



# 市场与政府关系的法学解构

侯利阳

党的十八届三中全会确立了“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”的基本原则，如何在法律体系中解读市场与政府的关系成为迫切需要解决的问题。本文拟选取市场法律体系中三个最为重要的部门法——民法、竞争法、市场规制法来系统性分析市场与政府在法律层面之间的交互关系以及边界，并在此基础之上重新解读这些部门法的逻辑与关联。

## 一、作为市场基础的民法与民法的基础

现代民法经历了六法分离，从最初调整市民主体资格的工具，逐渐演变为调整财产关系的社会组织制度，并最终又发展成为市场经济的民法观念。现代民法的骨干元素有三：人法、物法、债法。虽然民法主要通过市场之手来运行，但也体现了政府干预。

人法是物法和债法的前提，无政府认可并保障的平等资格就无市场经济中的市场准入。对于自然人来说，由于天赋人权观念的强烈影响，政府对于自然人人格的干预性可能不是特别明显。但政府干预在法人上面就得到了充分的体现——只有遵循政府设置的程序性和实体性条件之后才可成为市场主体。对市场主体的干预可以直接确定市场经济的范围和规模，所以限制市场主体往往是政府进行市场规制的首选。

物法作为私法的基石，具有天然的政府干预性。为了能让财产对抗弱肉强食等负面行为，物权客观上需要政府的背书；因此，物权以法定作为基本原则。对物权的限制可以直接限定市场经济的深度和广度，再加上物权天生的政府干预性，政府在做市场规制的时候也经常采用限制物权的做法。

债法中合同法相较于人法和物法较少体现政府干预，交易的进行主要以私法自治作为原则，以保护公共利益（或者政府干预）作为例外。但侵权法则代表了较多的政府干预。尤其是现代民法中的无过错责任在很大程度上就是政府对市场干预的体现。

私法自治的哲学基础是“理性经济人”假设，核心思想有二：其一，每个经济人都是利益最大主体，同时也都能对自己的市场行为准确地判断；其二，社会福利的最大化是个人利益最大化自然结果。但假设之所以被称为假设皆因假设必须建立在隐含假设之上；若一假设所依赖的隐含假设破灭，该假设也无法幸存。理性经济人假设的隐含假设颇多，但在19世纪中后叶首先被冲击的主要有二：一为竞争自足假设，一为竞争充足假设。

竞争自足假设是指理性经济人假定竞争机制可以自发运行，无需政府的干预。依理性经济人假设，社会福利的最大化来源于每一个经济人交易利益的最大化。但市场关系既包括交易关系，也包括竞争关系。理性经济人假设认为既然人可以自己做出最优的选择，那么每个人都做出最优选择的集合可以抵消恶性竞争所带来的负面效果。但随着工业化进程的加剧，恶性竞争对于交易关系的破坏开始暴露出来，而现代民法却对此无能为力。

竞争充足假设是指理性经济人会自发进行竞争，不存在不竞争或者竞争不足之情形。为了保证市场机制的顺利运行，市场主体数量之充足与市场竞争之充分是必然的隐含假设。第一次工业革命虽然大大提升了生产力，但并未改变生产结构。第二次工业革命在提高生产力的同时，也带来各种形式的垄断组织。面对



这种竞争不足甚或不竞争的局面，现代民法所以来的哲学基础不复存在，因此要求新型市场经济法律的出台。

## 二、竞争法的市场调节与政府干预

反不正当竞争法主要是为了弥补竞争自足的假设。但反不正当竞争法“更多是历史传统与实用主义的产物，而通常不是理论设计的产物”，体系性和逻辑性的欠缺导致反不正当竞争法的功能和目的即便在现代学术界也存在重大争议。影响最为深远的理论问题有二：第一，反不正当竞争法是否只保护竞争者，还是兼顾保护消费者；第二，反不正当竞争法是否是侵权法的特别法。

第一个问题跟竞争关系与交易关系的不可分性相关。所有破坏竞争关系的行为都是为了获取交易机会；因此即便创设目的只是为了调整竞争关系的反不正当竞争法也不可能只保护竞争关系，而不保护交易关系。但反不正当竞争法的直接目的是保护竞争者，间接目的才是保护消费者。也正是如此，反不正当竞争法应当以竞争关系作为实施的先决条件。但由于竞争与交易的不可分性，使得反不正当竞争法与消费者权益保护法存在竞合，而且由于早期立法的简单性更是让反不正当竞争法被掺入了消费者权益保护的内容。

第二个问题的本质是反不正当竞争法主要保护个人利益还是主要体现政府干预。不正当竞争行为经过近两百年的类型化发展，已经不仅仅只是法律规定，更深深地嵌入到了我们日常的行为模式之中，这种下意识中的违法性使我们忘却了政府干预的存在。但在近期涉及广告屏蔽软件侵权的案件中，我们可以看到法院分析的重点并非是原告的私个体利益有没有受损，而是在线广告屏蔽软件的商业模式有没有严重阻碍视屏网站这个行业的生存和发展。因此，反不正当竞争法禁止的是对整个社会或者整个行业造成严重负面影响的行为，而非主要保护私人利益。

反不正当竞争法与反垄断法均保护竞争，但二者分别处理竞争的两种极端情形：前者关注的是竞争不自足，后者处理的是竞争不充

足。但也因二者同时调整竞争关系，反垄断法与反不正当竞争法不可避免地存在重合。此外，由于竞争关系与交易关系的不可分割性，反垄断法与民法也不可避免地存在交叉。

反垄断法和反不正当竞争法的重合在历史上有着诸多体现，比如我国旧反不正当竞争法就吸纳了一些垄断行为。至今仍有一些国家对某些侵害竞争的行为同时适用反垄断法和反不正当竞争法。但反垄断法与反不正当竞争法在分析方法上还是存在重大差异的。这两个部门法在分析的时候都需要判断社会利益是否受损，但在反不正当竞争法中这种判断一旦完成，涉案行为就被定性为违法行为。而所有的垄断行为都同时具有促进竞争和限制竞争的效果。如果缺乏具体的场景，反垄断执法机构无法抽象地判定某个垄断行为是否违法。因此，对违法行为做不做抽象性价值预判体现了反垄断法与反不正当竞争法的逻辑分野。

反垄断法与民法的交叉趋近于法律冲突。垄断行为或者是经营者之间依据合同自由所签订的协议，或者是经营者依据物权法对财产设置的交易条件。但反垄断法并非要取代民法，而是在民法无法顺利运行的时候进行补充。民法建立在完美竞争的市场结构之上，但垄断企业的出现摧毁了民法的运行基础，反垄断法的出台是为了恢复竞争机制，保证民法的运行基础。因此，民法在具体交易中保护交易双方的利益，反垄断法则是在社会整体层面衡量竞争程度是否足以支撑民法的顺利运行。申言之，反垄断法在极大尊重民法基本原则的基础上，将执法范围限定在严重减损社会整体福利的垄断行为。

民法中的政府干预仅仅体现在立法进程中，立法调控后则完全由市场接手。反不正当竞争法与反垄断法都可以在个案中进行政府干预。但反不正当竞争法中的个案干预具有先例性；而反垄断法中的政府干预则不具有先例性，需要政府在具体案件中进行个案的精准衡量。因此，反垄断法对政府干预的技术性要求要远远高于反不正当竞争法。



### 三、政府干预的市场与市场机制的重现

现代民法及支撑民法运行的竞争法蕴含着第三个隐含假设——市场机制可以自我运行。随着市场经济的深入发展，不能自我运行的市场开始逐渐显露出来。由于这些市场不能自我运行，就需市场规制法通过政府干预来创制市场规则。与民法和竞争法修补自创生市场中的某些环节不同，市场规制法旨在从无到有拟制市场要素，并使市场在拟制的环境中发挥作用。

市场规制法从市场主体、交易客体、交易条件、竞争关系等四个层面构建市场条件，使得市场机制按照政府的意志运行。但市场规制法中的政府干预并非没有限制。首先，市场规制法的出发点必须且只能是市场失灵。其次，为了治愈市场失灵，市场规制法必须构建市场条件，从而也可以施加超越正常市场条件的要求。再次，市场规制法的终极目的是让市场机制能够自我运行；该目的一经实现，政府就不再干预，必须让位于其他部门法。因此，市场规制法与民法、不正当竞争法、反垄断法之间的界限非常明显：后三法旨在恢复市场机制，而市场规制法则是构建市场机制，并且代表了政府对于市场发展的预期。此外，市场规制法与其他三法的区别还在于：上述三法中的政府干预都是永久性的；而市场规制法中的政府干预虽然力度强烈，但只是临时的、过渡的。

就立法原则而言，市场规制法与反垄断法的界限是分明的。反垄断法以正常市场条件为基础来判断垄断行为是否违法，市场规制法则给受规制的经营者施加超越正常市场条件的义务。因此，市场规制法和反垄断法之间应当是单向转化关系。但反垄断法的执法体系在20世纪末出现了巨大变化，承诺机制逐渐变成反垄断案件主要结案方式。承诺机制可以分为：停止已经发生的垄断行为的消极性承诺和规制尚未发生的行为的积极性承诺。积极性承诺使得反垄断法具备了一定的市场规制职能。具有历史意义的积极性承诺案件是美国1982年的“美国电话电报公司案”。基于该案中的承诺，美国电话电报公司不但被分拆，而且被

施加互联互通等积极性义务。美国的电信管制法直到1996年才被颁布，该案中的承诺在之后的十几年间实际上承担了规制美国电信行业的职能。

我国国务院在2016年决定设立公平竞争审查制度，很多学者将公平竞争审查简单等同为反垄断法审查。但公平竞争审查关注的应当是破坏竞争关系的政策措施。调整竞争关系的部门法除了反垄断法之外，还有市场规制法。因此，公平竞争审查的逻辑基础不应当仅限于反垄断法的分析方法，也应当充分考虑市场规制法中的特殊竞争规制。

总体而言，市场与政府的法学关系可以总结为如下三个方面。其一，随着市场经济的健康、全面发展，政府对市场干预的程度会逐步降低，但政府干预会持久且又广泛地存在于市场经济法律体系的各个层面。其二，政府干预在不同的部门法中存在干预强弱之分。民法中的干预主要为立法干预；反不正当竞争法既包括立法干预也包括一次性个案干预；反垄断法则不具有先例效应的个案干预。其三，市场规制法的政府干预虽然最为强烈，但以过渡性为原则，当使命完成之后就退出市场，由其他部门法来补充空位。如此方能建立张弛有度、与时俱进、尽如所期的社会主义市场经济法律体系。

（作者系上海交通大学凯源法学院教授、博士生导师，本文原载《中国法学》）