

· 马克思主义法学专论 ·

市场主体平等保护 对我国经济宪法的塑造

任喜荣*

内容提要：在社会主义市场经济条件下，国家是否以及如何承担对市场主体的平等保护义务，是重要的经济宪法问题。我国的市场经济法律体系对市场主体平等表现出了明显的强国家保护倾向。这种强国家保护倾向是与西方传统平等保护理论中的弱国家保护倾向相比较而言的，是我国由计划经济向市场经济转型过程中长时段制度累积的结果，塑造了我国经济宪法的规范结构和制度倾向。在强平等保护义务的影响下，我国经济宪法的实施应该形成以平等的制度供给与差别对待的合宪性审查齐头并进的局面，具体指向市场主体规则平等、优化公平竞争审查、禁止歧视性分类、确立统一尺度的严格合宪性审查基准等方面，从而保证各种所有制经济依法平等使用生产要素、公平参与市场竞争、同等受到法律保护。

关键词：市场经济 市场主体 平等保护 经济宪法 合宪性 审查基准

引言

在社会主义市场经济条件下，国家是否以及如何承担对市场主体的平等保护义务是重要的经济宪法问题。党的二十届三中全会围绕构建高水平社会主义市场经济体制，继续强调“保证各种所有制经济依法平等使用生产要素、公平参与市场竞争、同等受到法律保护”“推动市场基础制度规则统一、市场监管公平统一、市场设施高标准联通”“依法平等长久保护各种所有制经济产权”等内容。^{〔1〕}为更好发挥市场机制作用，国家正通过平等的制度供给和平等的权利保障等法治化方式，承担越来越积极的市场主体平等保护义务。对于平等保护义务的规范

* 吉林大学法学院教授。

本文系国家社科基金重点项目“合宪性审查机关的宪法说理研究”（22AFX006）的阶段性成果。

〔1〕《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》（2024年7月18日中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议通过），《人民日报》2024年7月22日第1版。

基础、履行方式、审查基准等问题的思考，需要以经济宪法的原则和规定为前提。

宪法中与经济相关的制度、政策、组织、职权、权利等条款，构成宪法中的一个“子系统”，即经济宪法。^{〔2〕}宪法对经济秩序加以系统规定，可谓宪法的现代“基因”。德国魏玛宪法率先用专章规定了“经济生活”，“二战”后，许多国家的宪法都增加了经济制度类条款，以此实现对经济秩序的原则性限定，“在经济领域中以宪法特有功能创造社会财富，逐步消灭贫困，实现经济正义”。^{〔3〕}我国现行宪法中的经济宪法规范条文数量多，在为民商法、经济法等部门法提供根本法依据的同时，也为社会主义市场经济运行中的国家干预提供了合宪性审查基准，是处理好政府与市场关系这一核心问题的根本法律依据。但是，我国经济宪法的系统性还有待加强。现行宪法虽然确认了社会主义市场经济体制，同时通过宪法第12条、第13条、第16条、第17条、第18条等条款规定了公共财产、私有财产、国有企业、集体企业、外国企业的宪法地位及相关内容，但并未以一般性条款明确规定对市场主体的平等保护，由此形成了平等保护上的“宪法渊源差”。^{〔4〕}宪法中的一般平等权条款，也尚未被解释适用于法人、非法人组织等市场主体。这种结构性安排使得市场经济法律体系的内在融贯性问题突出，特别是无法以宪法中的平等原则、平等权利统率全部经济立法。

在宪法未就市场主体地位平等、权利平等作出直接规定的前提下，需要回归宪法中的社会主义市场经济条款和一般平等权条款，通过对平等权利主体的扩大解释，以及对国家不得歧视的消极义务和积极保护义务的论证，为市场主体地位平等、权利平等、受国家平等保护提供根本法依据；通过对法律规范的事前、事中与事后的合宪性审查，保证经济领域立法的融贯性。本文以对市场主体国家平等保护义务是宪法义务的论证为前提，探讨如下问题：其一，社会主义市场经济条件下，市场主体平等的强国家保护义务在我国是如何形成的；其二，市场主体平等的国家保护义务对我国经济宪法规范结构有何影响；其三，强国家保护义务的影响下，我国经济宪法实施的重点是什么。对上述问题的探究，有利于加强宪法与民商法、经济法的内在融贯性，有利于更好理解我国经济宪法规范的结构特征，从而全面发挥经济宪法在部门法制定、经济权利保护以及合宪性审查基准确定等方面的权威功能，为进一步全面深化改革、更好平衡政府与市场的关系提供法治思考。

一、市场主体平等的强国家保护义务在我国形成

我国宪法规定：“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”“国家尊重和保障人权”。将这些规定中的“公民”和“人”拓展至“法人”和“非法人组织”，使其涵盖所有市场主体，是对市场主体平等保护义务进行宪法学研究的规范基础。目前，民商法、经济法等部门法的规范内容，以及比较宪法学的研究成果可以为此提供解释学的支撑。此外，与西方传统平等保护理论中的弱国家保护倾向相比较，我国的市场经济法律体系在市场主体平等保护方面表现出了明显的强国家保护倾向。这种强国家保护倾向，是我国由计划经济向市场经济转型过程中长时段制度累积的结果，塑造了我国经济宪法的规范结构和制度倾向。

〔2〕 这是一种“狭义”或“形式”的经济宪法概念，也是本文所采用的概念。参见〔德〕罗尔夫·施托贝尔：《经济宪法与经济行政法》，谢立斌译，商务印书馆2008年版，第32页。

〔3〕 韩大元：《亚洲立宪主义研究》，中国人民公安大学出版社2008年版，第238页。

〔4〕 参见张力：《国有企业特殊对待与市场主体平等保护的规范势差及其限缩》，《法学研究》2024年第6期，第25页。

(一) 国家对市场主体的平等保护义务是宪法义务

民法是市场经济的基本法，民事法律关系的本质特征在于主体地位的平等性。在我国民法典已经对宪法中的基本经济制度和市场经济条款具体化后，仍有必要对市场主体平等保护义务的宪法性加以分析。这是因为，“实现民事主体之间的实质平等，不是民法独立承担的使命”，〔5〕而是法律体系整体运行的结果。以宪法中的一般平等权条款和经济秩序条款为规范基础，可以确保法律规范体系的一致性和融贯性，切实保证市场主体的法律地位平等。

1. 部门法层面的国家平等保护义务

从西方传统经济学理论看，“市场主体平等”反映的是市场的内在规定性。“市场是私人活动和经济生活的领域。作为私人之间的经济关系，市场关系是个人之间权利和活动的让渡和交易。”〔6〕以这样的逻辑为前提，一切进入市场的主体都被推定为地位平等，即在法律上抽象的人格平等。许多西方国家的民事立法并没有刻意明文规定平等，〔7〕而是把民事主体（包括市场主体）的地位平等作为一种“公理性原则”对待。〔8〕与之相比，我国民法典不仅明确规定民事主体在民事活动中的法律地位一律平等（第4条）、自然人的民事权利能力一律平等（第14条），还明确规定民事主体的财产权利受法律平等保护（第113条）、保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利（第206条）。民法典的上述规定，反映了“社会主义市场经济和民主政治的本质要求”。〔9〕

我国的社会主义市场经济是在改革原有计划经济的基础上发展的。改革开放之前，除公有制经济形式，即全民所有制和集体所有制经济外，其他经济形式几乎没有存在的制度空间，“城市仅留下微不足道的个体经济，私营经济近乎绝迹”。〔10〕改革开放之后，我国实现了由计划经济向市场经济的过渡，社会主义市场经济条件下主体地位平等的认识逐渐形成，“各种所有制经济形成的市场主体都在统一的市场上运作并发生相互关系，各种市场主体都处于平等地位，享有相同权利，遵守相同规则，承担相同责任”。〔11〕扭转个体经济、私营经济等非公有制经济长期受到不平等对待的制度倾向，为各类市场主体，包括公司、非公司企业法人、个人独资企业、合伙企业、农民专业合作社、个体工商户等，提供平等的发展环境，依法确认各类市场主体的平等发展权利，平等保护各类市场主体的财产权利等，构成了国家的平等保护义务，这种义务具体可以指向强化立法平等保护、深化行政执法的平等保护、加强司法的平等保护等内容。〔12〕

以民法典、反垄断法为代表的部门法，从市场主体法律地位、市场准入条件、市场监管规则、市场退出机制和合法财产权益的保护等市场经济的诸多方面，纷纷确认了各类市场主体的平等法律地位和国家的平等保护义务。目前，市场主体国家平等保护义务在部门法中已实现了系统的法律化，形成了横向覆盖民商法、经济法、行政法、刑法，纵向覆盖中央立法到地方立法的法律规范体系。除民法典、反垄断法等法律就保障一切市场主体的平等法律地位和发展权

〔5〕 王利明主编：《民法》上册，中国人民大学出版社2020年版，第42页。

〔6〕 张曙光：《走向市场经济的制度结构：市场、政府和道德》，《天津社会科学》1998年第3期，第12页。

〔7〕 参见徐国栋：《平等原则：宪法原则还是民法原则》，《法学》2009年第3期，第64页。

〔8〕 参见前引〔5〕，王利明主编书，第40页。

〔9〕 同上。

〔10〕 本书编写组：《中国经济改革简史（1978-2023）》，经济科学出版社2023年版，第45页。

〔11〕 黄薇主编：《中华人民共和国民法典物权编释义》，法律出版社2020年版，第6页。

〔12〕 参见王利明：《论平等保护民营企业产权》，《上海政法学院学报（法治论丛）》2023年第3期，第14页。

利、国家建立健全公平竞争审查制度等作出原则性规定外，以《优化营商环境条例》为代表的行政法规作出了更为具体的规定，既保障各类市场主体依法平等使用资金、技术、人力资源、土地使用权及其他自然资源等各类生产要素和公共服务资源，也保障各类市场主体依法平等适用国家支持发展的政策。此外，刑法修正案（十二）为积极落实中共中央与国务院对于促进民营企业发展壮大的政策部署，增加了民营企业内部人员故意背信损害企业利益的相关犯罪，这一修订“体现了国家对民营企业给予平等保护的基本政策导向”。〔13〕

部门法层面关于市场主体地位平等和国家平等保护义务的规定，并没有完全解决法律体系的融贯性问题。其一，以调整平等主体之间的人身关系和财产关系为对象的民法典，虽然“突破了公私二元的藩篱，形成了公私混合的‘大民法典’体制”，〔14〕但目前仍无法有效协调与其他法律的冲突问题，〔15〕无法以平等原则统率全部经济立法；其二，以公平竞争审查制度为代表的政府“内部自查”式的制度安排，对于防止政府出台排除、限制竞争的政策措施具有重要意义，但仍面临违法判断标准界定不清以及监督力量缺失等问题；〔16〕其三，“有为政府”与“有效市场”相融合的“双轮驱动”的现代市场经济体制，〔17〕使企业竞争与区域政府竞争并存，〔18〕区域政府作为竞争主体叠加计划经济时代就形成的自上而下的政府主导特征，使得行政权力对于市场的干预和行政性垄断的克服，很难由部门法独立完成。

2. 宪法层面的国家平等保护义务

从世界范围内看，市场经济的发展推动了人权主体从自然人向法人扩张。“法人”既是在市场经济条件下对“人”的进一步抽象，又是在与“自然人”相独立的意义上对作为社会实体的组织的高度概括。在现代法律体系下，法人依法成立，拥有独立的财产或者经费，独立承担民事责任，法人的人格独立于其成员或创立人人格。世界各国的宪法和法律纷纷承认法人的基本权利主体地位，这是“亲商性”，即“对于分工、交换主导的经济的崇尚”的表现。〔19〕在美国，各级法院通过解释宪法第14修正案中的“平等保护”条款，使公司取得了“人”的法律地位，并享有受正当法律程序保护以及受法律平等保护的权利。在1882年的铁路税案之后，“公司是宪法意义上的人这一命题成为美国联邦最高法院既定的命题”。〔20〕法人制度理论发展极为精细的德国，则直接将法人确认为基本权利的主体，在德国基本法第19条第3款中规定：“如基本权利依其性质也可适用于法人，则适用于国内法人。”在法国，宪法委员会通过判例确认了立法应该尊重法人作为基本权利主体的资格，法人的范围既包括公会、企业、基金会、私立学校等私法人主体，也包括政党、地方自治单位以及公立大学等公法人主体。〔21〕

现代宪法学理论纷纷接受了法人作为基本权利主体的立法与司法实践，致力于证成法人的

〔13〕 黄明儒：《论刑法平等保护民营企业的多重意蕴——兼评〈刑法修正案（十二）〉相关条文》，《政法论坛》2024年第2期，第32页。

〔14〕 黄忠：《从民事基本法律到基础性法律：民法典地位论》，《法学研究》2023年第6期，第59页。

〔15〕 同上文，第56页。

〔16〕 参见柳冰玲：《优化营商环境视域下行政补贴的公平竞争审查路径》，《中国市场监管研究》2023年第11期，第5页。

〔17〕 参见陈云贤等：《中观经济学》，北京大学出版社2023年版，第6页。

〔18〕 参见陈云贤：《市场竞争双重主体论：兼谈中观经济学的创立与发展》，北京大学出版社2020年版，前言，第3页。

〔19〕 冯珏：《法人概念论》，法律出版社2021年版，第25页。

〔20〕 杜强强：《论法人的基本权利主体地位》，《法学家》2009年第2期，第15页。

〔21〕 参见王蔚：《法兰西第五共和国宪法：制度与变迁》，法律出版社2022年版，第174页。

基本权利主体地位。在日本，芦部信喜认为赋予法人一定的人权保障是比较妥当的，因为“法人的活动是通过自然人来实行的，其效果终究还是归属于自然人”。〔22〕当然，法人作为基本权利的主体必然受到法人权利能力和基本权利性质的制约，而不能像自然人一样主张所有的权利。我国宪法学理论也接受了法人作为基本权利主体的观点。主流宪法理论认为，虽然公民是我国宪法规定的基本权利的一般主体，但“‘公民’是一个外延更为广泛并可用于表示个体的法律概念”，〔23〕可以被解释为包含了作为法律拟制的个体的“法人”，“一般而言，对于财产权或其他一些经济自由权，法人可以成为其主体，而像生命权、生存权等基本权利，其自身特性决定了只有自然人才可以享有”。〔24〕也有学者认为，上述理解“能够得到《宪法》第33条第3款人权条款的支持。人权中的‘人’，既包括自然人，也包括法人等拟制的人”。〔25〕如果作为市场主体典型代表的“法人”，因在行使财产权或其他一些经济自由权时可能受到不平等对待，而成为宪法平等权的主体，并享有“在法律面前一律平等”的权利，则对于市场主体的平等保护义务就应当成为宪法性义务。

“市场主体”和“市场主体平等保护”虽已成为被普遍使用的法律术语，但并未写入我国的宪法文本。我国宪法第33条第2款规定“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”，第3款规定“国家尊重和保障人权”。对于上述规定中的“公民”和“人”是否可以涵盖所有市场主体，目前最高国家权力机关尚未作出权威性解释。但是，我国1993年宪法修正案已经明确了“国家实行社会主义市场经济”，民法典又进一步规定“国家实行社会主义市场经济，保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利”。基于修宪权主体与立法权主体的一致性，宪法接受市场主体作为基本权利的主体，已成为适应社会发展需要的必然。这既是主权者意志统一性的表现，也是宪法与民法支撑与互释关系的表现。〔26〕另外，从我国宪法对于基本权利主体的规定来看，基本权利主体并未严格限定于作为个体的自然人，而是覆盖了多种具有群体主义特征的主体，如劳动者、妇女、母亲、儿童、军人、华侨、外国人，以及城乡集体经济组织、个体经济、私营经济等。同时，将我国宪法第5条第4款规定的“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律”，第5款规定的“任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权”，与宪法第33条第2款和第3款结合起来进行体系解释，可以更为逻辑一致地将法人涵摄进宪法平等权利的主体。

（二）“强国家保护义务”在我国形成

在我国宪法上，市场主体平等保护不仅是一项宪法性义务，而且体现出明显的“强国家保护”倾向。这种强国家保护义务是制度发展长期累积的结果，是我国纠正计划经济条件下国家过度干预经济发展，以及在社会主义市场经济条件下加强政府宏观调控的历史进程的产物。在强国家保护义务之下，国家权力积极介入经济运行，“迥异于仅是‘规制型’的现代西方国家”。〔27〕

〔22〕 [日] 芦部信喜：《宪法》，林来梵等译，清华大学出版社2018年版，第65页。

〔23〕 《宪法学》编写组：《宪法学》，高等教育出版社、人民出版社2020年版，第193页。

〔24〕 同上书，第194页。

〔25〕 于文豪：《民营经济平等发展的内涵与制度体系》，《华东政法大学学报》2023年第6期，第42页。

〔26〕 参见任喜荣：《“支撑”、“互释”与“回应”——民法典编纂中的宪法观与问题意识》，《法学评论》2016年第5期，第1页。

〔27〕 黄宗智：《国家—市场—社会：中西国力现代化路径的不同》，《探索与争鸣》2019年第11期，第51页。

1. “强国家保护义务”与“弱国家保护义务”

我国对市场主体平等的强国家保护义务，是与德国、美国等国家的弱国家保护义务相较而言的。“强”与“弱”的判断不是基于保障结果，尤其不是基于个案中的保障结果，而是基于国家对市场主体平等保护的立场，以及对平等权的保护强度。尽管德国和美国的市场经济体制类型分别属于“社会的市场经济体制”和“自由的市场经济体制”，^[28]前者比后者更重视国家对于市场的调控功能，德国基本法中规定的社会国原则也发挥着对德国特色市场经济的塑造功能，“力图平衡资本主义市场经济发展带来的负面效应，推动福利国家建设，更加充分地保障公民的平等与自由”。^[29]但是，鉴于平等权与自由权的不同，这些国家在平等权的国家保护义务以及宪法审查基准上，往往设置了较为宽阔的制度建构空间和相对宽松的审查基准，特别是对发生在经济社会领域的差别对待，总体上表现出以“不干预”为特征的弱平等保护倾向，与我国社会主义市场经济的建构性明显不同。

在德国的基本权利理论中，平等权与其他权利一样，存在客观法和主观权利两个维度。“客观法上，平等权要求所有的国家权力平等对待所有人。主观权利上，平等权是针对不平等对待的防御权。”^[30]那么，除了与针对不平等对待的防御权相对应的国家不得歧视的义务外，平等权是否可以要求国家承担保护义务呢？这涉及对德国基本法上的一般平等权条款的解释。德国基本法第3条第1款中规定，“所有人在法律面前平等”。德国基本权利理论认为，该条规定的是平等分享权或衍生给付请求权，它要求在国家确定给付的背景下，应平等对待相类似的群体，以实现分配正义。但是，该条并不包含平等构建私人法律关系的客观宪法原则，因为，“如果肯认保护义务，将会导致国家大肆干涉公民自由权利。每个公民自主选择 and 自由决策是《德国基本法》保护的自我决定重要组成部分”。^[31]这意味着，除了宪法条文中明确规定国家有平等保护义务外，^[32]在国家权力是否平等对待所有人（包括法人）这个问题上，国家拥有较为宽阔的制度建构空间。德国宪法理论在关于社会国原则的经济因素的分析中也指出，虽然“社会国原则包含了‘为经济增长创造条件的宪法任务’”，但“社会国原则并不强制性地要求大规模重构社会和经济制度或者实现社会市场经济”。^[33]德国宪法法院在对不平等对待进行宪法审查时，也不是一概采用严格的比例原则进行审查，而是根据不平等对待的程度，适用“以比例原则为导向的可变型宪法审查标准”。^[34]

美国实行自由的市场经济体制，以自由企业制度为基础，对于市场经济的运行奉行不干预的立场，没有为国家设定积极的平等保护义务。平等保护条款在1868年由第14修正案引入美国宪法，该条款规定，任何州“不得否认在其管辖范围内的任何人享有法律的平等保护”。平等保护条款的最初目标是为了实现废奴后的黑人民权平等，早期并未受到司法机关的重视，很少引起司法干预，“最高法院运用‘合理性’标准判定是否违反平等保护，州法令只要与一些

[28] 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，第5页。

[29] 同上文，第8页。

[30] [德]福尔克尔·埃平、塞巴斯蒂安·伦茨、菲利普·莱德克：《基本权利》，张冬阳译，北京大学出版社2023年版，第372页。

[31] 同上书，第373页。

[32] 例如，德国基本法第3条第2款关于男女平等的国家保护义务的规定，第3条第3款关于禁止特别的差别待遇的规定，以及第6条第1款、第21条、第33条第1款至第3款、第38条第1款等所蕴含的特殊平等权。

[33] 前引[2]，施托贝尔书，第299页。

[34] 前引[30]，埃平等书，第383页。

合法的州目的有关就能通过宪法检验”。〔35〕直到 20 世纪 50 年代后，平等保护条款的适用范围才逐渐扩大。值得注意的是，随着美国经济的发展，为加强联邦的权力和打破贸易壁垒，联邦最高法院通过一系列案例将平等保护的主体由个人扩展至法人，〔36〕扩大了对商业活动的保护范围，平等保护条款因应时代之需，“提供了突破各州经济壁垒，建立统一大市场的一个契机”。〔37〕平等保护条款在促进美国统一市场的形成和市场主体平等保护方面发挥了重要作用，但未改变以“不干预”为特征的弱平等保护倾向，这特别明显地体现在宪法审查基准的设定上。平等保护条款要求，如果政府的差别对待存在歧视性目的，则触发宪法审查。在美国，对于歧视性差别对待的合宪性审查，由最初宽松的合理性审查，逐渐过渡到目前采用的“严格审查、中度审查及合理性审查组成的平等保护案例三重分析框架”。〔38〕至于采用何种强度的审查基准，则要看差别对待是否落入可疑分类和准可疑分类。其中，“以种族、民族、出身国或者以外国居民为标准作成的分类”构成可疑分类，以性别和是否婚生子女作成的分类构成准可疑分类。〔39〕可疑分类和准可疑分类适用严格审查和中度审查。从美国的实践来看，可疑分类和准可疑分类的类型相对固定化，除此之外的分类都可归入非可疑分类而采用宽松的合理性审查，“对政府有关社会或经济性立法或其他措施，也即涉及经济性基本权利限制时，不论属于法的正当程序案件还是平等权案件，美国法院均采用这一基准进行审理”。〔40〕

与德国和美国不同，我国宪法学尚未发展出清晰的国家保护义务理论，但从宪法规范层面观察，可以发现明显的强平等保护倾向。

其一，整部宪法贯彻了平等精神，奠定了国家承担平等保护义务的积极立场。习近平总书记指出：“平等是社会主义法律的基本属性，是社会主义法治的基本要求。坚持法律面前人人平等，必须体现在立法、执法、司法、守法各个方面。”〔41〕党的十八届四中全会决定将“坚持法律面前人人平等”作为推进全面依法治国的原则之一。党的二十届三中全会进一步强调要“健全法律面前人人平等保障机制”。我国早在 1954 年宪法中即针对“平等”建构了“平等国策+一般平等权条款+具体平等权利”的文本结构，我国现行宪法继承了该文本结构。〔42〕上述积极立场决定了，宪法基本权利在我国虽不能发挥请求权功能，但基本权利的客观法功能凸显，立法对于基本权利的具体化，成为基本权利发挥功能的主要途径，国家积极承担平等保护义务的主动性和建构性极为明显。

其二，国家承担对市场主体的平等保护义务具备宪法规范的解释基础。我国宪法中的一般平等权条款，即宪法第 33 条第 2 款，虽然没有直接附加国家保护义务规定，但紧随其后的第 3 款凭借人权内涵的广泛性覆盖了前款包含的平等权内容，为国家承担平等保护义务提供了一般性规定。宪法第 11 条关于“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益”“国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展”等规定，是 2004 年修宪的产物，响应了党的十六大提出的“两个毫不动摇”的方针政策。2004 年宪法修正案草案说明指出，

〔35〕 [美] 斯坦利·卡茨：《宪法上平等之历程》，郑文鑫编译，《中外法学》1992 年第 4 期，第 66 页。

〔36〕 参见前引〔20〕，杜强强文，第 15 页。

〔37〕 同上文，第 21 页。

〔38〕 柳建龙：《论美国平等保护案件的审查方法》，《法学家》2020 年第 4 期，第 87 页。

〔39〕 同上文，第 90 页。

〔40〕 林来梵：《宪法审查的原理与技术》，法律出版社 2009 年版，第 278 页。

〔41〕 习近平：《加快建设社会主义法治国家》，载《习近平著作选读》第 1 卷，人民出版社 2023 年版，第 299 页。

〔42〕 参见任喜荣：《现行宪法对“五四宪法”的传承与发展》，《法制与社会发展》2024 年第 5 期，第 41 页。

“这样修改，全面、准确地体现了党的十六大关于对非公有制经济既鼓励、支持、引导，又依法监督、管理，以促进非公有制经济健康发展的精神”。〔43〕党的二十届三中全会继续强调坚持和落实“两个毫不动摇”的方针政策，要求毫不动摇巩固和发展公有制经济，毫不动摇鼓励、支持、引导非公有制经济发展，保证各种所有制经济依法平等使用生产要素、公平参与市场竞争、同等受到法律保护，促进各种所有制经济优势互补、共同发展。这为宪法第11条的平等保护内涵提供了权威的解釋依据。

其三，我国的合宪性审查实践重视市场主体的平等保护，在合宪性审查基准的设定上未区别对待自由权与平等权。近年来，我国合宪性审查工作不断推进和完善，从全国人大常委会法工委年度备案审查工作报告看，诸多案例均关联或直接影响市场主体的平等保护，如对终身禁业，〔44〕出租车司机职业资格限制，〔45〕涉罪重点人员配偶、子女权利限制〔46〕等进行的合宪性、合法性审查。有的地方性法规和地方政府规章规定，申请从事网约车经营的，应当在当地设立分支机构，全国人大常委会法工委经审查认为，这样的规定，“不符合党中央关于建设全国统一大市场、清理涉企法规政策的要求和精神，不符合国务院《公平竞争审查条例》等上位法有关规定”，〔47〕应当予以纠正。这体现了备案审查实践中对市场主体平等保护的积极立场。另外，从合宪性审查标准的规范实践看，合宪性审查机关也未区别对待自由权与平等权的审查基准。2023年全国人大常委会《关于完善和加强备案审查制度的决定》设定了备案审查的重点内容，其中第6项为“采取的措施与其目的是否符合比例原则”。该决定并未区分立法调整的领域和权利的类型，而是一般性地规定了比例原则的适用，这与德国、美国等国家基于自由权与社会权的不同而采取不同的审查基准构成明显区别，间接展现了强国家保护倾向。

2. 着眼于市场主体平等保护的持续制度建构

市场主体平等的强国家保护义务，是在持续的社会主义市场经济体制的建构过程中形成的。我国近现代以来的国家经济秩序具有明显的建构性，这种建构性体现在经济结构持续被打破并获得重建的历史过程中。“市场主体平等保护”是法律建构的结果且需要法律持续建构的理论观点，具有重要的理论影响力，并实质上影响着我国市场经济法律秩序的建构。如果说“市场主体平等”反映的是市场的内在规定性，那么“市场主体平等保护”则在国家制度层面经历着反复的确认、调整和修复，即保护的完善性并不总是线性提高的。

如何在制定规则时充分尊重市场主体的自由与平等，在规则运行中实现对市场主体的平等

〔43〕 王兆国：《关于〈中华人民共和国宪法修正案（草案）〉的说明——2004年3月8日在第十届全国人民代表大会第二次会议上》，《全国人民代表大会常务委员会公报》2004年特刊，第71页。

〔44〕 参见沈春耀：《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2021年备案审查工作情况的报告——2021年12月21日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十二次会议上》，《全国人民代表大会常务委员会公报》2022年第1号，第246页。

〔45〕 参见沈春耀：《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2020年备案审查工作情况的报告——2021年1月20日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议上》，《全国人民代表大会常务委员会公报》2021年第2号，第354页。

〔46〕 参见沈春耀：《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2023年备案审查工作情况的报告——2023年12月26日在第十四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议上》，《全国人民代表大会常务委员会公报》2024年第1号，第229页。

〔47〕 参见沈春耀：《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2024年备案审查工作情况的报告——2024年12月22日在第十四届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议上》，《全国人民代表大会常务委员会公报》2025年第1号，第150页。

保护,从而实现政府“有形之手”对于市场“无形之手”的支撑和保障,平衡好政府与市场之间的关系,“既能够充分发挥市场的竞争机制,限制政府对市场的干预,同时又能够抑制市场失败,以政府之手稳定市场秩序”,^[48]是现代市场经济国家共同面对的难题。特别是对于中国特色社会主义市场经济的确立和发展而言,从20世纪上半叶的半殖民地半封建经济,到20世纪中叶的社会主义计划经济,再到20世纪下半叶至今的中国特色社会主义市场经济,政府通过顶层设计而对经济制度和经济体制进行建构的历史事实十分明晰。同时,国家不仅是国有经济的所有者、市场规则的制定者,还以竞争者的身份参与区域经济发展,本身也可能成为市场主体。

宪法基本权利的强国家保护义务背后,是我国改革开放四十多年来,从计划经济到市场经济的结构性转型。为在计划经济的基础上进行社会主义市场经济建设,国家承担了积极的制度建构义务。1978年12月党的十一届三中全会以后,统分结合的双层经营体制得以建立。1979年7月,五届全国人大二次会议通过中外合资经营企业法,外资企业开始进入中国。1981年7月,国务院发布《关于城镇非农业个体经济若干政策性规定》,推出了扶持和保护个体经济的相关政策,强调“个体经营户所需要的原材料、货源,属于计划供应的部分,当地商业、物资等有关部门应当根据统筹兼顾、一视同仁的原则,纳入计划,合理分配,积极安排”。1980年5月,中共中央、国务院决定在广东省深圳市、珠海市、汕头市和福建省厦门市试办经济特区,为全国改革提供经验和借鉴。1982年12月,全国人大五届五次会议通过现行宪法,明确规定范围内的城乡劳动者个体经济是社会主义公有制经济的补充,国家保护个体经济的合法的权利和利益。个体经济最终获得了宪法地位。

从中国特色社会主义市场经济的制度演进看,市场经济以及作为市场经济本质特征的市场主体法律地位平等,是制度建构的结果,“经济体制改革”“市场主体地位平等”“市场经济法律体系”三者构成了结构性耦合关系,而针对市场主体平等的“强国家保护义务”就是制度建构在法律关系内容上的展现。

二、市场主体平等保护义务对我国经济宪法规范结构的影响

狭义的经济宪法主要指宪法中关于经济生活特别是关于经济制度的条款,^[49]其是宪法学的重点研究对象。有学者将经济宪法的表达范式分为三类,即经济权利宪法范式、经济职权宪法范式、经济制度宪法范式,我国的经济宪法是经济制度宪法范式的代表。^[50]由于致力于对社会主义经济制度的规范建构,我国现行宪法中的经济规范数量多、体系性强,主要由经济制度规范、社会主义市场经济体制规范、经济权利规范,以及经济管理职权规范组成。虽大致可将宪法总纲的第6条至第18条,以及第3章国家机构部分中有关经济管理职权的条款划归经济宪法规范,但事实上并不能先入为主地作此划定。原因在于,“判断一个条款是否属于经济

[48] 孙宇:《国家介入市场竞争的宪法规制——以国有企业参与市场竞争为视角》,载南京师范大学法学院《金陵法律评论》编辑部编:《金陵法律评论》2023年卷,商务印书馆2023年版,第182页。

[49] 参见前引[2],施托贝尔书,第32页。

[50] 参见单飞跃:《经济宪法在中国经济法学研究中的导入》,载陈云良主编:《经济法论丛》2018年第1期,社会科学文献出版社2018年版,第151页。

宪法,并不取决于该条款是否直接对经济生活作出了规定,而是取决于该条款的内容是否能够涉及经济生活”,^[51]而这需要由宪法解释机关根据需要作出判断。

我国自20世纪30年代以来产生的宪法性文件,大都规定了相对详实的经济制度条款。《中华苏维埃共和国宪法大纲》《陕甘宁边区施政纲领》《陕甘宁边区宪法原则》有专门的条款规定经济制度的内容。中华人民共和国成立时起临时宪法作用的《中国人民政治协商会议共同纲领》在第4章规定了“经济政策”。1954年宪法在总纲部分详细规定了国家的经济制度。宪法凭借其国家根本法地位而对经济秩序进行的权威建构,必然辐射影响到其他部门法领域,转化为更为具体而复杂的规范体系,从而使这种制度建构在整体上镌刻着主权者意志的确定性和融贯性。1993年宪法修正案彻底变革了我国的计划经济体制,建构了社会主义市场经济体制,明确“国家实行社会主义市场经济”。社会主义市场经济体制与公有制为主体、多种所有制经济共同发展的所有制形式,按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配方式一起,成为社会主义基本经济制度的核心内容。社会主义市场经济体制的宪法化,为国家承担市场主体平等保护义务提供了制度基础。市场经济越发展,国家对市场主体的平等保护义务的认识就越深刻。总之,市场主体的平等保护义务,极大影响了我国经济宪法规范结构的变迁。

(一) 非公有制经济宪法地位的变化

1. 非公有制经济的平等保护进入宪法视野

在我国宪法条文中,个体经济、私营经济从“公有制经济的补充”到“社会主义市场经济的重要组成部分”的地位变化,标志着非公有制经济的平等保护进入我国宪法视野。我国1988年宪法修正案首次确认了私营经济的宪法地位。1988年4月,七届全国人大一次会议在宪法第11条中增加规定:“国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展。私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营经济的合法的权利和利益,对私营经济实行引导、监督和管理。”1999年3月,九届全国人大二次会议对宪法第11条进行了第二次修改,个体经济与私营经济被整合在同一条款中,并称为“非公有制经济”。二者的经济地位也由“社会主义公有制经济的补充”转变为“社会主义市场经济的重要组成部分”。在本次修改中,“非公有制经济”概念首次进入宪法,“为未来可能出现的新的经济成分获得宪法地位留下了必要的规范空间”,^[52]市场主体的开放性和多元化获得了宪法基础;非公有制经济的地位,从同为市场主体的公有制经济的“补充”者,转变为与公有制经济一同发展的“重要组成”者,对市场主体的平等保护由此成为市场经济法律体系发展的内在要求。仅1993年到1999年期间,我国就制定了公司法(1993)、台湾同胞投资保护法(1994)、乡镇企业法(1996)、合伙企业法(1997)、个人独资企业法(1999)等一系列关于市场经济主体的基础性法律,这些法律都直接或间接规定了平等保护原则和国家的平等保护义务。

2. 平等保护的宪法文本日益完善

随着国家对非公有制经济的宏观政策由“引导、监督和管理”调整为“鼓励、支持和引导”,国家对各类市场主体承担平等保护义务的制度倾向更加清晰。2004年3月,十届全国人大二次会议对宪法第11条进行了第三次修改。宪法第11条第2款被修改为:“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济

[51] 前引[2],施托贝尔书,第32页。

[52] 韩大元:《我国宪法非公有制经济规范的变迁与内涵》,《华东政法大学学报》2023年第6期,第9页。

的发展，并对非公有制经济依法实行监督和管理。”这一修改是在个体、私营等非公有制经济在促进经济增长、扩大就业、活跃市场等方面的重要作用日益显现的背景下作出的，其背后反映的是政府与市场关系的重大变化。2003年10月，党的十六届三中全会通过《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》，在强调“大力发展和积极引导非公有制经济”的同时，指出“个体、私营等非公有制经济是促进我国社会生产力发展的重要力量”。此外，该决定还提出要“放宽市场准入，允许非公有资本进入法律法规未禁入的基础设施、公用事业及其他行业和领域。非公有制企业在投融资、税收、土地使用和对外贸易等方面，与其他企业享受同等待遇”。国家加快完善现代市场经济制度体系，承担越来越积极的市场主体平等保护义务，各种所有制形态的市场主体“在市场经济中的法律地位是平等的”，^[53]越来越成为共识。在此背景下，物权法（2007）、反垄断法（2007）、劳动合同法（2007）等法律相继出台。2015年国务院制定了《国务院关于推进国内贸易流通现代化、建设法治化营商环境的意见》（国发〔2015〕49号），这是首个涉及法治化营商环境建设的国务院规范性文件。

（二）市场主体经济基本权利的变化

我国宪法理论通常将经济权利与社会权利统称为“社会经济权利”，^[54]作为一种权利类型，社会经济权利是“宪法所保障的有关经济活动或经济利益的权利，是公民实现其他权利的物质上的保障”。^[55]其中，财产权是最为核心的经济权利。宪法理论不仅将具有自由权特征的财产权与社会权归入同一种权利类型，还采用了这种复合型的概念，这反映了我国社会经济权利的社会主义特征，即在承认财产权的自由权面向的同时，更为注重其社会权的面向，从而要求国家承担积极的保护义务。^[56]

1. 财产权四重规范结构的形成

我国现行宪法上财产权条款的变化，深受市场主体国家平等保护义务的影响。1954年宪法制定时，我国还处于新民主主义阶段，宪法对于财产权的规定，是在区别农民、手工业者、资本家和普通公民的基础上分别加以规定的。其中，宪法针对前三者规定了生产资料的所有权，针对后者仅规定了“合法收入、储蓄、房屋和各种生活资料的所有权”。1982年宪法制定时，有关私有财产权的规定被统一于第13条，该条规定“国家保护公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权”“国家依照法律规定保护公民的私有财产的继承权”。此外，在该条中，“其他合法财产”的表述取代了1954年宪法中的“各种生活资料”的表述。虽然该条没有文字明示将生产资料纳入财产权的保护范围，但无疑提供了宪法解释的空间。为落实党的十六大关于“完善保护私人财产的法律制度”的精神，2004年宪法修正案将宪法第13条修改为：“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”修宪者用私有财产权的概念取代了所有权的概念，并在文字上避免了对生产资料与生活资料的财产权属性作出界分。修改后的财产权条款包含了四重规范，即不可侵犯条

[53] 参见前引〔52〕，韩大元文，第14页。

[54] 参见林来梵：《从宪法规范到规范宪法：规范宪法学的一种前言》，商务印书馆2017年版，第188页；前引〔23〕，《宪法学》编写组书，第212页。

[55] 上引林来梵书，第188页。

[56] 我国宪法中的经济权利，除财产权外，具有代表性的还有经营自主权。近年来，劳动权的职业自由权面向也日益受到关注。

款、保护条款、限制条款、损失补偿条款。相比于现代财产权的“三重规范结构”，即不可侵犯条款、制约条款、征用补偿条款，^{〔57〕}我国财产权的规范结构特别强调了保护条款。

2. 经营自主权主体范围的扩大

在宪法学理论上，经营自由权是典型的经济基本权利，其可以进一步具体化为行业选择自由、组建经营实体的自由、竞争自由等基本自由。^{〔58〕}我国宪法文本上虽然没有经营自由的概念，却有发挥类似功能的自主经营概念。我国宪法第16条规定“国有企业在法律规定的范围内有权自主经营”，这是经营自主权的宪法规范基础。经营自主权是一个中国特色的权利概念，该权利最初仅为国有企业专享，“以解决国家与国有企业之间的财产关系和法律关系，并通过对国有企业经营自主权的确认与保障来实现两权分离构建现代企业制度”。^{〔59〕}经营自主权的具体内涵为，企业对国家授予其经营管理的财产享有占有、使用和依法处分的权利。1992年国务院出台的《全民所有制工业企业转换经营机制条例》（已失效）列举了国有企业享有生产经营决策权、产品劳务定价权、产品销售权等14项经营自主权。其后，随着经济体制改革深入推进，国家主要履行出资人的职责，国有企业与民营企业在经营方面的自主权的内涵逐渐“重合与同构”，即“都是指企业在法律许可的范围内从事经营活动的权利”。^{〔60〕}为贯彻市场主体地位平等的理念，作为宪法权利的经营自主权的主体范围扩大至所有市场主体。宪法解释学理论认为，非公有制经济是社会主义市场经济的重要组成部分，意味着“各种所有制经济市场地位平等、共同发展”，以此为基础可以得出“非公有制经济当然享有基于公有制经济的经营自主权而获得经营自由的规范基础”的论证结论。^{〔61〕}2020年的《优化营商环境条例》规定：“市场主体依法享有经营自主权。对依法应当由市场主体自主决策的各类事项，任何单位和个人不得干预。”由此，所有类型的市场主体都享有经营自主权，实质上即经营自由权在法律规范上正式得到确认。

3. 劳动权宪法规范内涵的变迁

宪法中的劳动权条款及其规范内涵的变迁受国家基本经济制度的影响较大，也体现了市场主体国家平等保护义务的影响。中华人民共和国的四部宪法均确认了劳动权。1954年宪法制定时，我国没有完成社会主义改造，宪法中规定的生产资料所有制形式除了全民所有制和劳动群众集体所有制外，还包括个体劳动者所有制和资本家所有制（第5条）。宪法虽然规定国家“以发展生产合作为改造个体农业和个体手工业的主要道路”（第7条），但也规定了“自愿”原则，即“国家指导和帮助个体手工业者和其他非农业的个体劳动者改善经营，并且鼓励他们根据自愿的原则组织生产合作和供销合作”（第9条）。因此，对劳动权进行体系解释，可以在社会权属性外看到职业选择自由权的存在空间。但是，1975年宪法和1978年宪法在所有制形式上仅承认全民所有制和劳动群众集体所有制，在计划经济体制下，每个劳动者都被锁定在特定的劳动关系上，劳动权的自由权属性没有宪法规范基础。改革开放以来，随着对社会主义基本经济制度的认识越来越成熟，现行宪法中劳动权条款的规范内涵逐渐发生变迁。

〔57〕 参见前引〔54〕，林来梵书，第202页。

〔58〕 参见前引〔48〕，孙宇文，第192页。

〔59〕 潘昀：《论民营企业经营自主权之宪法属性——围绕“非公经济条款”的规范分析》，《法治研究》2014年第5期，第93页。

〔60〕 同上文，第94页。

〔61〕 参见前引〔52〕，韩大元文，第19页。

一是劳动权的自由权属性日益鲜明。1993年 国家实行社会主义市场经济写入宪法后，1994年 中华人民共和国第一部劳动法获得通过，其中规定“劳动者享有平等就业和选择职业的权利”，职业选择自由权获得法律明确保障。

二是劳动者个体的市场主体地位日益鲜明。劳动就业不再仅指进入特定的劳动关系中，也可以指个体经营、自主创业，国家对市场主体的平等保护义务扩展到了对公民的创业性劳动和营业性劳动的保护。党的十九届四中全会提出“建立促进创业带动就业、多渠道灵活就业机制”。2020年，国务院办公厅制定《关于支持多渠道灵活就业的意见》（国办发〔2020〕27号），提出“个体经营、非全日制以及新就业形态等灵活多样的就业方式，是劳动者就业增收的重要途径，对拓宽就业新渠道、培育发展新动能具有重要作用”，“引导劳动者以市场为导向，依法自主选择经营范围。鼓励劳动者创办投资小、见效快、易转型、风险小的小规模经济实体”。党的二十大报告强调，“健全劳动法律法规，完善劳动关系协商协调机制，完善劳动者权益保障制度，加强灵活就业和新就业形态劳动者权益保障”。劳动权的主体同时也是市场主体，这极大激发了市场的活力。

（三）国家经济权力规范的变迁

1. 所有权与经营权分离

从计划经济到市场经济的改革，伴随着以简政放权为基本特征的国家职能的转变，宪法中的国家经济权力规范也发生了明显的变化。1984年《中共中央关于经济体制改革的决定》指出，过去国家对企业管得太多太死的一个重要原因，就是把全民所有同国家机构直接经营企业混为一谈，但是，“根据马克思主义的理论和社会主义的实践，所有权同经营权是可以适当分开的”。〔62〕自此，我国开启了“两权分离”改革，国家机构不再直接经营企业。1992年，国务院公布了《全民所有制工业企业转换经营机制条例》，明确界定了企业经营权、企业自负盈亏责任、企业和政府的关系、企业和政府的法律责任等内容。1993年3月，八届全国人大一次会议通过宪法修正案，将“国营经济”“国营企业”修改为“国有经济”“国有企业”。这进一步确认了政企分开，即国家主要履行出资人职责，不再直接经营企业，国家权力主要转向对市场秩序的制度建构，发挥宏观调控的功能。

2. 经济权力运行形态重新定位

伴随“两权分离”实践的宪法化，“国家实行社会主义市场经济”、“国家加强经济立法，完善宏观调控”，以及“国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序”，通过修宪被写入宪法第15条，国家在社会主义市场经济条件下的经济权力运行形态被重新定位，国家经济权力转向了保护产权、提供规则、维护秩序等方面。全国人大通过对宪法第11条的三次修改，使国家对非公有制经济的管理职权由“引导、监督和管理”，转变为“鼓励、支持和引导”，就是这一转向的规范表征。宪法经济权力规范的变迁，进一步支撑了政府职能转变，为党的十八大以来“放管服”改革提供了宪法基础。“放管服”改革强调简政放权、放管结合、优化服务，即通过不断的“分权、放权、减权”，〔63〕缩小政府权力边界，释放市场与社会的活力。国家经济权力的重心转变和界限限缩，有利于划定公民基本权利与国家经济干预的界限，从而

〔62〕 《中共中央关于经济体制改革的决定》，人民出版社1984年版，第18页。

〔63〕 参见何颖、李思然：《“放管服”改革：政府职能转变的创新》，《中国行政管理》2022年第2期，第13页。

更好实现基本权利限制国家经济权力的实质化以及政府经济行为的法治化。^{〔64〕}党的二十届三中全会高度重视政府的宏观调控功能,强调科学的宏观调控、有效的政府治理是发挥社会主义市场经济体制优势的内在要求,这进一步明晰了国家经济权力运行的基本框架和方向。

三、强平等保护义务影响下经济宪法实施的两个重点

作为国家根本法的宪法应当超越公私二分,统领市场经济法律体系的建构和优化,为市场主体地位平等提供最具权威性的规范依据。在强平等保护义务的影响下,我国经济宪法的实施应该形成以平等的制度供给与差别对待的合宪性审查齐头并进共同支撑宪法实施的局面,即立法机关承担积极的保护义务,在立法中贯彻平等保护的理念;在合宪性审查中纠正对市场主体的歧视性差别对待,由此实现党的二十届三中全会强调的“创造更加公平、更有活力的市场环境”“健全法律面前人人平等保障机制”的目标。我国最高国家权力机关统一行使修宪权、宪法解释权、宪法监督权、立法权的制度事实,使得我国的宪法实施主体拥有众多工具用以实现市场主体的平等保护,而不局限于某一种实施方式。

(一) 平等的制度供给

“市场主体平等保护”首先针对公权力主体的市场调控行为提出要求,即要求公权力主体通过平等的制度供给将平等保护具体化,相应的制度供给具体指向法律、法规、规章、规范性文件等的制定和执行。市场主体平等保护的宪法义务,既要求国家立法或有关政策同等对待各类市场主体,即确保市场主体所适用的规则平等,“国家的经济干预不得违背和破坏市场公平竞争,不给予任何一类市场主体不正当的竞争优势或劣势”,^{〔65〕}也要求行政机关对直接或间接的差别性对待进行公平竞争审查,构建权力的自我制约机制。

1. 市场主体规则平等

其一,法律上形式平等的确立。我国宪法规定国家实行社会主义市场经济,市场经济“天然地使其主体在同一起跑线上赛跑,遵循机会平等,规则相同,等价交换,公平竞争,抽象地说,就是各个市场主体的法律地位平等”。^{〔66〕}市场经济的内在规定性可以用来填充宪法规范的内涵,并用来制约国家经济权力的行使。在政策给付层面,形式平等意味着所有的市场主体,不论强弱、大小、类型,都应该在法律地位平等的基础上依法得到同等对待,受到平等保护。在计划经济条件下,个体经济、私营经济受到严格限制,转向社会主义市场经济体制后,国家不仅需要在宏观制度设计上实现转型,还需要在微观层面上对计划经济的制度惯性随时进行纠偏。因此,平等的政策给付首先意味着在政策制定时应平等对待所有市场主体。当然,这种平等对待不仅要符合平等的一般法理,也要符合市场主体的性质与特征,而不是简单化的平均。结合法律的位阶体系和法律部门的划分,有学者总结出一种“品字形”法律关系结构,即“处于‘品字形’上端的国家干预主体”,在依法运用竞争政策、财税政策、货币政策等进行经济干预时,有义务确保“处于‘品字形’下端的各类市场主体”依其性质、类型处于平等的法律关系中,“保证其彼此之间呈现出一个公平竞争的关系,不给予任何一类市场

〔64〕 参见汪玉涛:《德国经济宪法及其启示》,《中国行政管理》2012年第11期,第89页。

〔65〕 刘大洪:《市场主体规则平等的理论阐释与法律制度构建》,《中国法学》2019年第6期,第184页。

〔66〕 崔建远:《法律平等保护物权原则的位阶论》,《浙江社会科学》2020年第12期,第38页。

主体不正当的竞争优势或劣势”。〔67〕《优化营商环境条例》第2章专章规定“市场主体保护”，首先就对平等保护加以规定，强调“国家坚持权利平等、机会平等、规则平等，保障各种所有制经济平等受到法律保护”。

其二，对弱势市场主体的特殊保护符合实质平等的要求。随着市场主体平等法律地位和国家平等保护义务的贯彻，各类市场主体都应该受到平等对待，对于面临困难的市场主体要给予特殊保护的政策理念逐渐确立起来。在市场经济发展过程中，小微经济体容易被忽略，受到不平等对待。有学者指出：“随着市场主体越来越多地替代企业成为宏观经济分析的聚焦点，我国经济工作和宏观政策配置的出发点和落脚点也越来越向微观基础层面转移和集聚。”〔68〕占有市场主体绝大部分的小微经济体越来越受到国家宏观政策的关注，并受到特殊保护。《国务院办公厅关于进一步优化营商环境、降低市场主体制度性交易成本的意见》（国办发〔2022〕30号）也主要将问题意识放在中小微企业、个体工商户等数量更大、相对处于弱势的市场主体上。该意见指出，“市场主体特别是中小微企业、个体工商户生产经营困难依然较多，要积极运用改革创新办法，帮助市场主体解难题、渡难关、复元气、增活力，加力巩固经济恢复发展基础”。政府的财政政策、货币政策、就业政策等惠及所有市场主体，成为优化营商环境、降低制度性交易成本的重要举措。

2. 优化公平竞争审查

国家经济权力的扩张属性以及地方政府的竞争属性，决定了要对包括制度供给在内的经济权力行为进行监督，禁止行政性垄断的发生。企业具有竞争属性，我国的地方政府也具有竞争属性，“企业竞争主要存在于产业经济领域，区域政府竞争主要存在于城市经济领域”，〔69〕有经济学家因此提出“市场竞争双重主体理论”，即“企业竞争是在资源稀缺条件下，围绕资源优化配置展开；而区域政府竞争则是在生成性资源的基础上，围绕资源优化配置进行”。〔70〕政府的竞争属性，既能推动地方经济的发展，也可能形成地区封锁、部门垄断、强制交易、强制经营者实施危害竞争的垄断行为等行政性垄断。〔71〕市场主体国家平等保护义务要求在实施经济宪法的过程中加强对国家经济权力的监督和制约。在此方面，公平竞争审查制度是一种具有代表性的制度安排。

公平竞争审查制度是政策制定者在政策给付过程中进行自我约束，以维护公平竞争秩序，保障各类市场主体平等使用生产要素、公平参与市场竞争、同等受到法律保护的制度设计。公平竞争审查是为了从源头上打破行政性垄断，建设统一开放、竞争有序的市场体系而建立的一种“‘内部自查’的制度安排，即由政策制定机关在政策措施制定过程中进行公平竞争的自我审查与自我纠正”。〔72〕为完善公平竞争审查制度，2016年，国务院制定了《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），将“尊重市场，竞争优先”确立为公平竞争审查制度的首要原则；2021年，国家市场监督管理总局等五部门联合制定《公平竞争审查制度实施细则》；2024年，国务院制定《公平竞争审查条例》；2022年修改的

〔67〕 前引〔65〕，刘大洪文，第186页。

〔68〕 高培勇：《进入新发展阶段的市场主体》，《财经智库》2021年第6期，第7页。

〔69〕 前引〔18〕，陈云贤书，前言，第3页。

〔70〕 同上。

〔71〕 参见吕明瑜：《竞争法教程》，中国人民大学出版社2021年版，第173页以下。

〔72〕 同上书，第185页。

反垄断法将公平竞争审查制度上升为国家法律制度,该法第5条规定:“国家建立健全公平竞争审查制度。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在制定涉及市场主体经济活动的规定时,应当进行公平竞争审查。”由此,“公平竞争审查制度由规范性文件升格为法律,实现‘华丽转身’”,其制度刚性和强制力得以增强。〔73〕目前,起草涉及经营者经济活动的法律、行政法规、地方性法规、规章、规范性文件以及具体政策措施,均被纳入公平竞争审查范围,这标志着国家经济权力行使的制约机制日益健全。

(二) 针对差别对待的合宪性审查

在经济宪法的实施过程中,对于已经生效的法律规范,应以平等权条款和国家保护义务条款作为审查基准进行合宪性审查。如果国家或地方的立法和政策对市场主体进行了分类并实施了差别对待,就应该被纳入合宪性审查的范围。如果该差别对待具有歧视性目的或导致了歧视性后果,则应认定市场主体的平等权利受到了损害,应当获得宪法救济。

1. 禁止歧视性差别对待

禁止歧视性差别对待是平等权的规范要求。联合国《公民权利与政治权利国际公约》要求:“法律应禁止任何歧视并保证所有的人得到平等的和有效的保护,以免受基于种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产,出生或其他身份等任何理由的歧视。”许多国家在宪法中明确规定禁止歧视。〔74〕我国宪法第33条第2款规定了平等权,第34条规定了平等选举原则。由于宪法主要调整国家与公民之间的关系,一旦国家的行为构成对某些人群在课予负担或授予利益等方面的差别对待,并存在歧视性目的,就应该落入宪法审查的范围。当然,并非所有的差别对待都应该被禁止,应被禁止的是存在歧视性目的的差别对待。〔75〕

我国在法律规范层面已对歧视性差别对待作出禁止,无论在施加限制的场合还是给付的场合,禁止对市场主体进行歧视性差别对待,已成为立法通例。《公平竞争审查条例》第2章对“审查标准”进行了分门别类,包括市场准入和退出标准、商品和要素自由流动标准、生产经营成本标准、生产经营行为标准等四大类,禁止歧视性差别对待的精神得到鲜明体现。该条例明确禁止对不同所有制、地区、组织形式的经营者实施不合理的差别化待遇,同时还在政府给予特定经营者财政奖励和补贴、税收优惠、价格优惠等特殊待遇方面强调平等性,要求政府不得违法给予特定经营者优惠政策。市场主体规则平等要求国家的各类经济干预工具均应确保各类市场主体法律地位平等、竞争机会均等、权利与义务关系对等,不赋予任何一类市场主体不正当的竞争优势或劣势。依照公平竞争审查制度的要求,国家的各类经济干预政策,如产业政策、税收政策、信贷政策等,均须以竞争政策为基础,扰乱市场公平竞争的政策措施均需作出修正和改进。〔76〕

〔73〕 孙晋:《规制变革理论视阈下公平竞争审查制度法治化进阶》,《清华法学》2022年第4期,第55页。

〔74〕 例如,韩国宪法第11条第1款规定:“所有国民在法律面前人人平等。所有国民均不因性别、宗教、社会地位而在政治、经济、社会、文化生活方面所有领域受到差别。”日本宪法第14条第1款规定:“全体国民在法律面前一律平等。在政治、经济以及社会的关系中,都不得以人种、信仰、性别、社会身份以及门第的不同而有所差别。”德国基本法第3条第1款、第3款规定:“法律之前人人平等。”“任何人不得因性别、出身、种族、语言、籍贯、血统、信仰、宗教或政治见解而受歧视或享特权。任何人不得因其残障而受歧视。”

〔75〕 在美国,联邦最高法院判例认为:“仅证明法律的实施存在歧视性影响还不足以认定系争政府行为违宪,原则上还应证明其存在歧视性目的。”前引〔38〕,柳建龙文,第88页。

〔76〕 参见前引〔65〕,刘大洪文,第187页。

2. 确立统一尺度的严格审查基准

针对事关平等保护的立法，各国普遍形成了以合理性审查为基调但日趋严格的审查趋势。鉴于平等权不同于自由权，对平等权案件不加区分地采用合理性审查的做法已被取代。在美国，通过对平等保护条款的司法解释，“已经形成了由合理性审查、中度审查与严格审查等多重审查强度构成的体系，要求根据分类标准和基本权利重要性的不同而采用不同审查强度”。〔77〕在德国，对于不平等对待的正当化审查也从“禁止恣意”的目的正当性审查过渡到比例审查，“对立法者的约束和审查标准要看不平等对待的强度。对于较强的不平等对待具有严格的均衡性审查；对于较为轻微的不平等对待只进行恣意审查”。〔78〕在日本，如果不平等对待是“从积极目的上对经济自由的规制”，则适用合理性审查；如果发生于“在消极目的上规制的场合”，则适用“严格合理性”审查基准，即“立法目的必须是重要的，而且目的和手段之间也必须有实质性关联性存在”。〔79〕

尽管针对不平等对待的宪法审查日趋复杂和严格，但分析各国确定“审查强度”的标准后可以发现，由于社会经济领域的平等保护问题带有政治性和复杂性，从总体上看，各国宪法审查机关通常选择尊重立法机关的民主形成功能，采取谦抑的立场，对社会经济领域的不平等对待采用相对宽松的审查基准。例如，在美国，除以种族、性别等作成的可疑分类和准可疑分类外，“以诸如个人的财富（贫困）、年龄、受教育程度、身心障碍、社会或者经济福利措施等标准作成的分类都视为非可疑分类，通常采合理性审查”。〔80〕在德国，“对于国家自愿赋予的给付”，〔81〕以及“当立法者规制复杂生活事实时，如果关联和相互效果很难预见”等，〔82〕则适用宽松的审查标准。

基于对比较宪法学的研究，我国有学者主张，对社会经济领域的立法进行合宪性审查时宜采用宽松的审查基准，认为“国家对经济、社会领域容许有较大的政策形成自由，对国家的社会、经济性立法或措施的合宪性，原则上要以宽松的基准（类似于合宪性推定原则）进行审查”。〔83〕本文认为，经济领域的制度供给不能与其他领域的制度供给区别对待，针对经济领域的立法开展合宪性审查，应与针对其他领域立法的合宪性审查采用相同的审查基准。除了基本权利本身的性质决定了国家保护义务存在差别外，不能人为放宽对市场主体平等保护的审查，不能因差别对待发生于经济领域而采取“宽松”的审查基准。在强平等保护义务的立场下，国家在制度建构方面的权力空间越宽阔，就越应该受到严格的审查。因此，我国应该采取更加积极的姿态纠正经济领域的歧视性差别对待，以营造更好的营商环境，更好发挥社会主义市场经济体制的优势。

首先，对市场主体在经济领域的平等保护已有部门法的规范基础，且形成了严格的合法性审查屏障，如果仍然有某些差别对待需要接受合宪性审查，则无法在审查技术上构建宽松审查基准。各类市场主体法律地位平等、发展权利平等，国家应当承担平等保护义务，这可从民法

〔77〕 前引〔38〕，柳建龙文，第83页。

〔78〕 前引〔30〕，埃平等书，第387页。

〔79〕 前引〔22〕，芦部信喜书，第101页。

〔80〕 前引〔38〕，柳建龙文，第90页。

〔81〕 前引〔30〕，埃平等书，第389页。

〔82〕 同上书，第390页。

〔83〕 参见前引〔40〕，林来梵书，第330页。

典、《优化营商环境条例》等法律法规中找到明确的规范依据。以民法典第206条第3款、〔84〕反不正当竞争法第3条第1款、〔85〕反垄断法第11条等为代表的法律条文，〔86〕清晰表达了全国人大及其常委会作为最高国家权力机关对市场主体地位平等和国家平等保护的基本态度。从主权者意志的最高性、统一性和法律体系的融贯性出发，上述部门法的规定已构成对我国宪法第11条、第13条、第15条、第16条、第17条、第18条等条款中的“在法律规定范围内”“合法的”“依照法律规定”“加强经济立法”“依法禁止”“遵守有关法律的前提下”“依照中华人民共和国法律的规定”的具体化，本质上已构成对于“国家实行社会主义市场经济”中蕴含的市场主体地位平等的立法解释。有民法学者甚至指出，既然我国民法典已经“突破了公私二元的藩篱，形成了公私混合的‘大民法典’体制”，〔87〕“民法典的立法目的和基本原则构成了实质意义上的宪法精神和原则，故将具备根本法属性的民法典作为合宪性审查的依据，亦属正当”。〔88〕虽然能否因此提高民法典的位阶，“使其效力高于宪法以外的其他法律”，〔89〕尚需严肃讨论，但民法典诸多内容构成对宪法原则规定的具体落实则是不争的事实。

其次，诸如美国平等保护案例中的三重审查强度分类和德国的“以比例原则为导向的可变型宪法审查标准”所形成的弱平等保护实践，在中国没有制度基础。正如有学者通过比较研究指出的，“中国不存在宽松审查的立法现实”，原因在于“合宪推定是西方国家法院放弃自由放任主义经济理论转而接受能动国家观的一种司法策略，是承认立法机关和政府在经济和社会领域具有立法自主的妥协，也是区别政治立法与经济社会立法的一种宪法传统”。〔90〕我国的宪法实施制度与此不同，“立法机关制定经济社会立法促进尊严平等是社会主义宪法的固有职责，宪法监督机关毋需对政治和经济社会立法区别对待，政治参与应与经济社会法律并重”。〔91〕考虑到在我国社会主义市场经济建设的过程中，国家一直承担着对计划经济进行纠偏的繁重社会责任，建立严格审查基准符合社会发展需要。特别是，如果行使国家公权力的机关基于所有制形式、地区或组织形式的分类决定是否赋予市场主体法律地位，则必须受到严格审查并坚决予以纠正。2016年《中共中央、国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》明确要求，要健全以企业组织形式和出资人承担责任方式为主的市场主体法律制度，统筹研究清理、废止按照所有制不同类型制定的市场主体法律和行政法规，开展部门规章和规范性文件专项清理，平等保护各类市场主体。市场主体平等保护义务是宪法义务，宪法虽然在措辞上对公有制和非公有制使用了“主体和非主体”的差别表述，〔92〕但这揭示的是二者在国民经济中的作用的差异性，而不是二者法律地位的不平等。

〔84〕 民法典第206条第3款规定：“国家实行社会主义市场经济，保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利。”

〔85〕 反不正当竞争法第3条第1款规定：“各级人民政府应当采取措施，制止不正当竞争行为，为公平竞争创造良好的环境和条件。”

〔86〕 反垄断法第11条规定：“国家健全完善反垄断规则制度，强化反垄断监管力量，提高监管能力和监管体系现代化水平，加强反垄断执法司法，依法公正高效审理垄断案件，健全行政执法和司法衔接机制，维护公平竞争秩序。”

〔87〕 前引〔14〕，黄忠文，第59页。

〔88〕 同上文，第69页。

〔89〕 同上文，第65页。

〔90〕 郑贤君：《论合宪推定不适用于我国合宪性审查》，《贵州省党校学报》2021年第5期，第104页。

〔91〕 同上。

〔92〕 参见前引〔12〕，王利明文，第4页。

结 语

市场主体平等保护不是民商事法律独立承担的使命，而是以宪法为根本法的国家整体法律体系的任务。国家对市场主体平等保护义务的承担，既有部门法的规范依据，更有宪法的规范基础。通过对作为宪法义务的市场主体平等保护义务的分析，可以看到，在改革开放四十多年的背景下，我国经济宪法的实施一直朝向在部门法中贯彻平等保护理念、具体化平等权利保障机制、优化平等保护措施的方向发展。同时，随着合宪性审查机制的发展，对事关市场主体平等保护的法律法规的审查，又成为合宪性审查的重点内容。因此，有必要通过在理论上构建统一尺度的严格审查基准，使强平等保护义务的制度纠偏功能得到宪法解释学的支撑，从而在宪法轨道上保证各种所有制经济依法平等使用生产要素、公平参与市场竞争、同等受到法律保护，为构建高水平社会主义市场经济体制提供宪法保障。

Abstract: Under the circumstances of the socialist market economy, whether and how the state undertakes the obligation of providing equal protection for market entities is a significant economic constitutional issue. The legal system of the market economy in China demonstrates an obvious inclination towards a strong state protection obligation for the equality of market entities. This strong state protection tendency is in contrast to the weak state protection tendency in the traditional Western equal protection theory. It is the outcome of the long-term institutional accumulation during China's transition from a planned economy to a market economy, shaping the normative structure and institutional propensity of China's economic constitution. Influenced by the strong equal protection obligation, the implementation of China's economic constitution should result in a situation where the provision of equal rules and the constitutional review of differential treatment advance simultaneously. Specifically, it should aim at the equality of market entity rules, the optimization of fair competition reviews, the prohibition of discriminatory classifications, and the establishment of a unified and strict constitutional review standard, thereby ensuring that economic sectors of all forms of ownership utilize production factors equally in accordance with law, participate in market competition fairly, and receive equal legal protection.

Key Words: market economy, market entities, equal protection, economic constitution, constitutionality, review standard
