如有学者提到,市场准入后的管制优于市场准入前的管制、负担性管制优于禁止性管制、信息供给优于价格管制以及短期管制优于长期管制等。<sup>〔31〕</sup> 应当承认,前述审查标准具有一定程度的合理性与可行性,但在个案之中,要准确判定政府出台的政策措施之于市场竞争损害程度是否最小,事实上仍然离不开对其所产生的限制竞争效应的性质与程度展开深入分析。

### (四) 政策目的实现与竞争损害之间的均衡性审查

作为比例原则适用的最后一个环节,均衡性审查指涉的是分析目的达成与其造成损害之间是否

〔27〕 参见前引〔21〕,孟雁北文。

〔28〕 参见刘权:《适当性原则的适用困境与出路》,载《政治与法律》2016年第7期。

〔29〕 参见叶光亮:《公平竞争审查制度:统一政府调控与市场规律的润滑剂》,载《中国价格监管与反垄断》2016年第9期。

〔30〕 参见前引〔17〕,翟巍文。

〔31〕 参见前引〔25〕,王磊文。

成比例。具体到公平竞争审查制度语境下，一方面，为了追求特定立法目标的实现，包括维护国家利益以及社会公共利益的需要，应当允许立法者通过设置公平竞争审查例外制度为某些具有排除限制竞争影响的政策措施获得豁免提供相应的规范依据；但另一方面，公平竞争审查例外制度适用并非是无边界的，其应当受到严格限制，以降低对市场竞争可能造成的不利影响。就此而言，此处的均衡性审查实际上是通过考察政策目的实现所带来的利益增进与限制竞争所引致的市场损害之间是否达致相对平衡的状态，从而确保公平竞争审查例外制度的具体运行过程不致出现泛化甚至异化情形。从这个维度来说，均衡性审查事实上也可被称为“法益平衡审查”。

在明晰这一审查步骤核心要义的前提下，在涉及公平竞争审查例外制度适用的个案中，要对政策目的实现与竞争损害之间的均衡性作出准确评估，科学且有效的分析方法显然不可或缺。在这一方面，成本—收益分析方法所具有的重要作用不容小觑。顾名思义，所谓成本—收益分析，是指对政策措施引致的成本与产生的收益之间加以分析。事实上，仅从概念意涵层面便不难看出，成本—收益分析与均衡性审查两者之间具有高度的共通性与契合性。<sup>〔32〕</sup>进一步结合比较法视角而言，成本—收益分析方法在域外国家与地区有关公平竞争审查的立法实践中也得到了不同层面的贯彻与体现，诸如澳大利亚竞争评估制度中所确立的“成本与收益分析”<sup>〔33〕</sup>以及欧盟国家援助控制制度中所涉及的“平衡测试”<sup>〔34〕</sup>等。

当然更为重要的问题在于如何具体落实成本—收益分析。在这一过程中，本文认为有必要着重处理好如下几项问题：（1）成本与收益的确定问题。从宏观层面来说，此处的成本与收益的界定也就是有效厘清公平竞争审查例外制度适用可能带来的影响，包括对例外制度法定目标达成的积极影响与对市场竞争的消极影响两个方面。就微观层面来看，要准确厘定前述积极影响与消极影响显然需要依托更为细化的分析标准。澳大利亚的相关做法通常会综合考量但不限于下述具体事项：与生态可持续发展相关的政府立法和政策；社会福利与平等要素，包括社会服务责任；与诸如职业健康与安全、产业关系、产业准入、产业平等相关的政府立法和政策；经济与区域发展，包括就业与投资增长；整体的消费者利益或者某个阶层消费者的利益；商业竞争力；资源的

〔32〕 在有关成本—收益分析与均衡性审查之间关系方面，目前理论界有两种代表性观点：一种观点认为，均衡性审查指向的便是成本—收益分析。换言之，成本—收益分析是均衡性原则的题中应有之义，或者构成其实质性内容之所在。See Dieter Grimm, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, 57 (2) *The University of Toronto Law Journal*, 387 (2007); Gelbach, Jonah B., Bruce H. Kobayashi, The Law and Economics of Proportionality in Discovery, 50 (4) *Georgia Law Review*, 1111 (2016). 与之相对应的是，另一种观点主张前述二者存有重大区别，但同时也认为，成本—收益分析是实施均衡性审查的一项重要工具。参见戴昕、张永健：《比例原则还是成本收益分析法方法的批判性重构》，载《中外法学》2018年第6期；刘权：《均衡性原则的具体化》，载《法学家》2017年第2期；蒋红珍：《比例原则阶层秩序理论之重构——以“牛肉制品进销禁令”为验证适例》，载《上海交通大学学报》（哲学社会科学版）2010年第4期；姜昕：《比例原则研究：一个宪政的视角》，法律出版社2008年版，第189页。

〔33〕 澳大利亚各级政府已经形成了共识，即立法不应当限制竞争，除非该限制所能够给整个社会带来的利益超过成本，且限制竞争是实现立法目的的唯一方式。可以看到，该规定之中已经蕴含了成本—收益分析之要求。参见徐士英：《竞争政策研究——国际比较与中国选择》，法律出版社2013年版，第180页。

〔34〕 在欧盟国家援助控制制度框架体系内，所谓“平衡测试”，是指在评估一项援助措施是否与欧盟共同市场相一致时，委员会会对其带来的正面影响（实现共同利益目标）与它可能引致的负面影响（扭曲贸易与竞争）加以权衡。参见〔意〕马尔科·克英迪奥·科拉迪：《欧洲国家援助法发展历程》，载〔美〕威廉·科瓦西奇、〔英〕林至人、〔英〕德里克·莫里斯编著：《以竞争促增长：国际视角》，中信出版社2017年版，第115页。

有效配置。<sup>〔35〕</sup> 可以看到，以上所列举的事项既涉及直接影响与间接影响，也涵盖了有形影响与无形影响。应当说，这一实践做法是相对全面的。（2）强调定量分析与定性分析的综合运用。审查主体在个案中分析公平竞争审查例外制度适用所产生的收益与成本时，若有可能，应当尽量将其影响予以量化和货币化，并通过物理单位和货币方式将之直观地呈现出来；而当这一领域内的成本或者收益难以量化时，也就是无法通过货币来体现时，更多需要的是进行定性描述。<sup>〔36〕</sup> 不难看出，定量分析固然十分重要，但其并不能完全取代定性分析，因此较为合乎理性的做法应当是坚持定量与定性并举。（3）注重发挥利益相关方的信息反馈功能。作为受到公平竞争审查例外制度适用情形直接或者间接影响的相关主体，其可以针对具有排除限制竞争影响的政策措施实施所可能产生的成本收益提供一些有价值的信息与意见。在这一方面，可以考虑借鉴域外国家在有关规制影响分析领域所普遍采用的公众咨询制度，<sup>〔37〕</sup> 这一制度在赋予公众尤其是利益攸关方以积极参与权的同时，也使得政策制定主体可以有效地听取和搜集利益可能遭受损害的相关主体的意见表达，而这无疑可以为有效开展成本收益分析提供更为广泛且充实的信息基础。

---

**Abstract:** The specific implementation of the exception system to the fair competition review is inseparable from the corresponding legal principles as a guide, and the most critical and important one is the principle of proportionality. In terms of the basic content structure of the principle of proportionality, it is necessary to introduce the principle of justification of purpose as a new sub-principle into the traditional “third-order theory”, and establish the “fourth-order theory”. In the operation of the exception system to the fair competition review, the introduction of the principle of proportionality is not only necessary, but also reasonable. As for the specific implementation of the principle of proportionality in the operation of the exception system to the fair competition review, it needs to focus on the following four levels of content: the first is the purposeful review of the policy measures; the second is appropriate review of policy measures for purpose; the third is necessity review of policy measures for the realization of the purpose; the fourth is examination of the balance between policy objective realization and competition damage.

**Key Words:** fair competition review, exception system, proportionality principle

---

（责任编辑：缪因知 赵建蕊）

---

〔35〕 参见吴浩、李向东：《国外规制影响分析制度》，中国法制出版社 2010 年版，第 103 页。

〔36〕 参见李乐：《发达国家的“监管影响评价”及其评析》，载《理论探索》2019 年第 5 期。

〔37〕 有关公众咨询制度的相关内容，可参见汪全胜：《立法成本效益评估研究》，知识产权出版社 2016 年版，第 159 页。