

论行政法上的公平竞争权

王世杰*

摘要:为了解决竞争者的行政诉讼原告资格问题,最高人民法院引入了公平竞争权的概念。在行政法上,公平竞争权是竞争者享有的在公平环境中竞争以实现其经济利益的权利。据此,竞争者有权排除行政机关对市场的违法干预行为。竞争者要求公平竞争的权利,既源自宪法社会主义市场经济条款的内在规定性,也是平等原则的要求。现有理论和实践多以狭义竞争关系为基准判断公平竞争权,但这会导致竞争关系的弥散化,不当扩张竞争者的行政诉讼原告资格。因此,不应以竞争关系而是要以法规范为依据,结合利害关系的结构情境化地认定公平竞争权。原则上,只能在部分消极的竞争者诉讼以及竞争者排挤诉讼中才可有限地承认公平竞争权。

关键词:公平竞争权 竞争者诉讼 公权利 行政诉讼原告资格

虽然实定法并未明确规定,但是由司法解释形成并经裁判确认,公平竞争权已经成为行政法的基础范畴。司法解释和权威裁判对公平竞争权的形成及构造具有决定性影响。根据2018年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(以下简称《2018年行诉法解释》)第12条第1项之规定,具有公平竞争权的主体可以提起行政诉讼。而在“广州市海龙王投资发展有限公司诉广州市对外经济贸易委员会案”^①中,法院直接对公平竞争权进行了界定。对于这一由司法创造的权利,以往研究主要集中在经济法层面。^②行政法学者即便偶有涉及,也只是援引司法解释和裁判认定竞争者的行政诉讼原告资格。^③这导致关于公平竞争权的一些重要

* 中国人民大学法学院讲师

基金项目:国家社会科学基金资助项目(22CFX010)

① 参见《广州市海龙王投资发展有限公司诉广东省广州市对外经济贸易委员会行政处理决定纠纷案》,《中华人民共和国最高人民法院公报》2002年第6期。

② 我国经济法学界对公平竞争权的一般讨论,参见张守文主编:《经济法学》(第7版),北京大学出版社2018年版,第65~66页。

③ 参见周少华、高鸿:《行政诉讼中的公平竞争权及相关问题研究》,《法学评论》2004年第6期;姜明安主编:《行政法和行政诉讼法》(第8版),北京大学出版社、高等教育出版社2024年版,第465页。

问题被忽视,包括:行政法上公平竞争权的内涵是什么?如何判断公平竞争权是否存在?其主体范围如何划定?更重要的是,公平竞争权展现了行政法中竞争关系的复杂性以及竞争者诉讼的问题点。在“建设高效规范、公平竞争、充分开放的全国统一大市场”、建立公平竞争审查机制、优化民营经济发展环境的背景下,公平竞争权逐渐被激活。^① 本文拟在梳理公平竞争权形成演变的基础上厘清相关理论争议,明确行政法上公平竞争权的体系构造与制度功能。

一、行政法上公平竞争权的形成

公平竞争权的概念源自经济法领域。经济法中的公平竞争权以1993年《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)为规范依据,原则上被视作民事权利,主要涉及私人间的竞争关系。^② 其后,公平竞争权的概念进入到行政法中。随着裁判实践和学理的不断确认,公平竞争权最终成为行政法上较为固定的概念范畴。

(一)公平竞争权在行政法中的引入

早在引入市场机制的改革开放之初,国务院就肯定了竞争的意义,要求积极开展并保护竞争,禁止行政机关违法干预。^③ 但是,直至1993年“社会主义市场经济”入宪,我国才出现系统建立防范行政权违法干预市场机制的契机。根据《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第15条的规定,国家实行社会主义市场经济,国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序。市场经济的基本要义是发挥市场机制在资源配置中的决定性作用,为此“必须以保护产权、维护契约、统一市场、平等交换、公平竞争、有效监管为基本导向,完善社会主义市场经济法律制度”。^④ 宪法中的社会主义市场经济条款既确认了市场机制的合法性,也是对国家权力介入市场机制的直接约束。^⑤ 其意涵包括两个方面:其一,促进市场机制的完善,确保市场自身的充分竞争和开放。也就是要“建立正常的市场进入、市场竞争和市场交易秩序,保证公平交易,平等竞争”。其二,防止行政权滥用对市场机制造成不利影响。为此要规范市场行为,避免行政垄断,“打破地区、部门的分割和封锁,反对不正当竞争,创造平等竞争的环境”。^⑥ 1993年制定的《反不正当竞争法》就是这种观念的产物。虽然《反不正当竞争法》主要调整经营者之间的竞争关系,但是为了

^① 参见《中共中央国务院关于加快建设全国统一大市场的意见》,《人民日报》2022年4月11日;《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》,《人民日报》2024年7月22日。国务院于2024年8月颁布了《公平竞争审查条例》。《中华人民共和国民营经济促进法》第1条规定“保证各类经济组织公平参与市场竞争”;第3条第3款规定“国家坚持平等对待、公平竞争、同等保护、共同发展的原则,促进民营经济发展壮大。民营经济组织与其他各类经济组织享有平等的法律地位、市场机会和发展权利”。

^② 我国经济法学界对公平竞争权的性质、客体等也存在激烈争论。参见王显勇:《公平竞争权论》,人民法院出版社2007年版;郑友德、胡承浩、万志前:《论反不正当竞争法的保护对象——兼评“公平竞争权”》,《知识产权》2008年第5期;李友根:《经营者公平竞争权初论——基于判例的整理与研究》,《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学版)2009年第4期。

^③ 参见《国务院关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》(国发〔1980〕267号);《国务院关于打破地区间市场封锁 进一步搞活商品流通的通知》(国发〔1990〕61号)。

^④ 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,《人民日报》2014年10月29日。

^⑤ 参见韩大元:《中国宪法上“社会主义市场经济”的规范结构》,《中国法学》2019年第2期。

^⑥ 《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》,《人民日报》1993年11月17日。

防范行政机关滥用权力限制、排除竞争,第7条也对行政垄断进行规制,即禁止行政机关滥用行政权力,限制外地商品进入本地市场或者本地商品流向外地市场。根据《反不正当竞争法》第30条的规定,行政机关如果实施了上述垄断行为,则须承担行政内部责任。^①

囿于《反不正当竞争法》第30条的规定,行政内部责任成为规制行政垄断的主导模式,行政垄断行为的可诉性存在争议。^②直至2000年《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《2000年行诉法解释》)颁布,通过行政诉讼规制行政垄断才有了明确结论。为扩大行政诉讼原告资格的范围,《2000年行诉法解释》第13条直接承认了相邻权人和公平竞争权人的原告资格。如果说相邻权是为了解决相邻人诉讼的问题,那么公平竞争权则是反行政垄断诉讼的产物。《2000年行诉法解释》在很大程度上受到1993年《反不正当竞争法》的影响,将该法第7条规定的行政垄断当作广义的不正当竞争行为。但是,严格来说,《2000年行诉法解释》第13条中的公平竞争权主要针对行政垄断行为,并不涉及竞争者之间的不正当竞争行为。

最高人民法院对公平竞争权人的原告资格进行规定,主要是基于以下考虑:(1)行政机关妨碍竞争的行为直接或间接影响竞争者的人身权和财产权。在实践中,部分法院仍然将原告限定为行政行为的直接相对人,为了取消对原告资格的不当限制,有必要专门强调竞争者的原告资格。^③(2)《2000年行诉法解释》吸收了比较法经验,承认公平竞争权也是因为“国外几十年前就已经解决了竞争者提起行政诉讼的权利问题”。^④公平竞争权主要是在行政诉讼原告资格背景下展开,自然属于《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)第2条所称的“合法权益”。1989年《行政诉讼法》采用了以权利为基础的行政诉讼权模式,行政诉讼应该是“权利之诉”而非“利益之诉”,私人只有具备权利才能提起行政诉讼。^⑤循此逻辑,竞争者之所以能够对于行政垄断行为提起诉讼,是因为存在与公平竞争有关的某种权利。由此,公平竞争权突破了1993年《反不正当竞争法》的私法语境,成为一种公权利。作为公权利的公平竞争权之所以可能,是因为公平竞争权被形塑为横跨公私法领域的共通权利:它首先被视作民事权利,当行政机关破坏公平竞争规则影响竞争关系时,也会侵害经营者的公平竞争权。^⑥《最高人民法院关于为维护国家金融安全和经济全面协调可持续发展提供司法保障和法律服务的若干意见》就明确表明了这种立场:“对于公平竞争权受到地方保护、地区封锁和部门行业垄断侵害的公民、法人和其他组织提起的行政、民事诉讼,应当依法保护其公平竞争权。”

^① 1993年《中华人民共和国反不正当竞争法》第30条规定:“政府及其所属部门违反本法第二条规定,限定他人购买其指定的经营者的商品、限制其他经营者正当的经营活动,或者限制商品在地区之间正常流通的,由上级机关责令其改正;情节严重的,由同级或者上级机关对直接责任人员给予行政处分。被指定的经营者借此销售质次价高商品或者滥收费用的,监督检查部门应当没收违法所得,可以根据情节处以违法所得一倍以上三倍以下的罚款。”

^② 参见叶卫平:《司法审查与行政性垄断规制》,《法学》2009年第1期。

^③ 参见江必新:《中国行政诉讼制度之发展:行政诉讼司法解释解读》,金城出版社2001年版,第33页。

^④ 江必新:《中国行政诉讼制度之发展:行政诉讼司法解释解读》,金城出版社2001年版,第68页。

^⑤ 参见罗豪才、应松年主编:《行政诉讼法学》,中国政法大学出版社1990年版,第148页。

^⑥ 与之相似,相邻权也被理解为民法和行政法共通的权利,其首先是民事权利,但是在受到行政权侵害时,也会成为相邻人行政诉讼原告资格的基础。参见杨临萍:《行政许可司法解释理解与适用——行政许可诉讼制度的发展》,中国法制出版社2010年版,第60页;最高人民法院行政审判庭编著:《最高人民法院行政诉讼法司法解释理解与适用(上)》,人民法院出版社2018年版,第99页。

总体上看,行政法中的公平竞争权是为了解决竞争者行政诉讼原告资格问题而被创设的权利。“公平竞争权人=具有行政诉讼原告资格的竞争者”这一公式是《2000年行诉法解释》的核心观点。虽然早期司法实践中受理的此类案件并不多,^①但是自《2000年行诉法解释》制定后,学理上有关竞争者行政诉讼原告资格的讨论大都围绕着公平竞争权展开。

(二)公平竞争权的补强与扩展

随着2008年《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)的实施,《反不正当竞争法》和《反垄断法》分立的竞争法立法模式得以确立。《反不正当竞争法》主要调整经营者之间的竞争关系,而《反垄断法》除了调整经营者之间的竞争关系外,也将行政垄断纳入其中。2008年《反垄断法》第8条规定,行政机关不得滥用行政权力排除或限制竞争,第32~37条则在此基础上对行政垄断的类型进行了细化。公平竞争权的语境也相应转变:以往在《反不正当竞争法》之下形成的“公平竞争权”概念要置于《反垄断法》中重新理解与界定。虽然2008年《反垄断法》规定了行政垄断,但是第51条第1款仍然延续1993年《反不正当竞争法》的立法模式,仅设置行政垄断的内部责任机制:行政机关滥用行政权力,实施排除、限制竞争行为的,由上级机关责令改正,并可对责任人员给予处分。第51条第2款属于例外规定:法律、行政法规对行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力实施排除、限制竞争行为的处理另有规定的,依照其规定。

2014年《行政诉讼法》修改时,对于《行政诉讼法》是否属于《反垄断法》第51条第2款意义上的“法律”,是否要将行政垄断行为纳入行政诉讼受案范围,存在争议。^②时任全国人大常委会行政法室副主任童卫东认为:“《行政诉讼法》实施以来,通过制定其他法律、法规,逐步将受案范围扩大到人身权、财产权以外的其他权利,如知情权、公平竞争权、社会保障权等。”^③虽然在修改过程中,有学者主张应将公平竞争权等权利明确纳入受案范围,但是立法者似乎更倾向于认为,公平竞争权的“具体内容需要随着经济社会的发展和法治的完善逐步厘清、落实,如果将这些抽象的权利概念纳入受案范围,现实中落实不了,法院判决也执行不了”。^④鉴于公平竞争权的具体内容尚不够清晰,修改后的《行政诉讼法》并未明确规定“公平竞争权”,而是在第12条第8项将“行政机关滥用行政权力排除或者限制竞争”列入受案范围,对公平竞争权进行保护。此前的公平竞争权只是立足于行政诉讼原告资格进行理解,2014年修法则从受案范围的角度补强了公平竞争权,形成了对该权利的完整保护。

值得注意的是,2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》废除了关于公平竞争权人原告资格的规定。原因可能有二:一是2014年修正的《行政诉讼法》从受案范围的角度规定了公平竞争权,为避免重复,没有必要再专门规定公平竞争权人的原告资格;二是该司法解释只是阐明新法的部分制度和条款的适用问题,对竞争者的原告资格仍可参照《2000年行诉法司法解释》第13条进行认定。原告资格和受案范围是对某一行为进行司法审查的两条路径。承认原告资格,表明该行为可诉。而纳入受案范围,还要进一步解决谁能够就

^① 参见马怀德主编:《行政诉讼原理》,法律出版社2003年版,第219页。

^② 参见江必新、梁风云:《行政诉讼法理论与实务(上)》(第3版),法律出版社2016年版,第301~302页。

^③ 童卫东:《依法治国的助推器——〈行政诉讼法〉修改的进步和意义》,《中国法律评论》2014年第4期。

^④ 童卫东:《依法治国的助推器——〈行政诉讼法〉修改的进步和意义》,《中国法律评论》2014年第4期。

该行为起诉的问题。公平竞争权人的情形无疑属于前者。这也就意味着,谁能够就行政垄断行为提起诉讼,仍然是待决问题。正因如此,《2018年行诉法解释》第12条第1项又沿续《2000年行诉法解释》,明确规定被诉行政行为涉及其相邻权或者公平竞争权的主体具有原告资格。结合《行政诉讼法》与《2018年行诉法解释》的规定,行政机关滥用行政权力排除或限制竞争损害的合法权益就是公平竞争权。

此后,公平竞争权扩展至行政协议诉讼领域。2019年《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》突破民事合同的相对性,承认行政协议当事人之外的第三人可以就行政协议主张权利保护,^①保障“公平竞争权人在行政协议订立中的利益,规定了公平竞争权人的原告资格”。^②如果行政机关在行政协议订立过程中违反公平竞争规则,公平竞争权人自然有权就行政协议提起诉讼。2022年修改的《反垄断法》进一步扩大了公平竞争权的适用领域。根据该法第40条的规定,行政机关不得通过与经营者签订合作协议、备忘录等方式排除或限制竞争。“除了招投标外,竞争性谈判、询价、竞争性磋商等都属于竞争性采购方式,都存在滥用行政权力排除、限制竞争的空间和可能。”^③为了给经营者提供周全保护,《反垄断法》第42条也为行政垄断增加了兜底性规定。随着行政垄断行为类型的增加,公平竞争权的适用领域也相应扩张。

二、行政法上公平竞争权的内涵与证立

尽管被司法解释广泛承认,但在行政法领域,公平竞争权一直存在概念不清晰、外延不明确、适用不确定的问题。^④为了准确认知公平竞争权,首先应厘清公平竞争权的内涵及其理论与规范依据。

(一)公平竞争权的概念与性质

所谓公平竞争权,是指处于竞争关系中的主体享有的在公平环境中进行竞争以实现其经济利益的权利。^⑤最高人民法院也倾向于认为,公平竞争权是“平等主体之间在权利和义务关系相同基础上形成的获得合法利益的权利”,而“法律保护的公平竞争关系,是平等主体之间在相同的权利和义务条件下产生的合法的竞争关系”。^⑥公平竞争权具有“公平”和“竞争”两个面向:“公平”强调竞争者之间竞争条件或地位的平等,而非竞争结果的平等,特别是行政机关不得违法改变竞争条件,扭曲竞争关系;“竞争”既有可能是指竞争者企图保全其既有竞争地位,也有可能是

^① 《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第5条规定:“下列与行政协议有利害关系的公民、法人或者其他组织提起行政诉讼的,人民法院应当依法受理:(一)参与招标、拍卖、挂牌等竞争性活动,认为行政机关应当依法与其订立行政协议但行政机关拒绝订立,或者认为行政机关与他人订立行政协议损害其合法权益的公民、法人或者其他组织……”

^② 黄永维、梁风云、杨科雄:《〈关于审理行政协议案件若干问题的规定〉的理解与适用》,《人民司法》2020年第4期。

^③ 时建中:《新〈反垄断法〉的现实意义与内容解读》,《中国法律评论》2022年第4期。

^④ 参见张世明:《反不正当竞争法保护客体辨说》,《政法论丛》2024年第4期。

^⑤ 参见童卫东主编:《〈中华人民共和国行政诉讼法〉释义与案例》,中国民主法制出版社2014年版,第52页;全国人大常委会法制工作委员会行政法室:《中华人民共和国行政诉讼法解读》,中国法制出版社2015年版,第42页。

^⑥ 《广州市海龙王投资发展有限公司诉广东省广州市对外经济贸易委员会行政处理决定纠纷案》,《中华人民共和国最高人民法院公报》2002年第6期;广东省高级人民法院(2015)粤高法行终字第228号行政判决书。

为了争夺由国家分配的稀缺资源。

关于公平竞争权的性质,有“财产权说”和“实体权说”两种不同的观点。^① 公平竞争权以维护经济利益为目标,并非直接以经济利益为内容,因此公平竞争权不是财产权。基于差异化的竞争情势,公平竞争权会呈现出不同的权利或权能形态。一方面,公平竞争权可能有给付请求权和撤销请求权的实体权能面向,如竞争者请求行政机关给予相同利益或者撤销对其他竞争者的授益。此时,公平竞争权就是竞争者要求获得平等竞争地位的给付请求权,或者是要求恢复平等竞争地位的防御权。另一方面,更为常见的情形则是,公平竞争权强调竞争程序的参与、竞争机会的平等和公共资源的公平分享。因此,将公平竞争权理解为“公平参与市场竞争的权利”^②或“公平参与竞争的权利”^③更加准确。

(二)公平竞争权的证立

竞争者对于公平参与竞争的利益能否构成权利,并非不言自明,而是需要找到理论和规范依据。有学者认为,竞争者对于公平竞争只具有反射性利益,不具有公权利,承认公平竞争权实际上是将反射性利益提升为公权利。^④ 这种判断确有道理。《反垄断法》第1条确立了三元利益保护模式:一是保护市场公平竞争、鼓励创新,二是提高经济效率,三是维护消费者利益和社会公共利益。市场经济活动复杂交错,限制竞争行为会改变市场状态和竞争关系,不仅损害当下的竞争者、消费者,也会给社会公众和未来的市场参与者带来不利。通常情形是,行政垄断行为直接威胁竞争秩序,个人因竞争秩序被破坏而间接受到损害。《反垄断法》虽然保护竞争,但在原则上不是直接维护个别竞争者的利益,而是通过确保竞争秩序,间接地保护竞争者的利益。更确切地说,竞争法保护的是包含不同市场主体和消费者在内的集合利益,目的在于确保所有市场主体能够公平参与市场竞争,实现对消费者和市场主体共同权益的整体性保护。实践中,也有法院准确指出,公平竞争权是“预期的可能实现的一项权益”。^⑤ 然而,在公公益交融的背景下,不能仅仅因为竞争者的利益都遭受不利,利益损害具有弥散性和广泛性,就否认其权利属性。恰恰相反,有些破坏竞争秩序的行为会使部分竞争者受到不同于一般市场主体的特别损害,不承认其具有权利反而会产生权利保护漏洞。例如,政府采购中被违法排除在竞争程序之外的经营者,以及因竞争对手获得补贴而经营困难的企业。在现代社会中,公公益趋同要求赋予私人更宽泛的权利,承认特定主体“代表”受害群体主张权利,以保护自身利益、恢复公平竞争秩序。^⑥

关于这一点,也可以从比较法的转变中找到印证。美国法上,在1938年“亚拉巴马电力公司诉伊克案”^⑦中,私营的亚拉巴马电力公司认为因联邦电力管理局给予市政府经营的电力公司财政援助而使其权益遭受损害,但最高法院以没有合法权益受到侵害为由驳回了起诉。而20世纪

^① 参见何海波:《行政权利论》,《中国法学》2024年第3期;赵宏:《行政第三人的程序权利及其司法保护》,《法学研究》2024年第3期。

^② 参见福建省高级人民法院(2019)闽行终159号行政判决书。

^③ 参见于泓、王姝:《行政协议竞争权人原告资格认定相关问题探析》,《法律适用》2020年第20期。

^④ 参见王本存:《论行政法上的反射利益》,《重庆大学学报》(社会科学版)2017年第1期。

^⑤ 湖南省湘西土家族苗族自治州中级人民法院(2017)湘31行终48号行政判决书。

^⑥ 参见王世杰:《私人主张超个人利益的公权利及其边界》,《法学家》2021年第6期。

^⑦ 参见王名扬:《美国行政法(下)》,中国法制出版社2005年版,第615、618页。

40年代后,竞争者的原告资格得到承认。在“桑德斯兄弟广播站诉联邦电讯委员会案”^①中,原告认为被告向其他无线电广播站颁发新的营业执照损害了自身利益,最高法院承认其作为竞争者的起诉资格。如果用我国的术语来表述,美国法经历了从否认到肯定竞争者公平竞争权的过程。以往,德国法一方面基于对干预和公权利的狭义理解,认为国家介入经济而作出的具有再分配作用的行政活动于相对人而言为授益行为,对第三人则不构成权利侵害。即便其他竞争者受到不利影响,也不能请求权利保护。^②另一方面,囿于竞争法规定多以维护竞争秩序为目的,即便借助保护规范理论进行判断,也鲜少识别出受个别保护的利益。直到20世纪60年代,个人积极参与市场竞争、免受国家阻碍的竞争自由被归为基本权利的保护范围,竞争者诉讼才开始有所突破。

在我国,公平竞争权源自公平竞争原则,植根于《宪法》第15条的社会主义市场经济条款和第33条第2款的平等权条款。公平有序的竞争可以优化资源配置,提升经济效率。资源配置主要通过竞争实现,国家应尊重市场的基本规律和竞争决定的结果。为了充分发挥市场的效能,国家应该避免行政权滥用扭曲市场竞争机制,“最大限度减少政府对市场资源的直接配置,最大限度减少政府对市场活动的直接干预”。^③就此而言,公平竞争是社会主义市场经济的内在要求。为了促进有效竞争,国家应该确保竞争者具有平等的法律地位,即“权利平等、机会平等、规则平等”。^④而竞争中立则是公平竞争原则为行政机关设置的行为规范。^⑤行政机关不得违法介入或者改变竞争关系,对于市场经济运行应保持公平和中立,保障以竞争为基础的市场机制。在市场资源配置失灵时,行政机关还应依法规制不正当竞争行为,确保公平竞争原则的实现。《宪法》第15条第3款规定“国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序”,确认了政府干预和介入市场的正当性。承认竞争者的公平竞争权,要求行政机关保持竞争中立也是宪法平等原则的要求。《宪法》第33条第2款规定,公民在法律面前一律平等。平等既是宪法的一般原则,也是一项基本权利。^⑥在市场经济领域,第33条第2款中的“公民”不限于自然人,也可以包括企业等市场经营主体。^⑦就平等原则的内容而言,行政机关应当平等对待不同经营者,不得歧视或者给予不合理的差别待遇。由此可见,公平竞争权也是宪法平等原则和平等权在经济行政法中的具体表现。

以社会主义市场经济条款和平等权条款为基础,公平竞争原则和公平竞争权辐射至包括市场准入、市场经营和政府采购在内的市场经济运作的全部过程。^⑧首先,市场准入中立。在赋予市场主体经营资质时,行政机关应当保持中立,不得违法妨碍市场准入。根据《中华人民共和国行政许可法》第5条,行政机关实施许可应当公平公正。特别是在涉及公共资源配置时,应当遵

① 参见王名扬:《美国行政法(下)》,中国法制出版社2005年版,第616~618页。

② 参见[德]米歇尔·施托莱斯:《干预性国家的形成与德国行政法的发展》,王银宏译,《行政法学研究》2015年第5期。

③ 《优化营商环境条例》第3条。

④ 《优化营商环境条例》第10条。

⑤ 参见孙晋:《公平竞争原则与政府规制变革》,《中国法学》2021年第3期。

⑥ 参见韩大元、林来梵、郑贤君:《宪法学专题研究》,中国人民大学出版社2004年版,第302页。

⑦ 参见胡锦涛、韩大元:《中国宪法》(第5版),法律出版社2024年版,第184页。

⑧ 参见丁茂中:《竞争中立政策研究》,法律出版社2018年版,第143~144页。

循市场原则,通过招标、拍卖等公平竞争的方式作出决定。其次,市场经营中立。经营者应当自由经营,行政机关对经营者拓展业务市场保持中立,不得妨碍商品自由流通,尤其是不得进行区域垄断实施地方保护。此外,行政机关也不得违法给予某些经营者补贴、资助或税费优惠等。^①最后,政府采购中立。行政机关在采购时应遵循公平竞争原则,^②确保在采购对象、信息公开、参与方式及评选机制等方面保持中立。

三、行政法上公平竞争权的判断方法及其问题

界定和证成公平竞争权固然重要,司法实践更为关注的是如何识别并判断公平竞争权是否成立。虽然我国行政诉讼原则上承认公平竞争权人的公权利和原告资格,但是如何识别公平竞争权,哪些主体享有公平竞争权,是首先需要解决的问题。^③

(一)以竞争关系为基础判断公平竞争权

只有存在竞争,才有公平竞争的可能。既有学说一般认为,公平竞争权要以存在竞争关系为前提。^④竞争关系有广义和狭义之分,狭义的竞争关系也称直接的竞争关系或同业竞争关系,即商品之间具有替代关系的经营者之间相互争夺交易机会的关系;广义的竞争关系或间接的竞争关系则不限于同一相关行业或同一领域经营者之间的竞争,而是扩展到非同业竞争。

在认定不正当竞争时,我国以往的民事诉讼实践倾向于认为,狭义的竞争关系是构成不正当竞争的条件。^⑤随着《反不正当竞争法》保护目的和保护利益的多元化,民事诉讼中的竞争关系出现扩大化趋势。^⑥最高人民法院逐渐扩张竞争关系的范围,指出“反不正当竞争法并未限制经营者之间必须具有直接的或具体的竞争关系,也没有要求经营者从事相同行业”,^⑦“竞争关系并非认定不正当竞争或者提起不正当竞争之诉的条件”。^⑧现今,最高人民法院认为,不限于狭义的竞争关系,只要在生产经营活动中存在可能的争夺交易机会、损害竞争优势等关系,都可以认定存在竞争关系。^⑨

^① 《中华人民共和国税收征收管理法》第3条第2款规定:“任何机关、单位和个人不得违反法律、行政法规的规定,擅自作出税收开征、停征以及减税、免税、退税、补税和其他同税收法律、行政法规相抵触的决定。”

^② 《中华人民共和国政府采购法》第3条规定:“政府采购应当遵循公开透明原则、公平竞争原则、公正原则和诚实信用原则。”《中华人民共和国招标投标法》第5条规定:“招标投标活动应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则”,第6条规定:“依法必须进行招标的项目,其招标投标活动不受地区或者部门的限制。任何单位和个人不得违法限制或者排斥本地区、本系统以外的法人或者其他组织参加投标,不得以任何方式非法干涉招标投标活动”。

^③ 参见王世杰:《利害调整模式下公权利理论的革新》,《交大法学》2023年第4期。

^④ 参见江必新、邵长茂:《新行政诉讼法修改条文理解与适用》,中国法制出版社2015年版,第86页。

^⑤ 参见《最高人民法院副院长曹建明在全国法院知识产权审判工作座谈会上的讲话——加大知识产权司法保护力度 依法规范市场竞争秩序》,http://www.fadaip.com.cn/jieshi/zscqsfjs/20111031/6676_2.html,2025-04-29。

^⑥ 参见孔祥俊:《反不正当竞争法新原理·总论》,法律出版社2019年版,第189~198页。

^⑦ 《最高人民法院关于发布第七批指导性案例的通知》,《中华人民共和国最高人民法院公报》2014年第12期。

^⑧ 陶凯元:《以习近平新时代中国特色社会主义思想为指引 全面开启新时代知识产权司法保护新征程——在第四次全国法院知识产权审判工作会议暨知识产权审判工作先进集体和先进个人表彰大会上的讲话》,《中国审判》2018年第17期。

^⑨ 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》第2条。

基于广义的竞争关系承认公平竞争权,在行政法学界也有类似主张。有学者认为,行政垄断法律关系的参与主体具有多元性,行政垄断行为扭曲竞争秩序,受到侵害的不仅有同业竞争者,也包括其他间接竞争者和消费者,利益受到行政垄断行为影响的主体都可以提起诉讼。^① 这种立场实际上将反行政垄断诉讼视作客观诉讼。^② 但是,允许处于广义竞争关系中的经营者提起行政诉讼涉及竞争秩序这项公共利益,有导向民众诉讼的可能,与我国行政诉讼的主观诉讼定位有所龃龉。因此,与民事诉讼不同,大多数行政法学者认为公平竞争权应仅限于狭义竞争关系。^③ 与此同时,对于涉及此类竞争关系的行政垄断,实定法还提供了其他秩序维护机制:既可以由竞争者通过投诉举报机制督促行政机关依法履行职责,也可以由检察机关提起行政公益诉讼。

具有公平竞争权的竞争者应当是交易方向一致、行业相同或相似且相互排斥的经营者。^④ 这也是行政诉讼实践中法院的惯常认识。在“吉德仁等诉盐城市人民政府行政决定案”^⑤中,一审法院认为,“原告吉德仁等人作为与被告行政行为的受益方公交总公司所属的5路、15路公交车在同一路段进行道路运输的经营户”,其公平竞争权受到侵害。二审法院也赞同这种立场:“吉德仁等人作为领取了经营许可证的业主,其经济利益与车辆的营运效益密切相关,有权以盐城市人民政府的行政行为侵犯其公平竞争权为由提起行政诉讼。”两级法院的核心观点是,原告吉德仁等人之所以具有公平竞争权,是因为他们是与公交总公司所属公交车运营范围有重叠的经营者,二者存在直接竞争关系,吉德仁等人的经济效益和车辆的营运效益受到行政决定的影响。与之相似,在有“行政垄断第一案”之称的“深圳市斯维尔科技有限公司诉广东省教育厅行政垄断案”^⑥中,被告广东省教育厅在赛事中指定使用第三人广联达的软件,原告深圳市斯维尔科技有限公司就此行为提起行政诉讼。法院认为,原告“亦具有为涉案的工程造价基本技能赛项提供相应软件支持的能力”,与案涉第三人属于同业竞争者,“被告指定在涉案的赛项中独家使用第三人相关软件,可能侵害到原告的公平竞争权”。

同样,招投标过程中符合准入条件的竞争者之间形成的也是狭义竞争关系。具体来说,具备竞标资质且实际参与的主体与竞争程序、竞争结果之间存在利害关系,而不符合竞标条件、未参与竞争程序的主体原则上不具有公平竞争权。^⑦ 例如,在“益群集团(香港)投资有限公司诉鹤壁市山城区国土资源管理中心案”^⑧中,原告“虽然有意向竞拍涉案土地,并向网上交易系统递交了其企业基本情况、竞买申请书,但并未在挂牌出让公告中指定的竞买保证金缴纳的截止时间前交纳竞买保证金,不具有竞买人资格,其与本案土地拍卖行为没有法律上的利害关系”。

(二)竞争关系的弥散化与竞争者原告资格的不当扩张

^① 参见应品广:《论经济法理念对行政诉讼体制的冲击和渗透——以反垄断行政诉讼为视角》,《学术探索》2011年第1期。

^② 参见王太高:《新司法解释与行政公益诉讼》,《行政法学研究》2004年第1期。

^③ 参见周少华、高鸿:《行政诉讼中的公平竞争权及相关问题研究》,《法学评论》2004年第6期。

^④ 参见杨紫烜主编:《经济法》(第5版),北京大学出版社、高等教育出版社2014年版,第152页。

^⑤ 参见《吉德仁等诉盐城市人民政府行政决定案》,《中华人民共和国最高人民法院公报》2003年第4期。

^⑥ 参见广东省广州市中级人民法院(2014)穗中法行初字第149号行政判决书。

^⑦ 参见于泓、王姝:《行政协议竞争权人原告资格认定相关问题探析》,《法律适用》2020年第20期。

^⑧ 参见最高人民法院(2018)最高法行申6695号行政裁定书。

然而,有时依据这种狭义的竞争关系,非但不能保证公平竞争权的实现,反而会导致竞争者行政诉讼原告资格的过度扩张。

其一,当行政机关未积极规制市场主体的不正当竞争行为,使守法的竞争者处于不利的竞争地位时,有学者认为也可以基于公平竞争权要求行政机关履行职责。^①此时虽然存在狭义的竞争关系,但是因为行政法不承认一般性的法律执行请求权,所以竞争者原则上不具有履责请求权,更无权要求行政机关查处其他主体的不正当竞争行为。

其二,如果资源不存在数量和规模限制,即便竞争者之间存在狭义的竞争关系,也不能承认竞争者具有公平竞争权。因此理论上有时还会作进一步的限定,即要认定公平竞争权,就必须存在具体的竞争关系以及预期存在明显的经济上的不利。^②市场竞争的基本特征是,竞争者的加入可能会使市场情形恶化,损害既存经营者的利益。在资源不存在限额的情形中,只要行政机关的行政行为符合竞争中立原则,即使对市场主体造成不利,也不能认为侵害公平竞争权。^③只有那些存在数量限制的竞争才需要政府的调节和控制,才有可能承认竞争者的公平竞争权。^④但是,实践中有法院认为,被许可旅馆附近的其他旅馆经营者对于行政许可能够主张公平竞争权。在“周友康诉南通市公安局开发区分局公安行政许可案”^⑤中,“原告周友康所经营的江海旅馆与第三人王菊芳经营的爱爱旅馆相距甚近,双方在如此紧邻的地域范围内经营同种行业,必然形成相互竞争关系,故原告周友康有权以被诉具体行政行为侵犯其公平竞争权为由提起行政诉讼,具备本案的诉讼主体资格”。本案法院仅依据狭义竞争关系就承认公平竞争权,显然不合理。

其三,即便是基于同一竞争关系,竞争者不同的诉讼请求也会影响原告资格的认定。例如,当行政机关违法给予其他经营者补贴时,竞争者有可能基于公平竞争权请求撤销该补贴,也可以要求行政机关给予相同补贴,但竞争者是否都具有原告资格,实践中存在分歧。换言之,“并非当事人以公平竞争权受到侵犯即可获得起诉任何行政行为的原告资格。行政诉讼中的原告主体资格问题,既与行政实体法律规范密切相关,也与当事人诉请保护的权益类型、诉讼请求和诉讼理由密切相关。同一起诉人对同一行政行为的起诉,可能由于其所诉请保护的权益类型、诉讼请求和诉讼理由的不同,其是否具备原告主体资格的结论可能会有所不同”。^⑥

究其原因,一方面,权利是法规范的产物,仅以狭义竞争关系为依据判断公平竞争权,无疑偏离了规范内容。既有理论和裁判所理解的竞争关系更像是一种“事实的竞争关系”而非“规范的竞争关系”。如果法规范并不意图调整某些竞争关系,那么即便存在事实上的竞争关系,也无法承认公平竞争权。更何况,摆脱法规范判断公平竞争权,极易陷入裁判者的恣意。另一方面,既有理论和实践对狭义竞争关系的理解过于粗糙,没有考虑竞争者之间差异化的关系形态。结果导致竞争关系具有不确定性,进而影响公平竞争权的认定。在判断公平竞争权时,既要观察竞争

^① 参见梁风云编著:《新行政诉讼法逐条注释》,中国法制出版社2014年版,第122页;梁风云:《行政诉讼法司法解释讲义》,人民法院出版社2018年版,第73页。

^② Vgl. Schmidt-Kötters, in: Herbert Posser/Heinrich Amadeus Wolff, BeckOK VwGO, 70.Ed., Stand:1.1.2024, C.H.Beck, § 42, Rn.207.

^③ 参见张树义主编:《寻求行政诉讼制度发展的良性循环》,中国政法大学出版社2000年版,第95页。

^④ 参见马怀德主编:《行政诉讼原理》,法律出版社2003年版,第221页。

^⑤ 参见江苏省南通市中级人民法院(2013)通中行终字第0172号行政判决书。

^⑥ 浙江省高级人民法院(2020)浙行申505号行政裁定书。

关系,也要关注法规范对竞争关系的调整内容,结合法规范和竞争关系的具体形态,借助保护规范理论加以综合认定。^①

四、行政法上公平竞争权判断方法的重构

市场经济的精髓在于摒弃以国家为中心的调控模式,由市场主体自主决定,通过市场价格机制调整生产和分配。但是,由于资源有限性和市场失灵,国家又需要介入市场交易过程,防范市场竞争的负外部性后果。从竞争者的角度来看,之所以要提起行政诉讼,主要是因为行政机关资源分配中落败,从而请求行政机关重新配置资源;又或者是由于行政机关介入既存竞争关系使自身处于不利地位,竞争者试图保全自身的竞争地位。竞争者的诉讼请求不同,诉讼类型和实体法关系也有差异,由此可以结合类型化的竞争关系判断其是否享有公平竞争权。

(一)积极的竞争者诉讼

在竞争地位保全型的竞争关系中,行政活动影响既存的竞争关系,使竞争者遭受竞争地位上的不利。为了保全竞争地位,在不排除他人已获得利益的条件下,竞争者请求行政机关给予自己同等的地位或利益,如获得补贴或者进入市场等。因为竞争者的目的是获得积极给付,所以这种诉讼也被称为积极的竞争者诉讼或者攻击型竞争者诉讼。积极的竞争者诉讼多指向资源自一开始不存在短缺或者虽有短缺但现有配额尚未用尽的情形。

在这种情况下,公平竞争权实际上是竞争者要求获得市场准入资格或者特定金额补贴的给付请求权。他人受益只能作为竞争者主张平等对待的事实依据,用以证明他也有权基于平等对待原则获得同等利益。^② 竞争者究竟是否有权获得同等利益,取决于实体法的具体规定。在请求获得市场准入资格的情形中,竞争者能否进入市场取决于其是否满足市场准入条件。而在竞争者请求给予同等数额受益的情形中,由于行政裁量的存在,是否提供给付、给付的额度由行政机关自主决定,行政机关可以针对不同主体作出不同决定。竞争者固然可以基于行政自我拘束原则要求行政机关同等对待,在特殊情况下行政裁量空间甚至可能收缩至零。但是,只有当行政机关的区别对待构成恣意时,才能认定行政活动违反平等原则。此外,即使违反平等原则,行政机关原则上也具有采用合理方式恢复合法状态的自由。^③ 因此,在积极的竞争者诉讼中,竞争者之间没有直接的利害冲突,不存在规范的竞争关系。这可能也是积极的竞争者诉讼在我国司法实践中很少出现的原因。

(二)消极的竞争者诉讼

^① 已有法院运用保护规范理论判断竞争者的公平竞争权。例如,在“沧县兴济宏运加油站诉河北省商务厅案”中,法院认为,“当事人可以基于相邻权或者公平竞争权而与行政行为具有利害关系,但这种利害关系的判断,一般应以行政机关作出行政行为时所依据的行政实体法和所适用的行政实体法律规范体系,是否要求行政机关考虑、尊重和保护公民、法人或者其他组织所诉请保护的权益或法律上的利益,为重要标准”。参见河北省高级人民法院(2019)冀行申1211号行政裁定书。

^② Vgl. Michael Fehling, Die Konkurrentenklage bei der Zulassung privater Rundfunkveranstalter, Duncker & Humblot, 1994, S. 268 f.

^③ Vgl. Wahl/Schütz, in: Friedrich Schoch/Jens – Peter Schneider, Verwaltungsgerichtsordnung, C. H. Beck, 45. EL, Stand: Januar 2024, § 42, Rn. 288.

遭受不利的竞争者也有可能请求行政机关排除对其他私人的授益,维持其原有竞争优势。由于旨在保全竞争地位,对不利的行政活动进行防御,此种情形也被称为消极的竞争者诉讼或者防御型竞争者诉讼。具体来说,消极的竞争者诉讼包括以下3种具体类型。

1. 请求撤销行政机关对其他私人的市场准入决定。为了防止新的市场主体进入市场参与竞争,影响自身的竞争机会,竞争者可以请求撤销行政机关针对其他私人的行政许可。为了确保市场经营所需的技术条件和人员资质,维护市场竞争秩序,法律通常会设定市场准入的条件。满足市场准入条件的任何主体都可以参与市场竞争。此时,需要根据资源数量识别具体的利益关系结构,判断公平竞争权是否存在。如果竞争者的数量多于准入限额,行政法规就不仅是为了维护竞争秩序,也旨在调整竞争者之间的利益冲突,基于保护规范理论自然应承认竞争者的公平竞争权。由此,消极的竞争者诉讼就会转化为下述的竞争者排挤诉讼。

除了上述特殊情形外,如果资源没有限额或者虽有限额但尚未用尽,即市场准入数量没有限制时,允许其他竞争者进入市场并非国家对既有经营者的目的性干预,而是基于公共利益取消对于新加入者的限制,经营者的利益并非行政机关作出准入许可时应当考虑的因素。因此,保护既有经营者的竞争地位、解决竞争者之间的利益冲突也并非相关法律规定的目的,法规原则上只是为了维护竞争秩序。原则上,私人没有防止他人加入竞争以维持既有的业务范围与竞争地位的自由,即不存在“免于竞争的自由”或“免于竞争的请求权”。^① 在“福鼎市明发驾驶员培训有限公司诉福建省宁德市人民政府案”^②中,因为法律并未规定数量限制,所以法院认为行政机关同意福鼎市新增设1个社会化考场点,“属于引入了竞争机制,有利于市场经济建设”,并未侵害原告权利。也就是说,在这种情形中,竞争者只具有反射性利益而非公权利,原则上应否定竞争者的原告资格。^③

2. 请求排除行政机关对其他私人的授益。行政机关有时会通过发放补贴、给予税费优惠或者减少市场竞争限制条件,以降低企业正常运营成本或者负担,但同时也会影响特定主体的竞争地位。从我国有限的司法实践来看,对于此种情形是否侵害公平竞争权,法院普遍持较为宽松的认可态度。在“吉德仁等诉盐城市人民政府行政决定案”^④中,原告与公交总公司的公交车运营范围有重叠,行政机关给予后者税费优惠影响了原告的经济效益和运营效益。原告的公平竞争权受到侵害,具有行政诉讼原告资格。如果行政机关给予税费以外的其他优惠,我国法院也承认行政活动会损害未受益竞争者的公平竞争权。在“点头隆胜石材厂诉福鼎市人民政府行政扶优扶强措施案”^⑤中,为了扶优扶强,行政机关要求某供应公司对于特定销售规模的企业倾斜增加供应荒料,导致原告逐年减产。因而原告主张,行政活动“制造了不平等,破坏了公平竞争的社会经济秩序”。法院认定,行政机关“通过强制干预福建玄武石材有限公司的销售办法,直接影响到点头隆胜石材厂的经营权利”。尽管法院最终以侵害经营自主权为由将该行为纳入行政诉讼,

^① BVerfGE 11, 168(188 f); BVerwG NJW 1985, 2774(2776).

^② 参见最高人民法院(2020)最高法行申5001号行政裁定书。

^③ Vgl. Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, C. H. Beck, 11. Aufl., 2019, § 14, Rn. 66; Wolf – Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, C.F. Müller, 17. Aufl., 2021, Rn. 563.

^④ 参见《吉德仁等诉盐城市人民政府行政决定案》,《中华人民共和国最高人民法院公报》2003年第4期。

^⑤ 参见《点头隆胜石材厂不服福鼎市人民政府行政扶优扶强措施案》,《中华人民共和国最高人民法院公报》2001年第6期。

但行政机关侵害的实际上不是原告的经营权利或经营自主权,而是公平竞争权。^①

就颇为典型的行政补贴而言,德国法大多直接援引基本权利判断竞争者的权利,保护规范理论仅具有从属性地位。^② 宪法上的问题在于,行政补贴是否侵害未获补贴竞争者的基本权利。因为竞争者基本权利遭受侵害的可能性自一开始未被排除,所以未获补贴者的诉权通常存在。而且德国法理解的公权利主要是实体权,仅基于公平竞争程序规定承认公权利的情况也不多见。因此,诉的理由具备性只有例外时才被肯定,即竞争者从补贴接收者的范围中被恣意排除或者其竞争地位受到过分限制,导致其竞争能力受到难以预料的损害。^③ 在不援引欧盟法的前提下,单纯主张行政补贴侵害竞争者的权利,在德国鲜少有成功的案例。^④ 关于行政补贴是否会侵害公平竞争权,在我国同样存在争议。持“否定说”的学者认为,我国法律并未将政府滥用补贴明示为一种妨碍市场竞争的行为,因此很难据此认定未获补贴的竞争者的公平竞争权受到了侵害。即便承认公平竞争权,也不应含有排除行政机关对竞争对手实施不正当补贴的权能。^⑤ 持“肯定说”的学者则主张,违法行政补贴侵犯竞争者的公平竞争权,受行政补贴不利影响的竞争者具有行政诉讼原告资格。^⑥ 相较之下,“肯定说”更为合理。因为行政补贴和税费减免都会给未受益的竞争者造成负担,所以也应该承认未受补贴者具有撤销行政补贴决定的公平竞争权。

3. 作为消极竞争者诉讼的子类型,我国常见的还有不正当竞争规制诉讼,即对于其他竞争者的不正当竞争行为,行政机关未根据《反不正当竞争法》第 25~31 条的规定积极进行规制,私人为确保自己在市场上的潜在竞争力,通常要求行政机关履行法定职责,查处其他经营者的不正当竞争行为。此时,公平竞争权实际上是行政介入请求权。而根据《反不正当竞争法》第 20 条第 1 款和《反垄断法》第 46 条第 2 款的规定,对不正当竞争行为和垄断行为,经营者有权举报。^⑦ 据此,投诉举报人和竞争者身份合一,不正当竞争规制诉讼成为投诉举报人诉讼的变体。在此情形中,应根据行政机关作出举报处理行为所依据的法规范是否具有保护投诉举报人(即竞争者)的利益,来判断其是否具备原告资格。^⑧ 我国竞争法领域这两条有关行政机关启动规制权限的条款显然是为了维护公共利益,原则上不能仅因为竞争关系的存在就承认公平竞争权。实践中,有经营者以行政机关未处罚第三人非法营运为由提起诉讼。法院认为,原告举报的目的是通过行

^① 有学者在评析该案时也认为,由于原告是石板材加工企业,而不是提供玄武岩荒料的石材加工企业,侵犯经营自主权的说法对原告来说似乎并不恰当。参见何海波:《行政诉讼法》(第 3 版),法律出版社 2022 年版,第 186 页。

^② Vgl. Ulrich Ramsauer, Die Dogmatik der subjektiven öffentlichen Rechte, JuS 2012, 769, 777 f.

^③ Vgl. Christoph Ebeling/Johannes Tellenbröcker, Subventionsrecht als Verwaltungsrecht, JuS 2014, 217, 222; Jan Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, C.H.Beck, 5. Aufl., 2020, § 6, Rn. 130; Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, C.F. Müller, 17. Aufl., 2021, Rn. 564.

^④ Vgl. Huber/Unger, in: Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, C.H.Beck, 2019, Kapitel 4, Rn. 404.

^⑤ 参见王彦明、王业辉:《政府补贴的法理与规制进路》,《河南社会科学》2015 年第 12 期。

^⑥ 参见翟秀红:《行政补贴的法律规制初探》,《云南大学学报》(法学版)2009 年第 6 期。

^⑦ 《中华人民共和国反不正当竞争法》第 20 条第 1 款规定:“对涉嫌不正当竞争行为,任何单位和个人有权向监督检查部门举报,监督检查部门接到举报后应当依法及时处理。”《中华人民共和国反垄断法》第 46 条第 2 款第 1 句规定:“对涉嫌垄断行为,任何单位和个人有权向反垄断执法机构举报。”

^⑧ 参见王明喆:《行政诉讼履行判决的类型与适用——基于“不履行法定职责”类型化的分析》,《环球法律评论》2023 年第 3 期。

政机关对第三人的制止或处罚增加自身的收入,“原告对于要求被告实施的行政行为仅具有反射性利益,而非法律上的权益。原告以其举报的行为被作否定性评价后,可能会间接有利于保护其所主张的收入权益为由,不能取得原告主体资格”。^①

(三)竞争者排挤诉讼

在竞争者排挤诉讼中,私人在要求排除行政机关对其他竞争者受益的基础上,更意在自身获得该项利益。排除仅具有辅助功能,私人的主要目的是自身获得资源。^②从这个角度来看,竞争者排挤诉讼实际上是消极的竞争者诉讼和积极的竞争者诉讼的组合。

在实体法结构上,竞争者排挤诉讼主要出现在资源竞争型的竞争关系中。私人的目的是取得国家控制的有限资源,如自然资源的开发利用,或者基于国家的需要,如政府采购招标。在资源竞争型的竞争关系中,私人围绕有限的无线电频率、采矿权、财政资源等展开竞逐。由于被分配的资源存在限额,给予某个经营者的受益会导致限额被分配完毕,其他人无法获得利益。不同竞争者之间存在冲突的利害关系,而且是针对同一准入利益产生的互换性利害关系,行政机关需要在不同主体之间对特定资源或利益进行排他性分配。^③此时,公平竞争权就是“基于公共资源的共有、共享与共治原则”的权利,即“平等获得公共资源开发、利用权的权利”。^④例如,行政机关仅规划一座液化气储存站,申请燃气经营许可的多个企业之间就是互换性利害关系,未被许可的企业具有公平竞争权。^⑤

有限资源的分配主要由程序规范调控,其目的不仅是为竞争提供秩序框架,而且更在于直接调整竞争者之间的资源配置冲突。例如,在市政公用事业特许经营活动中,行政机关应当按照发布招标条件、资格审查、方案预审、评审委员会评审、公示中标结果等程序遴选合格经营者。^⑥此类程序规定旨在保障不同竞争者的平等竞争地位。资源分配所依据的规范既是行政机关分配竞争资源的根据,也是私人请求国家保护的权利基础。如果行政机关的资源分配过程存在瑕疵,私人的公平竞争权就有可能受到侵害。这里的公平竞争权也包括要求行政机关平等考虑不同竞争者的无瑕疵裁量请求权。而撤销行政机关对他人的受益决定实际上是进一步获得配额的前提与中间步骤。至于私人能否获得配额,既可以根据法律规定“择优选择”竞争者,也有可能因重启分配程序而重新参与竞争。

我国实践中经常出现的情形是,行政机关本应通过竞争性谈判择优选择经营者,却未按照市场竞争机制确定资源使用者或者占有者,而是指定独家特许经营者,排除、限制其他同业经营者的公平参与。^⑦在此类案件中,法院往往以行政机关违反竞争性程序为由,直接认定公平竞争权

^① 江苏省泰州市海陵区人民法院(2017)苏1202行初267号行政裁定书。

^② Vgl. Wahl/Schütz, in: Friedrich Schoch/Jens – Peter Schneider, Verwaltungsgerichtsordnung, C. H. Beck, Werkstand: 45. EL, Stand: Januar 2024, § 42, Rn. 289.

^③ 参见王世杰:《行政法上第三人保护的权利基础》,《法制与社会发展》2022年第2期。

^④ 陈国栋:《社会主要矛盾变迁与新时代行政法治的发展》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2019年第8期。

^⑤ 参见湖南省高级人民法院(2020)湘行再5号行政裁定书。

^⑥ 参见《市政公用事业特许经营管理办法》第8条。

^⑦ 参见《人民法院经济行政典型案例》,《人民法院报》2015年10月23日;《最高人民法院产权保护行政诉讼典型案例》,《人民法院报》2020年7月28日。

受到侵害。^① 例如,在前述“深圳市斯维尔科技有限公司诉广东省教育厅案”中,被告在赛事中直接指定使用第三人广联达的软件,法院认为指定使用行为侵害了竞争者的公平竞争权。而在“建明食品公司诉泗洪县政府检疫行政命令纠纷案”^②中,一审法院认为,“泗洪县政府下设的县生猪办在《屠宰管理通知》中仅将县肉联厂标注为生猪定点屠宰厂,侵犯了建明食品公司的公平竞争权”。二审法院认为,在该县仅有两家定点屠宰场所正常经营的情况下,行政机关指令停止对县肉联厂以外单位的生猪进行检疫,其中虽未提及建明食品公司的名称,但实质是指向该公司。这种就特定事项、针对特定对象所作的指令,对内、对外均发生效力,实际影响法人合法权益。^③ 虽然二审法院并未指明所谓合法权益具体是何种权益,但是应该推定为公平竞争权。

Abstract: In order to solve the problem of competitors' standing in administrative litigation, the Supreme People's Court introduced the right to fair competition. In administrative law, the right to fair competition is the competitors' right to compete on a level playing field to realize their economic interests, whereby competitors have the right to exclude illegal intervention of administrative agencies in the market. The competitors' right to demand fair competition stems both from the intrinsic nature of the socialist market economy provisions in Chinese Constitution and from the requirements of the principle of equality. Current theories and judicial decisions tend to judge the right to fair competition based on a narrowly defined competitive relationship, but this tends to blur the boundaries of competition and unreasonably expand the competitors' standing in administrative litigation. Therefore, the right to fair competition should not be determined based on a competitive relationship, but rather based on legal norms, contextualized with structures of private interests. In principle, the right to fair competition can only be recognized to a limited extent in partially negative competitor suits and in competitor exclusion suits.

Key Words: right to fair competition, competitor suit, subjective public right, standing in administrative litigation

责任编辑 谭冰霖

① 参见最高人民法院(2020)最高法行申 3832 号行政裁定书。

② 参见江苏省宿迁市中级人民法院(2004)宿中行初字第 6 号行政判决书。

③ 参见《建明食品公司诉泗洪县政府检疫行政命令纠纷案》,《中华人民共和国最高人民法院公报》2006 年第 1 期。