

## 论政府补贴法治： 产业政策法、财政法和竞争法的协同治理\*

姚海放

(中国人民大学法学院,北京 100872)

摘要: 政府补贴是政府或公共机构出于特定目的而对经济活动中的企业或个人提供的无偿的财产性资助。政府补贴是现代各国普遍采用的产业政策措施之一,具有必要性和正当性。我国的政府补贴范围广、数量多,实践中存在诸多问题,亟需以产业政策法、财政法和竞争法进行协同治理,将其纳入法治化运行轨道。其中,产业政策法确立政府补贴的必要性,并构成审核补贴正当性的重要实质标准;财政法约束着作为财政支出的政府补贴,力求其符合公共财政等财政法治的原则与要求;竞争法着重考量政府补贴对公平竞争的影响。为实现政府补贴法治化,一方面需要在理念上重申对政府权力的限制,合理界定政府补贴的范围;另一方面也需要完善绩效评价机制、公平竞争审查机制,并践行对政府补贴的实质性司法审查。

关键词: 政府补贴; 产业政策法; 财政法; 公平竞争审查; 补贴的可诉性

中图分类号: DF411 文献标识码: A 文章编号: 1005-9512-(2017)12-0012-10

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2017.12.002

政府补贴是当今世界各国普遍采用的产业政策措施之一。以国家职能为脉络,现代国家大体历经了政治国家、经济国家和福利国家的螺旋式发展历程;相应地,各国政府在基础设施、教育科研、医疗卫生、社会保障等领域的补贴范围和力度也越来越大。政府补贴在我国的经济社会实践中非常广泛:不仅计划经济时代为保障产品低价供应而进行的补贴仍遗存于个别行业或领域,而且在政府主导经济发展和产业升级的过程中,补贴“作为财政政策与产业政策的重要组成部分,成为推动经济结构调整的主要力量之一”。<sup>①</sup>然而,巨量的政府补贴在实践中也产生了诸多问题:不仅部分国有企业依靠政府补贴粉饰财务报表,<sup>②</sup>某些上市公司依靠政府补贴扭亏为盈以避免退市,<sup>③</sup>甚至有小部分企业因

---

作者简介: 姚海放,中国人民大学法学院副教授,法学博士,应用经济学博士后。

①王红建、李青原、邢斐《金融危机、政府补贴与盈余操纵——来自中国上市公司的经验证据》,《管理世界》2017年第7期。

②参见李春莲《2015年十大补贴王央企占七席中石化获补50亿居首》,《证券日报》2016年5月6日,第C1版。

③参见《93家上市公司靠补贴扭亏为盈》,《华西都市报》2014年9月22日,第a18版。

骗补行为而爆出丑闻,进而受到相应处罚。<sup>④</sup>

实践中的诸多问题促使人们重新审视政府补贴的必要性,这不仅是因为补贴措施一直以来面临着包括新自由主义经济学在内的理论批判,也不仅是因为政府补贴所造成的问题类似于国际贸易秩序中反补贴理论与实践所欲解决的问题,更是因为我国完善的市场经济体制和国家治理现代化目标对财政法治、公平竞争等价值的内在需求。同时,在确立政府补贴于我国经济社会发展必要性的基础上,还需完善政府补贴合理运行的制度,并在法治框架下审视我国现有的政府补贴实践,以期使其获得有效改进。

## 一、政府补贴法治化的必要性

政府补贴是诸多学科研究的对象,各学科基于自身理论视角的不同,分别给出了不同的界定,例如,财政学中将财政补贴看作是税收的对应面,或者是一种政府的转移性支出,并将其界定为“直接影响广义的私人部门的相对价格的政府支出”;<sup>⑤</sup>有的法学研究者将政府补贴界定为“政府或其他公共机构出于促进发展、保证经济公平的目的,对经济活动中的企业或个人提供的无偿的财产性资助”。<sup>⑥</sup>各学科涉及对政府补贴的必要性考察,大体都回溯到经济学理论,并深入实践进行考察。

### (一) 新自由主义经济学对政府作用的认可

在经济学的理论丛林中,对政府干预的批判最有力者,当属新自由主义学派。其基本观点是“资本主义市场经济是完善的,私人企业经营制度有很大优点,政府对经济的干预政策有弊而无害”。<sup>⑦</sup>例如,新自由主义代表人物之一的弗里德曼认为“在过去几十年里,政府所从事的较大部分新事业没有达到它们的目标……我们一直能负担和克服这些措施,原因仅在于市场的极不平凡的生产能力。那只看不见的手对进步的有效作用大于那只看得见的手对退化的作用。”<sup>⑧</sup>弗里德曼还指出,具体到政府补贴较为显著的农业和福利措施领域,“意图帮助贫困农民和消除在农业组织中被断言为非正常状态的农业方案已成为对公款的一种浪费、对资源的一种不恰当的使用、对农民所进行的日益沉重和具体的控制、对美国对外政策的严重的干涉,并且与此同时又对贫穷的农民帮助很少。意图改善穷人的房屋条件、减少青少年犯罪和帮助清除城市贫民窟的住房方案却使穷人的房屋条件变坏、助长了青少年犯罪并且增加了城市的破败”。<sup>⑨</sup>然而,在猛烈批判政府措施之余,即使是新自由主义者也无法绝对排除政府对社会经济事务的管理。弗里德曼的批判并非针对政府改革措施本身,而是因为“这些措施的主要缺陷是他们企图通过政府来迫使人民为了增进被设想为是普遍的利益而采取违反他们自己直接利益的行动”,<sup>⑩</sup>进而损害了自由。弗里德曼承认“政府的必要性在于:它是‘竞赛规则’的制定者,又是解释和强制执行这些已被决定的规则的裁判者。”<sup>⑪</sup>

新自由主义学派的另一个重要代表人物哈耶克认为“最小国家”即将“实施法律和抵御外敌当成

<sup>④</sup>参见《关于地方预决算公开和新能源汽车推广应用补助资金专项检查的通报》,http://www.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/bulinggong-gao/tongzhitonggao/201609/t20160908\_2413434.htm;《严惩新能源汽车骗补行为规范产业发展秩序》,http://www.miit.gov.cn/n1146285/n1146352/n3054355/n3057585/n3057589/c5428579/content.html,2017年7月12日访问。

<sup>⑤</sup>参见李扬《财政补贴经济分析》,https://wenku.baidu.com/view/6f39cf2acfe789eb172dc83f.html,2017年6月20日访问。

<sup>⑥</sup>王彦明、王业辉《政府补贴的法理与规制路径》,《河南社会科学》2015年第12期。

<sup>⑦</sup>胡代光、厉以宁编著《当代资产阶级经济学主要流派》,商务印书馆1982年版,第141页。

<sup>⑧</sup>[美]米尔顿·弗里德曼《资本主义与自由》,张瑞玉译,商务印书馆1986年版,第192页。

<sup>⑨</sup>同上注,米尔顿·弗里德曼书,第191页。

<sup>⑩</sup>同上注,米尔顿·弗里德曼书,第192页。

<sup>⑪</sup>同上注,米尔顿·弗里德曼书,第16页。

政府仅有的两项合法职能”的论说是一种误解。<sup>⑫</sup>相反,哈耶克承认,“在发达社会中,政府应当运用它所享有的经由征税而筹集资金的权力,并由此而为人们提供市场因种种缘故而不能提供或不能充分提供的一系列服务……作为公共资源的管理者,政府按照合法方式开展上述完全合法的活动的领域是极其广泛的”。<sup>⑬</sup>

因此,即使是最强调市场机制的作用而反对国家过度干预经济的新自由主义学派,也并未完全排除现代经济社会发展中政府的功能与作用;而在财政政策中作为转移支付支出的重要组成部分的政府补贴,从理论上讲也是一种可能采用的政府措施。

## (二) 实践层面亟需关注政府补贴法治化问题

抽象的理论解释与不同学派的观点纷争最终都需要历经实践的检验,政府补贴引发的问题更是在不同层面和范围获得广泛的关注。

国际贸易法领域一直高度关注补贴问题,反补贴是维护国际公平贸易的重要保护措施。反补贴在中国对外贸易活动中也愈显重要。“中国自 2004 年首次遭遇加拿大的三次反补贴以来,在全球被反补贴案例中的占比急剧上升,已经超过印度,累计成为 1995—2012 年世界第一大反补贴调查对象国,所遭受的反补贴调查案件占到 WTO 自 1995 年统计以来的 21%。”<sup>⑭</sup>目前,国际贸易领域的反补贴实践在各个体系中并不统一,如有学者基于美国联邦体系、WTO 和欧盟法比较的视角,认为此三者法律体系对补贴的规制各不相同:欧盟详述了国家援助(state aid)规则,WTO 反补贴规则错综复杂但执行偏弱,而美国国内更倾向采用自由放任的态度。<sup>⑮</sup>鉴于笔者在本文中的研究范围,笔者暂不论及国际贸易法领域的政府补贴问题。

国内法上的政府补贴在各国都比较常见,“补贴最早始于本世纪(20 世纪——引者注)60 年代,当时主要对造船业和航运业进行补贴。60 年代末,补贴重点是电子工业。进入 70 年代,则主要是对农产品进行补贴,许多国家都制定了农产品补贴计划”。<sup>⑯</sup>时至今日,即使是在美国这样的“宣称不提供补贴的国家”,在次债危机后为进行汽车产业救助以及引导新能源汽车产业,也从联邦和州的层面进行了大量的补贴实践。<sup>⑰</sup>进入 21 世纪后,基于我国经济转型升级的需求,政府在风电、光伏、新能源汽车等新兴产业领域进行了大量针对企业的直接补贴,同时也在家电下乡等项目中对消费者给予了间接补贴。基于经济转型和产业升级需求的政府补贴的基本理由在于:熊彼特的“创造性破坏理论”揭示了在长期经济增长过程中创新、企业家等非经济因素对资本主义健康、繁荣和发展的重要性。现代各国充分认识到发展战略型新兴产业是带动经济发展的突破口。“新兴产业的发展在很大程度上由科学技术水平决定……新兴产业的技术研发和创新活动具有很高的技术不确定性,创新活动本身也存在很强的外部性……需要完善的政府政策推动新兴产业健康持续发展。”<sup>⑱</sup>

然而,必要性并不等于有效性。考察近年来我国政府补贴政策的实施效果,不仅存在风能、光伏等新兴产业一哄而上以致出现产能过剩的情况,而且出现政府补贴的资金流向与补贴目标背道而驰的情形,如有数据表明 2014 年“上半年大部分政府补贴资金流向了产能过剩的行业,受补贴的企业

<sup>⑫</sup>[英]弗里德里希·冯·哈耶克《法律、立法与自由》,邓正来、张守东、李静冰译,中国大百科全书出版社 2000 年版,第 331 页。

<sup>⑬</sup>同前注<sup>⑫</sup>,弗里德里希·冯·哈耶克书,第 332 页。

<sup>⑭</sup>于蕾《从对华反补贴案的剧增看国际贸易保护主义发展的思潮》,《国际贸易》2013 年第 8 期。

<sup>⑮</sup>See Alan O. Sykes, “The Questionable Case for Subsidies Regulation: A Comparative Perspective”, Vol. 2 Journal of Legal Analysis, 2010, p. 473.

<sup>⑯</sup>王传丽主编《国际贸易法》,法律出版社 1998 年版,第 431 页。

<sup>⑰</sup>徐程锦《美国政府如何提供补贴——以汽车产业政策为例》,https://mp.weixin.qq.com/s/Lbhl371Ykx3Dmp-C9Jf-Q, 2017 年 7 月 12 日访问。

<sup>⑱</sup>徐娟《新常态下产业政策转型研究——新兴产业补贴方向与补贴时机比较》,《科技进步与对策》2016 年第 11 期。

遍布制造业、金融业、房地产业”。<sup>19</sup> 问题成因是多方面的,制度经济学在公共政策研究中从知识和可行性方面提出了有力的质疑——“政府的确具有重要的作用,但是在讨论公共政策上,必须为政府的知识匮乏和政府失灵的可能性留有余地。如我们已经看到的那样,不能自动假设,集体行动是受崇高的利他主义驱动的。也不能假设,已经被民间主体评估和否决掉了的昂贵解决办法,在由政府来执行时会变得不很昂贵。”<sup>20</sup> 经济学实证研究成果为上述政府公共政策失灵提供了证明,“公司累积的过度投资越多并陷入经营困境时,来自政府的财政补贴就会显著增加。政府补贴的输血作用导致企业去产能动机弱化,使社会总体产能过剩不断积累”。<sup>21</sup> 由此,在确立政府补贴作为政府对产业调控措施的理论与实践之必要性的同时,必须考虑政府补贴实践的有效性;解决该问题的出路在于政府补贴的法治化,即通过合理的制度设计规范政府补贴行为,促成其达成预设的目标,并减少政府介入所产生的负面影响。

## 二、政府补贴制度的产业政策法、财政法和竞争法三维平衡

以不同的学科背景或不同的视角观察事物,所强调的重点或所得的结论皆可能不同,此正所谓“横看成岭侧成峰”。在经济法领域考察政府补贴,较为常见的分析视角是产业法或财政法的角度。

政府补贴首先作为一种产业促进措施而进入法学学者研究或公众关注的视野。受限于产业政策法治的现状和产业政策法研究的当下水平,政府补贴制度并未在该领域获得足够的重视和深入的研究。政府补贴在我国社会主义市场经济建设和经济转型升级过程中被普遍采用,不仅存在向国有企业进行补贴的习惯和倾向,而且也存在大量地方政府补贴不规范的情形。<sup>22</sup> 客观上,政府补贴具有各种不同的标准和目的,从理论上梳理各类补贴实体规则及程序规定的共性有一定的难度。各级政府及其各部门实践操作中也有将政府补贴视为其权力的组成部分的习惯,所以,将政府补贴纳入法治化轨道实质上需要强调对各级政府及其部门权力限制的理念。尽管法治理念中包含了对各种权力的制衡与监督的含义,但在计划思维和官本位思想长期影响下的中国,特别是政府补贴被看成是政府有效调控经济的手段而具有必要性和正当性的情形下,要实现具体补贴操作中的权力限制,往往具有一定的难度。总体而言,在产业政策法领域,政府补贴作为一种政府促进或限制相关产业发展的具体措施而存在,对其具体制度及其实践运行的研究是相对缺乏的。或者说,产业政策法理论上证成了政府补贴存在的必要性和正当性,但对其如何在法治化环境下有效运行,还缺乏深入阐释。

财政法学研究中也关注和涉及政府补贴制度。理论上,政府补贴的本质是政府无对价的资金拨付行为,属于财政支出的范畴,因而需要遵循“财政民主、财政法定、财政健全和财政平等”等财政法基本原则。<sup>23</sup> 然而,长期以来我国财政拨款领域的制度建设较为薄弱,政府及其部门的意志是财政拨款的重大决定因素。“除了财政拨款的指导思想和原则外,我国财政拨款法目前亟待解决的问题是拨款的标准和程序问题。对于法定的财政拨款,应通过切实有力的方式保障相对人的领受权。对于行政机关可以自由裁量的财政拨款,也应该通过一定的标准和程序加以规范。”<sup>24</sup> 这方面的法制建设已经在2015年修订的我国《预算法》中予以加强。在修订后的我国《预算法》强调全口径预算和预算

<sup>19</sup> 《变味的政府补贴: 大部分补贴流向产能过剩行业》, <http://finance.21cn.com/stock/hgyj/a/2014/0912/10/28215097.shtml>, 2017年7月12日访问。

<sup>20</sup> [德]柯武刚、史漫飞《制度经济学: 社会秩序与公共政策》,商务印书馆2000年版,第412页。

<sup>21</sup> 莫小东《政治周期、政府补贴和产能过剩》,《投资研究》2017年第4期。

<sup>22</sup> 参见杨丹辉、李晓华、渠慎宁《当前产业补贴存在的主要问题与完善措施》,《问题与对策》2014年第1期。

<sup>23</sup> 参见熊伟《财政法基本原则论纲》,《中国法学》2004年第4期。

<sup>24</sup> 刘剑文、熊伟《财政税收法》(第六版),法律出版社2014年版,第50页。

法治的基础上,特别是在该法第 38 条新增转移支付编制规定的情形下,财政部发布的《中央对地方专项转移支付管理办法》(财预[2015]230号)对专项转移支付制度进行了较详细的规定,在一定程度上弥补了财政拨款法治化缺失的弊端。同时,人们也应当客观地认识到,在省级以下专项转移支付的实践中,不规范的问题仍然相当严重。

产业政策和财政政策与法治存在密切联系,“规划和产业政策在不同程度上具有预测性、或然性,其落实需由不同利益、不同主体进行博弈,在博弈中辨明其正误和可行性程度,以问责制来保障合理合法行为的有利后果和不当不法行为的不利后果的实现,从而将设想转变为有益、有效的行动。相对于财政的运行,这是一种相对柔性、自发、松散、时间跨度较长的过程,而且需要财政的配合才能奏效,规划和产业政策的可行及落实程度与财政能在多大程度上给予支持是呈正相关的”。<sup>⑤</sup>当然,两者之间也仍然存在着显著的差异:包括政府补贴制度在内的财政支出法主要规范财政支出的法律或财产关系及其实施,不仅与基于产业政策法视角关注政府补贴存在目的与实施手段的立场之间存在差异,而且相对于产业政策宏观指导下的具体产业规则及其落实而言,我国财政支出法治实践有着更大的自由裁量空间,其更需要关注“通过理性的程序设计来减少恣意,具体表现为以参与性为核心,以公开性为前提,以救济性为保障”。<sup>⑥</sup>

伴随着公平竞争观念的深入人心和竞争法治的完善,政府补贴的公平竞争效果考察也逐渐进入经济法学研究的领域。政府补贴使被补贴企业获得财务上的资助,从而相对于未获得补贴的企业而言具有竞争优势。尽管资金优势仅是市场竞争优势的一部分,然而,一方面,政府补贴通常会倾向于给予跟政府有政治联系的企业,<sup>⑦</sup>从而使得跟政府政治联系较弱企业在竞争中处于劣势;另一方面,地方政府具有较强的经济自主权和财政支出的支配权,各地主要政府官员在决定向企业提供政府补贴的过程中实际上拥有很强的自由裁量权,<sup>⑧</sup>由此会导致不同企业之间在获取政府补贴的可得性或程度上的不公平。此外,政府补贴范围广、形式表现多样,不仅局限于财政资金直接支出的“补贴收入”形式,更有“增值税返回、财政补贴、财政综合、新产品返回、税收奖励、创新鼓励及其他”等表现形式。<sup>⑨</sup>当某企业获得特定形式的政府补贴后,后续补贴的选择标准中往往会包含已获政府认可的各种因素,由此,先前获取政府补贴企业的“先发优势”会产生马太效应和蝴蝶效应,进而使“先发企业”更容易获取后续的其他类别政府补贴,实质上形成对其他企业公平竞争的持续性不利影响。

基于上述政府补贴对公平竞争可能产生的影响,在政府补贴制度设计及运行中引入公平竞争审查机制就显得尤为必要。有学者指出“不当的政府补贴加剧了企业之间的不公平竞争……与地方政府补贴相关的地方性法规、规章、规范性文件和其他政策措施,都应当接受公平竞争审查。”<sup>⑩</sup>在《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》(国发[2016]34号,以下简称《国务院公平竞争审查意见》)整体构建公平竞争审查制度的基础上,2017年公平竞争审查工作部际联席会议原则审议通过了《公平竞争审查制度实施细则(暂行)》(发改价监[2017]1849号)以及相关工作方案与工作重点等文件。由此,在政府补贴的实践中引入公平竞争审查机制也具有了相应的法律依据。

<sup>⑤</sup>史际春、宋槿篱《论财政法是经济法的“龙头法”》,《中国法学》2010年第3期。

<sup>⑥</sup>陈立诚《财政支出法构建:一个文献综述》,《重庆社会科学》2014年第9期。

<sup>⑦</sup>“跟政府有政治联系的企业”并不是一种准确或可计量的定义,其大体指企业与政府部门或拥有政治权力个人之间形成的非正式、特殊的政企关系。由于国有企业与政府之间的历史与法律关系,国有企业往往被认为具有典型的政治联系企业。民营企业可能出于招商引资、财政贡献等原因,甚至因与政府领导之间的非正式关系,而成为具有政治联系的企业。当然,政治联系应当和政治贿赂或腐败等概念相区分。对民营企业政治联系及其财政补贴效果的研究,参见余桂明、回雅甫、潘红波《政治联系、寻租与地方政府财政补贴有效性》,《经济研究》2010年第3期。

<sup>⑧</sup>参见上注,余桂明、回雅甫、潘红波文。

<sup>⑨</sup>唐清泉、罗党论《政府补贴动机及其效果的实证研究——来自中国上市公司的经验证据》,《金融研究》2007年第6期。

<sup>⑩</sup>吕清正、郭志远《我国政府补贴的法律治理》,《江淮论坛》2017年第3期。

综上所述,政府补贴法治应主要从产业政策法、财政法和竞争法进行三维构建:产业政策法确立政府补贴的必要性,也构成审核各类补贴制度或政策的正当性标准,即政府补贴的设置应当以实现相应的产业目标为宗旨;财政法约束着作为财政支出的政府补贴,使其符合公共财政等财政法治的基本原则与要求,并且主要提供政府补贴制度运行的过程依据;<sup>③</sup>竞争法着重考量政府补贴实施对公平竞争的效果,一方面有助于宣传引导和贯彻公平竞争的基本理念,另一方面也可以从竞争者的角度为政府决策者提供评估政府补贴具体效果的信息,进而使政府补贴更加符合产业政策法和财政法框架下设定的目标。

### 三、优化政府补贴法治化运行的具体措施

任何一项制度仅凭良好的初衷和完善的纸面设计是无法取得预设的实践效果的,法谚“徒法不足以自行”集中表达了此意。政府补贴良好实践效果的取得,不仅需要法律制度的顶层设计,也需要富有可操作性的具体措施和法律救济途径。以下笔者拟从当下政府补贴实践及其存在问题出发,提出若干观念或制度设计方面的建议。

#### (一) 收缩权力以规范政府补贴的恰当运用

政府补贴作为产业促进措施固然有其必要性,但在诸种产业措施中其弊端也较为明显,因此应谨慎采用。第一,理论上,政府补贴不仅是财政资源的无偿支出,采用补贴实质上是用不特定纳税人的资源补贴特定企业,其合理性论证存在一定难度,而且政府补贴会导致不利于市场公平竞争的结果。第二,实践中,政府补贴较其他产业措施更容易获得企业的欢迎,政府感觉补贴措施对产业促进作用更为明显,官员更容易找到“权力的感觉”,加之政府在补贴管理中重前端资格确定而轻后续效果监督,导致政府、官员和受补贴企业普遍偏好补贴措施。至于政府补贴是否能达致相关产业目标,因产业目标实现是多种要素汇集共同作用的结果,并且政府在后续评估和监督中可能因信息搜集处理困难等诸多原因而无法“明察秋毫”,使政府补贴的实际效果可能会大打折扣。

基于上述第一项理由可得出以下推论:在社会主义市场经济条件下,按照政府与市场关系的一般原理,应当将政府补贴限于市场不能的领域范围,同时,在该种需要政府介入的领域中,如能采用其他对市场机制影响更小的产业措施,则政府补贴手段应当居后。具体而言,在考虑某项补贴措施是否正当时,可借鉴比例原则处理,即考虑该项补贴的适当性、必要性和均衡性。其中,必要性及均衡性的考量尤为重要,即需要通过最小损害原则和狭义比例原则来衡量,要求“公权力行为者拟采用的追求某个正当目的的手段不仅应当损害最小,而且其所增进的公共利益与所造成的损害应当成狭义比例”。<sup>④</sup>具体到政府补贴领域,不仅要考察补贴对所追求的产业目的的适当性,而且要考虑补贴是否是诸种产业措施中造成损害最小的措施,并且,相对于其所产生的对竞争及财政的负面影响而言,补贴所能增进的产业目标与其产生的负面影响还应被限制在一定的比例范围内。

鉴于上述第二项理由,更需要对政府补贴的权力进行相应限制。限制政府补贴的权力实质上更为广泛地涉及政府法治话题,因此显得更为复杂。很长一段时间内,各地政府在“晋升锦标赛”中上演各种不当竞争行为,如为发展地方经济以获得更好的官员晋升机会的锦标赛中,通过招商引资和扶持本地企业以支持本地经济发展和GDP政绩,不少地方政府通过“红头文件”突破法律规定而给特定企业各种政策优惠。这种做法虽在整体上能促进中国经济快速发展,但也具有诸多负面效果,如“在

<sup>③</sup>我国《预算法》于2015年修订后,财政部重新制定了《中央对地方专项转移支付管理办法》[财预(2015)230号],全面地规定了中央对地方专项转移支付的设立和调整、预算编制、资金管理、绩效管理、监督和追责等事项,也为规范政府补贴提供了规范依据。

<sup>④</sup>刘权《目的正当性与比例原则的重构》,《中国法学》2014年第4期。

政府职能呈现多维度和多任务特征时,晋升锦标赛促使地方官员只关心可测度的经济绩效,而忽略了许多长期的影响”,“通过晋升激励支撑的对企业的扶持和产权保护肯定不如通过健全的司法保护更透明和更持久”。<sup>③</sup>

在限制各级政府采用政府补贴的具体做法方面,首先需要从政府补贴的财政法属性入手,将政府补贴纳入预算管理,妥善处理好政府补贴设定权限的横向配置和纵向配置问题。从横向分权的角度看,遵循财政法定和预算民主的原则,权力机关在政府补贴决策中应通过预算等方式进行决策审核与预算监督;应当避免政府通过“红头文件”等方式较为随意地确定补贴的情形。从纵向分权的角度看,目前中央对地方转移支付制度基本确立,较为复杂并急需完善的应是省级以下政府的各种补贴制度与规则。从根本上讲,对这部分补贴更应当采取谨慎的态度,有必要限制较为基层的政府采用补贴的方式,同时也有必要缩限补贴的范围和采用方式。“中央立法对政府补贴的基本范围作出层次化和整体化的规定,在基本范围内立法设定法定补贴,而基本范围之外的政府补贴,只能在年度的财政预算中提出。”<sup>④</sup>

## (二) 引入绩效评估制度作为决策的参考

政府补贴是实现产业政策目标的手段,对其实施效果的评价标准之一为“是否实现特定产业政策目的”。因此,在补贴设定之初,明确其所需实现的产业目标或具体的衡量标准,显得较为重要。同时,产业政策目标也可能伴随经济社会发展而发生变动,补贴等产业措施在促进或实现产业目标的有效性方面也会发生变化。前者如我国先后发布的几个关于汽车产业的发展政策中,所含的目标有一定的变动。后者如有研究表明,产业政策在公布之日后短期内能发生较为明显的效果,如给投资者带来较高的超额收益,但在中长期对收益率没有影响。<sup>⑤</sup>这也正好说明了产业措施在实现产业目标的过程中,随着时间延长,其有效性减弱的特点。有学者根据产业发展的不同阶段提出使用不同的补贴方式,“当产业处于初创期时,政府可以直接对投资行为进行补贴,以促进新兴产业快速发展;当产业发展至成熟阶段,产能可能出现过剩时,政府应适当减少甚至取消对投资者的直接补贴,提高研发补贴比例,增加企业有效供给;同时,加大对消费者的补贴力度,在提高消费者福利水平的基础上,扩大新兴市场产品需求”。<sup>⑥</sup>

因此,对相对长期的产业政策依社会经济实际情况进行恰当的修正,本身就是政府补贴等产业政策法治所要求的,这种政策修正的依据本身就包含了通过绩效评价获取的信息。换言之,即使在最初确立补贴所需实现的产业目标的基础上,在补贴政策的实施过程中,也需要不断评估、调试补贴政策,以便根据社会经济、产业现状、补贴目标等因素进行补贴政策的调整。该调整的前提是补贴者对补贴实施的绩效进行全面的评估。

此外,财政法角度也为政府补贴的绩效评价提供了制度依据。中国共产党十六届三中全会《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》明确提出了“建立预算绩效评价体系”,2015年我国《预算法》修改后,其第12条“预算原则”的规定中增加了“讲究绩效”的表述,为预算绩效管理制度提供了法律依据。操作上,我国《预算法》2015年修订之前,财政部已于2011年印发《财政支出绩效评价管理暂行办法》(财预[2011]285号)、《关于推进预算绩效管理的指导意见》(财预[2011]416号)等相关部门规章和政策文件;中国资产评估协会发布了《财政支出(项目支出)绩效评价操作指引(试行)》(中评协[2014]70号),规范评估机构对财政支出的经济性、效率性和效益性进

<sup>③</sup>周黎安《中国地方官员的晋升锦标赛模式研究》,《经济研究》2007年第7期。

<sup>④</sup>同前注<sup>③</sup>,吕清正、郭志远文。

<sup>⑤</sup>韩乾、洪永森《国家产业政策、资产价格与投资者行为》,《经济研究》2014年第12期。

<sup>⑥</sup>同前注<sup>⑤</sup>,徐娟文。

行客观公正的评价。

尽管财政支出绩效评价制度逐步建立,但实践中仍然存在如下问题。第一,纳入绩效评价的财政支出范围较为有限,如果将有关的财政支出项目纳入绩效评价范围,采用自评的项目基本无法发现问题,即使引入第三方评价的项目也往往因信息不充分、利益冲突等原因而难以实现通过评估提升预算支出绩效的效果。第二,目前,有关的绩效评价办法和操作指引虽然都对评价原则、评价内容、评价报告等进行了规定,但评价指标的科学设定本身就是个权衡的问题,更何况绩效实现、存在问题与原因之间的因果关系并非如理论描述的那样清晰直接。这就直接影响到责任认定和改进措施的采纳,使得财政支出绩效评价远不像制度设计时考虑的那样完美。此外,在评价方法上,目前常采用成本效益分析法、比较法、因素分析法、最低成本法、公众评判法等方法。姑且不说各种量化和数值式的评价方法在多大程度上能够反映客观真实的问题,即便是在诸如公众评判法等相对主观的方法中,调查抽样的规模大小、对象选择等因素,也都会影响评价的结果。因此,现实地讲,绩效评价机制并不完善,在对政府补贴绩效评估时,有必要引入该制度作为参考,但不能以此作为绝对的依据。

至于基于产业目的的补贴绩效评价和基于财政目的的补贴绩效评价,它们原本是两种不同的评价,然而,一方面,在财政部、中国评估师协会发布的相关规范中,对财政绩效的评估指标、考量因素中已经包含了所涉产业政策目标的评价,另一方面,分割产业和财政两个绩效评价不仅绝对割裂了补贴的最初目的,而且会增加企业经营负担。因此,笔者建议可以按照补贴项目制管理的方式,在对具体补贴的绩效评估中引入产业和财政专家,进行一次评估。

### (三) 完善对政府补贴的公平竞争审查机制

对政府补贴的公平竞争审查是降低补贴对市场机制扭曲的重要手段和途径。“对政策法规实施情况进行评估和监督至关重要,应重点加强对财政补贴扶持产业发展政策实施情况的评估,深入分析财政扶持政策对创造公平竞争市场环境的影响。”<sup>⑤</sup>考量对“公平竞争市场环境的影响”,一方面是尽量缩减补贴的范围,另一方面是“在国家产业政策不可避免的情况下,国家的财政补贴应当有一个公平竞争审查,特别是企业如何取得政府补贴的程序应当公开,政府补贴的各种标准应当透明”。<sup>⑥</sup>

事实上,对政府补贴竞争效果的分析也是我国公平竞争审查制度的重要内容,“国务院在《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》中对各级政府的补贴政策和税收政策的适用进行了明确规定,弥补了当前以《反垄断法》为主的竞争政策体系缺乏相关条款的缺陷,既保证补贴政策刺激产业发展的有效性,同时保证补贴政策符合竞争原则”。<sup>⑦</sup>尽管有学者也提出了我国《反垄断法》修改需要“把公平竞争审查机制法律化”,<sup>⑧</sup>但笔者认为更重要的是公平竞争审查机制本身的制度建设与完善,这包括审查主体、审查程序与法律后果等方面。第一,在审查主体方面,《国务院公平竞争审查意见》主要采取自我审查的方式,包括“听取利害关系人的意见,或者向社会公开征求意见”,同时,《国务院公平竞争审查意见》还提出“在条件成熟时组织开展第三方评估”。基于自我审查的制度安排,有学者陈述了如下担忧:“自我审查时能不能过滤出相关违法性要素不是审查者的主观愿望问题,而是识别能力的问题。有理由相信,未来一段时期内这种程序和实体间的矛盾仍难以很好地解决。”<sup>⑨</sup>第二,在审查程序方面,“现有内容都没有对自我审查方式所应当采取的操作流程做出必要的

<sup>⑤</sup>施政文《财政补贴与市场公平竞争》,《中国工商管理研究》2014年第9期。

<sup>⑥</sup>王晓晔《关于公平竞争审查制度的若干思考》,载陈云良主编《经济法论丛》(2017年上卷),社会科学文献出版社2017年版,第89页。

<sup>⑦</sup>叶光亮《论公平竞争审查》,《竞争政策研究》2016年第6期。

<sup>⑧</sup>《反垄断法有望迎首次修订 或将写入公平竞争审查机制》,http://news.china.com/news100/11038989/20170911/31349953\_all.html#page\_2 2017年7月20日访问。

<sup>⑨</sup>刘继峰《论公平竞争审查制度中的问题与解决》,《价格理论与实践》2016年第11期。



说明”建议“除了强化审查责任主体应当听取利害关系人的意见或者向社会公开征求意见并依法进行信息公开外,《国务院公平竞争审查意见》自身还应当对公平竞争审查的基本操作流程进行合理规定,至少应当强调各类审查责任主体的程序设置要求”。<sup>⑫</sup>第三,在法律后果方面,“除了缺少激励性机制外,《国务院公平竞争审查意见》在公平竞争审查制度的约束性机制上也存在诸多不足……并没有指明潜在责任的具体类型,即法律责任还是政治责任,也没有指明承担相应责任的情形”。<sup>⑬</sup>这些针对现有公平竞争审查制度不足所提出的意见和完善建议,也同样存在于对政府补贴的公平竞争审查中,可以供决策者借鉴采纳。

在此,结合中国实践,还要注意的,目前包括政府补贴在内的诸种政府产业措施,很大程度上是以“试点”、“改革”或“创新”的名义进行的,效果上为实现特定政府目的而损害市场公平竞争机制的嫌疑。按理说,在一国社会经济转型较为快速和彻底条件下,“试点”有助于理顺改革过程中的各种利益关系,为妥善处理转型累积的社会问题提供经验和时间,然而,长期以来以试点名义不断突破成文的法律规则,制造出“特殊”,就会损害法治的统一与权威,因此有必要慎重对待。具体而言,各级公平竞争审查机构在审查过程中需要有足够的勇气,顶住政府以试点名义损害公平竞争的行为,如此,对政府补贴的公平竞争审查机制才会真正有效。

#### (四) 确立补贴的可诉性及完善相应的司法救济

政府补贴常以政府规范性文件形式发布,尽管我国《行政诉讼法》允许对抽象行政行为进行附带的司法审查,但实践中对补贴的司法审查及救济仍具有一定困难。

首先,因政府补贴而受损害或遭遇不利影响的证明即是一项难题。提起不当政府补贴诉讼的主体,理论上包括本应获得补贴但未获取的企业、被错误终止或撤销补贴的企业、因竞争对手获取补贴而使自身公平竞争权遭受侵害的企业,广义而言,更包括政府补贴可能损害的其他利害相关者。仅以未获取补贴即提出“公平竞争权遭受侵害”的主张是否能够成立,利害关系人所受损害与是否获得补贴的事实之间是否存在因果关系,等等,皆不易确定。<sup>⑭</sup>美国法在诉讼主体资格方面较之我国法更为宽松,并不局限于补贴损害公平竞争权利,只要求竞争者的利益受损甚至有事实上的损害存在即可。<sup>⑮</sup>因为通常对政府补贴提起的诉讼救济主要争议焦点为是否因政府补贴而受到不利益影响,以及公平竞争权是否受到侵害,所以,对政府补贴的诉讼主体不应局限于接受补贴的企业,而是也应包括受补贴政策或行为影响而有利益损害者。至于原告所主张的政府补贴使其遭受损害或不利益影响是否成立,则应由原告在具体的诉讼中举证证明。

理论上,除企业及利害关系者作为政府补贴诉讼原告外,如公平竞争审查主体认为政府补贴政策有损于公平竞争而不应出台或者被清理,补贴政策制定主体不服的,也可以提起诉讼。这方面,俄罗斯联邦的经验可供借鉴:如果政策制定主体对停止执行的决定不服,可以提请法院进行司法审查。<sup>⑯</sup>实践中补贴政策制定主体作为原告起诉公平审查主体的情形并不常见,更何况目前我国公平竞争审查多采用自我审查方式,此类诉讼更为罕见。

其次,对政府补贴的行政诉讼需要采取实质性审查的方法进行。提出需要实质性审查问题,是因为在最高人民法院 2003 年公布的“吉德仁等诉盐城市人民政府行政决定案”中,<sup>⑰</sup>江苏省高级人民法院并未对政府行为是否构成对吉德仁等人的公平竞争权损害的实质性问题进行判断,而是通过“直

<sup>⑫</sup>丁茂中《论我国公平竞争审查制度的建立与健全》,《竞争政策研究》2017 年第 2 期。

<sup>⑬</sup>同上注,丁茂中文。

<sup>⑭</sup>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。

<sup>⑮</sup>参见上注,王彦明、王亚辉文。

<sup>⑯</sup>同前注<sup>⑭</sup>,刘继峰文。

<sup>⑰</sup>参见《吉德仁等诉盐城市人民政府行政决定案》,《最高人民法院公报》2003 年第 4 期。

接认定该《会议纪要》违反上级法规而予以撤销”的方式作出判决。<sup>④⑧</sup>换言之,在此类行政诉讼中,我国法院常以程序性原因否定政府决定的合法性,而不太愿意对涉案问题进行实体性判断。我国法院如此操作有其合理性:一方面,以程序性问题直接否定行政主体行为的合法性,于解决讼争、做出判决已然足够;另一方面,涉及诸如公平竞争权、产业政策等并无绝对明确标准的权衡事项,法院在专业方面的欠缺也使其保持必要的谦抑,避免以司法判断来取代行政的或专业的判断。然而,笔者认为,在涉及政府补贴的司法审查中,仅仅通过程序性审查而不涉及对实体问题的分析和判断,是难以满足政府补贴案件对司法及其救济的客观需求的;最起码无法通过司法审判积累一定的规则,对今后的政府补贴法治提供有指引价值的信息。因此,有必要对政府补贴诉讼进行实质性判断。

具体而言,政府补贴诉讼中的原告可能依财政法或公平竞争制度两项不同的依据提起诉讼;法院在不同的诉由下需要区别案件类型和要点进行审理。通常以财政法依据提起诉讼,当事人往往主张政府补贴导致财政资金的浪费,或者更进一步主张财政补贴的实施无法实现补贴所需达到的产业政策目标。此种类型的诉讼中,法院应当注重判断产业政策目标和措施设定是否符合更高层级规划和产业政策的要求,判断补贴支出是否符合我国《预算法》及财政部门的规则要求,判断补贴设置条件是否合理及非歧视等要求。若当事人以政府补贴损害其公平竞争权为依据提起诉讼,则法院在审理案件过程中,将更多地关注补贴政策对公平竞争秩序的影响,通过参考审理竞争案件所需考量因素,判断补贴是否存在歧视、针对特定对象设置、客观上造成准入难度提升或妨碍市场机制选择或淘汰经营不善者等情形,进而通过保护具体竞争者的利益而维护整体竞争秩序。尽管每个涉及政府补贴的诉讼案件可能具有不同的实体侧重,但都不可能排除在审判中对补贴所涉及的财政、公平竞争、产业或规划等实体问题进行考量。至于法院在判断此类问题上的专业劣势,则可以通过在案件审理过程中引入专家咨询或证人等方式予以缓解。

#### 四、结 语

现代国家中政府在社会管理、经济发展、改善民生等方面发挥日益重要的作用,同时对政府各种行为进行约束或纳入法治化轨道也成为基本共识。在福山看来,国家、法治和责任政府是“现代的、乃至良好的政治秩序的三个基本标志”,“国家能力是强调集中和行使政治权力;而法治和责任政府则是强调限制和约束国家权力,迫使政府依据公开和透明的规则来行使权力,并确保国家从属于民众的意志”。<sup>④⑨</sup>由此,具体到政府补贴的法治领域,通过产业政策法治明确政府补贴制度设计的目标,通过财政法治提升政府补贴的民主与效率,并通过竞争法治确保政府补贴的公平,三者无论在各种差异化的补贴制度的设计与运行中,还是在具体案件的审查中,都相辅相成,共同推动着政府补贴法治目标的实现。

(责任编辑:徐澜波)

<sup>④⑧</sup>同前注<sup>④④</sup>,王彦明、王业辉文。

<sup>④⑨</sup>何怀宏《国家能力、法律规范与责任政府——读福山〈政治秩序的根源〉》,《国际经济评论》2012年第1期。