

# 公平竞争审查立法问题研究 ——基于对江苏省政策措施的分析

敖颜思文

(中央民族大学 法学院, 北京 100081)

**摘 要:**在优化营商环境的政策背景下,为响应国务院政策,各省市先后出台了公平竞争审查制度的实施意见,以此确立地方公平竞争审查的政策框架。当前我国公平竞争审查实践因立法体系不完善而存在审查对象多元化、审查标准不统一、审查事项不清晰等问题。应当以梳理现行公平竞争审查规范文本为起点,借鉴和总结域外审查经验和教训,从搭建规范体系框架和健全配套措施两方面入手,探讨我国公平竞争审查立法体系的完善。

**关键词:**公平竞争审查;制度设计;实践经验;立法体系

**中图分类号:**D922.29

**文献标志码:**A

**文章编号:**1671-9891(2019)03-0015-05

## 0 引言

公平竞争审查制度是我国充分发挥市场资源配置的决定性作用和更好发挥政府职能的重要举措,加强对该制度的研究能够拓展政府治理理论的广度与深度,为新时代政府与市场的二元驱动提供理论指导。在市场经济深入发展和营商环境优化逐步落实背景下,如何将现有公平竞争审查政策和实践经验以法律形式加以固定,实现审查标准、程序、方式的统一,已成为推进公平竞争审查制度建设亟待解决的问题。国外主要发达国家已建立了较为完备的公平竞争审查政策和法律体系,其实践经验也有诸多可借鉴之处。我国应当充分梳理和总结域外通行经验和做法,提出符合我国经济发展需要的公平竞争审查立法规制可行路径。

### 1 我国公平竞争审查制度概况

我国公平竞争审查制度以《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》(以下简称《意见》)的出台为标志,截至 2019 年,有 31 个省市印发公平竞争实施方案,有序开展审查工作。

以江苏省为例,2016 年江苏省出台了《江苏省政府关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的实施意见》(以下简称“江苏省《实施意见》”)。从审查主体上看,江苏省《实施意见》明确了“谁制定谁审查”的原则,延续了国务院《意见》的要求,这也是目前我国公平竞争审查的通行做法;从审查工作机制上看,江苏省公平竞争审查联席会议由省物价局、省发展改革委、省法制办、省商务厅、省工商局等相关部门参加,但对联席会议的程序、权责范围等并无细化规定,仍停留在政策表面。从审查对象上看,江苏省将审查的重点放在市场主体问题暴露充分、以合同协议等形式给予企业的优惠政策、已兑现的优惠政策三种类型。在审查时间的规定上,第二种类型的过渡期为 6 个月,第三种类型以“不溯及既往”为原则。从审查评估机制上看,江苏省《实施意见》规定了具体的开展集中评估的周期,并将评估流程也纳入社会公开之列。从纵向上看,江苏省《实施意见》基本上承袭了国务院公平竞争倡导文件的要求,在审查对象、审查评估等方面形成了政策创新;从横向上看,它与其他省份文件大致趋同,反映出当前我国公平竞争审查制度依然停留在政策层面,立法框架尚不清晰。

### 2 我国公平竞争审查政策存在的问题

#### 2.1 法律依据不充分

当前我国仍然存在不利于市场公平竞争的政策措施,市场创新活力有待进一步激发,而原有政策的废

收稿日期:2019-04-09

基金项目:北京市科技计划项目(Z181100007218004)

作者简介:敖颜思文(1993—),男,辽宁义县人,中央民族大学法学院硕士生。

止和修改应当以法律为依据,避免“用政策对抗政策”。但在我国现有的法律体系当中,就公平竞争审查制度的法律基础而言,《反垄断法》《反不正当竞争法》《行政许可法》等在其有关法条中均包含了提倡公平竞争审查的要求,但未在法律层面上对公平竞争审查制度予以明确规定。国务院《意见》仅作为政策性文件提出建立公平竞争审查制度,其强制性和位阶都低于法律。

以江苏省为例,其一,根据《中华人民共和国立法法》第九十七条之规定,有权对地方政府规章进行改变或撤销的主体为国务院、地方人民代表大会常务委员会及省、自治区的人民政府。因此,各地的政策措施制定主体无权清理或者废止地方政府规章,江苏省《实施意见》缺乏立法依据。其二,根据《中华人民共和国立法法》之规定,该地方性法规草案的制定主体并无权对其进行清理和废止。关于地方性法规草案的审查问题,草案制定主体在制定草案期间对其进行公平竞争审查并无不妥,但在该地方性法规草案顺利通过并实施之后,该草案的制定主体是否还需要将其纳入清理计划之中尚待明确。其三,《中华人民共和国立法法》第九十六条规定,法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章在下位法违反上位法规定时由有关机关进行改变或者撤销。但有关公平竞争审查的法律依据主要是国务院出台的实施意见和各地方的实施意见,其性质实为其他规范性文件,并不能被作为上位法对规章进行改变或者撤销。

## 2.2 审查方式不专业

目前,我国公平竞争审查的审查方式以“自我审查+外部监督”为主,主要由制定机关对相关政策措施进行自我审查,鼓励外部进行监督。在日常行政职能管理过程中,地方政府及其下级行政机关会出台大量的立法规划和其他规范性文件,结合现阶段公平竞争审查部门职能尚不明晰、审查能力不足的现状,以自我审查为核心的模式能够保证审查效率,相对来说更加符合现实需求。江苏省《实施意见》规定,政策措施出台之前,其制定机关会对这些政策措施进行先行审查,只有在该项政策措施不会排除公平竞争的时候才能将其公布实施。这种自己当自己的“法官”模式在部分情况下很难发挥出公平竞争审查的实质作用,最终使制度流于形式。因此,自我审查将会面对各种各样的表面上能够自圆其说,实际上却相互矛盾的局面。<sup>[1]</sup>

## 2.3 审查标准不具体

目前的公平竞争审查制度审查标准共有四个大类、18个具体项目,将整个审查标准按照一定的分类基准进行分类的表述具有一定科学性,但各地方实施意见规定的审查标准还存在一定的不足。江苏省《实施意见》虽然将审查标准进行类型化划分,但在表述上仍然存在较多概括性和不确定性规定,赋予了公平竞争审查主体较大的自由裁量权。行政主体拥有自由裁量权是行使行政职能管理的必要条件,可以机动灵活地处理各种问题,增强行政作用的灵活性,但是随之也会面临行政主体滥用自由裁量权的问题,与行政控权的原则不符。<sup>[2]</sup>

“市场准入和退出标准”规定,在授予经营者特许经营权之前,需要经过公平竞争,即公平竞争是前置程序,但关于政府特许经营方面的公平竞争,其界定的标准、内容、程序并未进行规定。如第三大类“影响生产经营成本标准”中规定,安排财政支出一般不得与企业缴纳的税收或非税收入挂钩,这会在一定程度上减少政府滥用优惠政策的行为,增加市场竞争的公平公正,但同时也加大了政府的融资压力,增加了企业的经济负担。此外,“一般不得”这个表述存在较大的不确定性,降低了该规定的可操作性,因此需要对其加以明确细化。又如第四大类“影响生产经营行为标准”中规定不得强制经营者从事垄断行为,尽管明确规定了“强制”的方式,但在实践中常有行政机关采用非强制性的手段使经营者从事垄断行为,如行政指导,并不能完全涵盖公平竞争审查实践的需要。

## 2.4 例外规定不明确

江苏省《实施意见》规定了四种例外情况,对公平竞争审查涉及国家安全、社会保障、公共利益等方面时给予豁免权,为特殊情况留下了一定的空间。相比18项具体的审查标准而言,这四条例外规定更具有不确定性和概括性。比如“文化安全”“公共利益”等表述,仅仅“文化”一词的内涵界定就颇有争议,而对于“公共利益”一词的界定,综合“公共”和“利益”两个本身内涵就比较丰富的词源之后,“公共利益”概念的含义就变得更加丰富,是一个典型的不确定法律概念。<sup>[3]</sup>因此,各地实施意见在例外情况中虽然规定了“公共利益”等可以作为豁免依据,但都并未对这些依据做进一步明确说明或者限定,降低了相关制度的可操作性,同时也

会增加公平竞争审查主体滥用自由裁量权的情形。

### 3 国外公平竞争审查立法措施

主要发达国家在竞争政策规范体系构建、竞争倡导、审查方式和适应经济发展变化等方面积淀深厚,且随着国际贸易联系密切加强,各国公平竞争审查制度将逐步趋向协同。<sup>[4]</sup>整体上看,现有的国际公平竞争审查制度已形成较为完整的政策和法律框架,并积累了长期的实践经验,审查主体职责明确,政策的可操作性较强,为我国公平竞争审查制度的进一步完善和推进实施提供了宝贵经验。

#### 3.1 CPTPP 协定完整竞争政策体系

现行 CPTPP(Comprehensive Progressive Trans-Pacific Partnership,全面与进步跨太平洋伙伴关系协定,简称“CPTPP”)协定基本涵盖了 WTO(World Trade Organization,世界贸易组织,简称“WTO”)框架下竞争政策的原则,竞争政策体系较为完整。一是专章规定竞争政策。CPTPP 协定中用专门的章节规定竞争政策,首次提出国有企业议题并专章加以规定,从而提升了竞争政策在自由贸易协定中的地位。从竞争政策的制定模式上看,CPTPP 协定以各成员国自身的竞争政策为基础,并未在“竞争政策”章节中设定成员国的各种实体义务,因而趋向于程序法模式,但也在一定程度上突破了程序法的限制。二是竞争政策的全面化。在 CPTPP 协议竞争政策章节包含了六个部分的内容,基本涵盖了国际贸易竞争面临的主要问题。CPTPP 协议虽立足于区域内公平竞争制度的构建,但其政策体系的完整性和可操作性值得我国借鉴。

#### 3.2 美国“竞争倡导”制度体系

美国是世界上最早实施竞争政策的国家,先后出台《谢尔曼法》等竞争倡导法律政策,奠定美国竞争政策的法律基础,并根据其经济发展形势和市场开放程度不断调整完善。美国“竞争倡导”制度主要有以下两个特点。一是审查主体职权划分明确。为防止职权重叠和重复审查,美国制定了协调机制平衡联邦贸易委员会(FTC)和司法部(DOJ)二者的职权。具体而言,在审查启动前,双方依据审查职权、审查经验、区域执法人员分布情况等要素决定具体由某一机构管辖,二者在开展调查前应获得另一方的同意,同意授权要求有效且高效。<sup>[5]</sup>DOJ 和 FTC 每年举行非正式会议,交换经验并增进了解。二是审查程序规范化。美国公平竞争审查程序因审查内容不同而存在差异。反托拉斯法律制度的审查由立法机关设立专门委员会启动,而联邦及州政府机构、部门的审查由审查主管部门自行启动。联邦贸易委员会和司法部作为公平竞争的主管机构,可自行启动审查程序,其审查内容为政府行为是否违反美国反托拉斯法律制度,评估结论仅对被审查对象有效。

#### 3.3 欧盟“国家援助”制度

欧盟的竞争政策由三个层面构成。第一层面是欧盟条约中关于竞争的基本规则。《欧洲经济共同体条约》第 81 条、第 82 条和第 87~89 条是欧盟竞争政策的起源与核心,对限制性商业行为、滥用市场支配地位以及国家援助做出了原则规定。<sup>[6]</sup>第二层面是欧盟理事会制定的规则。欧盟委员会下设竞争总司,实行“原则禁止、豁免例外”,即并不是要禁止所有的国家援助行为,如果符合豁免情形则可以予以排除。第三层面是欧盟委员会根据市场需要制定的竞争规则、制度和决定等,主要就如何适用《欧洲经济共同体条约》第 81 条、第 82 条等进行适用性规范。

尽管各个国家公平竞争审查制度存在差异,但审查标准大致趋同,基本倾向于审查政策对经营者的影响。由于经济发展状况和社会结构不同,各国也会根据自己的实际情况对公平竞争审查标准做相应调整。另外,绝大多数发达国家也都对涉及公共利益的行为进行了豁免规定,使审查标准更加完善。从标准的细化程度上看,受经济合作与发展组织(OECD)《竞争评估工具书》中“竞争核对清单”的影响,各主要发达国家对审查标准进行了细化,增加了审查标准的可操作性。欧盟委员会形成了执法和指导“软硬结合”的严密制度体系<sup>[7]</sup>,澳大利亚在实施竞争评估的过程中,进一步细化了竞争评估的许多参数,增强了审查制度的可操作性。

### 4 我国公平竞争审查制度的立法完善

#### 4.1 构建公平竞争审查法律规范体系

(1)明确构建公平竞争审查法律基础的目标。当前我国建立公平竞争审查制度以 2016 年国务院发布的《意见》作为起始标志,经过两年多的实践以及各地区对于该制度的贯彻落实,虽取得了一些实践成就,但并未形成适用于全国的审查规范,实践中也出现了很多因行政机关指定影响公平竞争的措施而导致纠纷发生

的事件。公平竞争审查作为优化营商环境的制度性措施,应当以公平竞争审查领域的基本法为引领,统制其他相关审查的具体政策规范,进而形成完整的公平竞争审查法体系,从而使公平竞争审查制度以法律的形式固定下来,成为政府参与市场引导和管理的依据和限制。

(2)做好公平竞争审查制度与反垄断法规范的衔接。大部分国家的公平竞争审查制度都包含了反垄断法的精神,但其反垄断法仅针对经济性垄断行为,对行政性垄断行为规制不足,而我国《反垄断法》第五章对行政性垄断行为进行了规制。由此看来,公平竞争审查制度与我国《反垄断法》的精神内核一致,因此应当在《反垄断法》第4条增加“建立公平竞争审查制度”的相关表述,提供公平竞争审查的法律依据,彰显其具备法律上的正当性。在第五章增加公平竞争审查制度条款作为公平竞争审查的基础性法规范,同时结合国务院《意见》的要求和现有审查经验,制定公平竞争审查的配套实施细则。

(3)强化审查工作的可操作性。鉴于我国公平竞争审查尚未形成统一具体的审查规范和标准,加之审查工作专业性要求较高,因此在制定立法文本过程中应力图详尽,以更好地指导实践。一方面,要求明确界定解析相关术语,公平竞争审查制度的专业性要求极高,因此对公平竞争审查相关术语的界定和解析尤为重要,而我国目前在此方面较为欠缺。相关术语的解释应从整体解释、系统解释的视角出发,结合国际通行的竞争评估规则术语和我国《反垄断法》等竞争引导性政策法规要求进行系统解释,强调解释规范的合宪性和合法性。公平竞争审查作为健全科技创新的市场导向机制和政府引导机制的政策工具,其术语解释应当遵照竞争政策优先适用的原则。另一方面,也应正确处理审查标准和审查实践的关系问题。在规范文本制定过程中应当广泛吸收审查实践中的可行性做法,充分发挥法律制定的价值。当然,由于法律规范具有滞后性,难以穷尽审查过程中面临的各种问题,因此规范文本应当预留调整空间,建立容错机制,从而形成法律规定和法律执行相互促进的良性互动。

#### 4.2 完善公平竞争审查制度配套措施

(1)构建“初步审查—深入审查”的公平竞争审查程序。目前我国的反垄断执法采取双层次、多元执法的模式,同时结合以内部审查为主的公平竞争审查实践,基本形成了以自我审查为主的复合审查模式。鉴于我国公平竞争审查制度刚刚起步,由政策制定机关进行初步审查具有一定的合理性,但内部审查极易出现权力寻租风险,因此应当明确以竞争执法机构作为深入审查机关。2018年后,由新组建的国家市场监督管理总局承担反垄断统一执法,具有更高的独立性和权威性,从而具备了深入审查、对初步审查的备案和进一步指导评估的组织保障。未来应将公平竞争审查纳入《反垄断法》体系,考虑在《反垄断法》第9条中增加“组织领导公平竞争审查工作的开展,监督公平竞争审查工作实施”的类似表述,在反垄断委员会执行议事协调职能的基础上,明确授予反垄断执法机构领导、组织和监督公平竞争审查的职权,增强公平竞争审查的强制力,使反垄断执法机构具备作为深入审查机关的立法依据。

(2)完善审查标准及内容。公平竞争审查制度的实质在于保障政府干预的中立性,因此审查标准的确立应从三个维度展开:一是机会提供中立,逐步降低政府优惠政策对市场交易的限定作用,减少因政策扶植和政策优惠形成的隐形壁垒。二是经营负担影响中立,要求政府在法律层面对所有参与经济活动的主体进行无差别监管,且在监管程度和标准上应当平等对待。同时,政府非因特殊因素考虑不得介入市场主体的经济纠纷,纠纷介入应满足合法性和比例原则要求。三是投资回报中立,应明确政府补贴和奖励的标准和范围。补贴和奖励更多的由中央政府来完成,地方政府原则上不进行补贴,以免产生地域性保护。

在审查的方式上,应当要求审查机关严格遵守比例原则,确保审查目的的合法性和正当性。可以要求政策措施制定机关书面提交政策措施制定目的的材料以及证明材料,已经过论证听证的应当将相关报告一并提交,对于原有政策措施的深度审查,应当对实行现状进行实质性调查而非单纯形式上的审查。

(3)健全损害性竞争的救济措施。以政策制定机关能力的有限性和利益维护主观性为现实依据,广大市场主体作为公平竞争环境最大的受益方和公平竞争审查制度服务的对象,理应在损害性竞争发生后,享有救济和追偿的权利。一是应当明确政策制定主体的被追责对象身份,从对“存量政策措施”和“增量政策措施”的审查安排来看,整个公平竞争审查制度最主要的参与主体就是政策措施的制定主体,所以其理应成为追责机制的最主要追责对象。二是考虑到我国公平竞争审查刚刚起步,政府与市场主体间的关系尚待厘清,

损害性竞争的追责和赔偿方式及标准应当由政府 and 区域市场主体共同确定,在地方形成完善救济和赔偿流程及标准后推及全国,构建较为完善的损害性竞争救济措施。

(4)健全外部监督。除了政策措施制定主体的上级行政机关,其他的行政机关和团体组织也能发挥监督作用。外部监督主要包括以下主体:一是司法监督。公平竞争制度的初衷在于限制公权力对市场的干预,而行政主体基于行政职能制定法规政策文件作为行使公权力的主要形式,理应接受司法监督。行政诉讼法明确将部分抽象行政行为纳入行政诉讼受案范围,实践中的规范性文件具有数量多、制定程序简单、立法质量差距大的特点,因此应当鼓励市场主体向法院附带性提出对规范性文件的审查起诉,以形成公权力间的监督。二是相关市场竞争主体。他们是具体的政策措施实施后最直接的利害关系人,同时也是公平竞争利益的享有者和不当竞争的利益受损方,因此充分调动市场主体的监督意愿和能力,将有助于公平竞争审查制度的常态化推进。三是其他行政机关。在政策制定机关审查过程中,对非本机关专业领域的知识技能掌握不够充分时,其他相关的行政机关可以对该专业领域进行建议监督。此外,相关具体执法机构在长期执法过程中积累了大量的实践经验,对相关的公平竞争知识有实际性了解,可以从实践方面向政策制定主体提出相关建议。行政机关间的协同能够降低公共管理成本,促进公平竞争政策更好的落实。

## 5 结束语

公平竞争审查制度是我国从源头上厘清政府与市场边界、规范政府行为和优化营商环境的重要举措。在推进经济持续稳定发展的战略背景下,我国应当积极深化竞争审查机制改革,加快公平竞争审查规范化建设,推进法治政府建设,确保政府依法行政,从而激发市场活力,优化营商环境,促进市场健康发展。

## 参考文献:

- [1]汪改丽.对公平竞争审查“内部审查制”的思考[J].广西政法管理干部学院学报,2016(5):91-96.
- [2]侯利阳.产业政策何以向竞争政策转变:欧盟的经验与上海的现实[J].上海交通大学学报:哲学社会科学版,2016(1):89-98.
- [3]方世荣,戚建刚.论行政时效制度[J].中国法学,2002(2):81-92.
- [4]胡建森,邢益精.公共利益概念透析[J].法学,2004(10):3-8.
- [5]戴维·格伯尔.全球竞争:法律、市场和全球化[M].陈若鸿,译.北京:中国法制出版社,2012.
- [6]王健,汪望宇.美国竞争倡导制度研究——兼论我国如何导入竞争倡导制度[J].经济法论丛,2014(2):272-314.
- [7]唐宇.欧盟竞争政策的特点及发展趋势[J].国际贸易,2017(12):19-24.

(责任编辑 范可旭)

## Study on Legislation of Fair Competition Review

——Based on Analysis of Policy Measures in Jiangsu Province

AOYAN Si-wen

(School of Law, Minzu University of China, Beijing 100081, China)

**Abstract:** In the context of the policy of optimizing business environment and in response to the State Council's policy, provinces and municipalities have successively issued the implementation guidelines on fair competition review system to establish a policy framework for local fair competition review. At present, due to the imperfect legislative system, the practice of fair competition review in our country has problems such as diversification of reviewed objects, non-uniform review standards, and unclear review items. It should start from combing the current normative review of fair competition, learn from and summarize foreign experience and lessons of review. Engaged from the two aspects of constructing normative system framework and perfecting supporting measures, it explores the improvement of our country's fair competition review legislative system.

**Key words:** fair competition review; institutional design; practical experience; legislative system