

# 公平竞争审查制度的理论认识与实践探索

霍艳梅<sup>1</sup>, 刘志军<sup>1</sup>, 孟庆瑜<sup>2</sup>, 和金生<sup>3</sup>

(1. 河北工程大学, 河北 邯郸 056038; 2. 河北大学, 河北 保定 071002; 3. 邯郸市司法局, 河北 邯郸 056000)

**[摘要]** 始自2016年的公平竞争审查制度, 进一步提升了行政主体的反垄断意识, 彰显了政府在维护统一市场和竞争有序的市场经济方面的职责所在, 标志着我国竞争政策基础性地位的确立, 也意味着反垄断法律制度的进一步完善。该制度确立以来, 从国家层面到各省市, 都围绕之予以贯彻。但从实际看, 无论内涵认识还是审查机制, 公平竞争审查制度亟待进一步加强和改善。

**[关键词]** 公平竞争; 行政性垄断; 竞争评估

doi: 10.3969/j.issn.1673-9477.2019.03.019

**[中图分类号]** DF41

**[文献标识码]** A

**[文章编号]** 1673-9477(2019)03-092-05

各国(地区)存在一些各具特色的竞争审查制度, 如欧盟国家援助控制制度, 美国对影响竞争行为的介入制度, 日本《政府政策评估法》等。我国于2016年发布国务院《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《审查意见》), 于2017年由国家发改委、财政部等部委联合发布《公平竞争审查制度实施细则(暂行)》(以下简称《审查细则》), 标志着我国公平竞争审查制度的确立。作为深化经济体制改革的重要举措, 公平竞争审查制度对处理好政府和市场关系、深入推进供给侧结构性改革、持续深化“放管服”改革极具意义。探索公平竞争审查制度的内涵, 结合国情、省情、市情了解该制度的实施情况, 有助于提高公平竞争审查制度的实效。

## 一、公平竞争审查制度的内涵理解与认识

### (一) 公平竞争审查制度是《反垄断法》规制的行政限制竞争行为的事前预防制度

行政限制竞争行为, 亦谓之行政性垄断, 在我国由来已久。《反垄断法》明确规定行政机关和法律法规授权的管理公共事务职能的组织不得实施限定交易、地区封锁等排除限制竞争行为, 其中关于“不得滥用行政权力, 制定含有排除、限制竞争内容的规定”的抽象性行政垄断行为与公平竞争审查制度相契合。

《审查意见》及《审查细则》明确, 行政机关及法律法规授权组织在制定涉及市场主体经济活动的市场准入、经营行为等方面的规章等政策措施时, 应当进行公平竞争审查。只有经审查不具有排斥限制竞争影响的政策措施方可以实施。国务院出台的行政法规和政策措施, 以及由政府部门起草的地方性法规, 亦应参照《审查细则》进行公平竞争审查,

未经审查不得提交审议。

公平竞争审查制度在适用主体和适用范围上, 虽与《反垄断法》规制的行政性垄断行为趋向一致, 但前者更为宽泛。在适用主体上, 公平竞争审查制度虽然与《反垄断法》表述一致, 均为“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”, 但从“行政法规和国务院制定的政策措施、政府部门负责起草的地方性法规”的参照适用范围可以反馈出, 公平竞争审查制度实际比《反垄断法》规制的行政性垄断行为更为宽泛, 不仅包括国务院各部委、地方各级人民政府及其职能部门这些《反垄断法》适用的行政主体, 亦涵盖一般认为不适用《反垄断法》的最高行政机关——国务院。在适用范围上, 公平竞争审查制度不仅审查部委规章和地方政府规章, 审查政府规范性文件和其他政策措施, 亦审查国务院的行政法规和其他政策措施, 乃至审查由政府部门起草的地方性法规, 大为扩充了《反垄断法》的规制范围。

理论上, 作为最高行政机关的国务院, 以及制定地方性法规的地方人大, 不应囿于部门利益和地方利益制定排斥限制竞争的规定。但是, 国务院出台的政策措施既可能因为负责起草的部委带来部门利益的影响, 亦可能有针对内外资的差别; 而地方性法规也多为地方政府部门负责起草, 难以完全避免部门利益和地方利益, 因此参照进行公平竞争审查成为应有之义。

从规制方式看, 《反垄断法》对包括抽象性行政垄断在内的行政垄断均是事后规制, 即由上级责令改正, 对直接责任人员给予处分, 反垄断执法机构可向上级机关提出处理建议。这种规制方式因惩戒不足历来被诟病, 且有学者指出事后规制以相关违法行为被发现为前提, 囿于反垄断执法资源匮乏,

**[投稿日期]** 2019-08-09

**[基金项目]** 河北省法学会研究课题(编号: HBF[2019]B003)阶段性成果

**[作者简介]** 霍艳梅(1973-), 女, 河北邯郸人, 教授, 研究方向: 经济法。

政策措施数量庞大，违法行为可能始终未被发现从而不能实现有效规制<sup>[1]</sup>。公平竞争审查主要是在政策起草制定阶段对其合法性、公平性进行自我把控，是对行政垄断行为的事前预防，可以有效避免、减少损害公平竞争的政策出台。可以说，公平竞争审查就是借助政府部门的事前主动审查、自我审查，纠正妨碍公平竞争的政策措施，从而与事后的反垄断执法形成合力，节约反垄断执法资源。

## （二）公平竞争审查制度补充细化了《反垄断法》规制的行政限制竞争行为

与《反垄断法》关于行政性垄断的列举情形相比较，公平竞争审查标准不仅更为细化，而且补充了《反垄断法》未予规定的情形，起到配合反行政垄断执法的效果。也正如此，2019年9月1日实施的，作为《反垄断法》配套规章的国家市场监督管理总局《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为暂行规定》（以下简称《暂行规定》）与公平竞争审查标准进行了相应对接。

1. 公平竞争审查标准将《反垄断法》规制的限定交易行为更加宽泛化

《反垄断法》第32条禁止行政主体限定或者变相限定经营、购买或使用其指定经营者提供的商品。公平竞争审查标准关于市场准入和退出标准第3项中，除细化体现行政主体所谓限定或者变相限定的方式（涵盖明示或暗示，拒绝或拖延审批，重复检查，不予接入等方式），增加了招投标中的限定交易表现（如限制投标人的住所地、所有制及设置项目库、名录库等）。《暂行规定》通过调整相关表述实现对接，并增加补漏性条款，彰显了《反垄断法》配套规章立法的科学性。

2. 公平竞争审查标准细化了《反垄断法》规制的地区封锁行为

《反垄断法》第33条列举了行政主体妨碍商品在地区之间自由流通的若干“地区封锁”情形，如针对外地商品的歧视性收费、歧视性技术措施、行政许可、关卡等。公平竞争审查标准关于商品和要素自由流动标准，扩充了商品范围，涵盖了进口商品和服务；增加了歧视性补贴等情形；扩大了行政许可、关卡等内涵。《暂行规定》与公平竞争审查标准对接，吸收了公平竞争审查标准的相关细化内容。

3. 公平竞争审查标准以列举方式进一步细化《反垄断法》关于排除限制外地投标人、外地投资者的相关情形

《反垄断法》第34条规定，行政主体不得设定歧视性资质、歧视性评审标准或者不发布信息等，

排斥限制外地经营者参加本地的招投标活动。第35条规定，行政主体不得采取不平等待遇等，排斥限制外地经营者在本地投资或设立分支机构。公平竞争审查标准关于商品和要素自由流动标准第3、4项中，列举细化了排除限制外地投标人、外地投资者的规定。《暂行规定》吸收或高度概括吸收公平竞争审查标准的相关内容，摒除了标准中诸如“直接强制外地经营者在本地投资或者设立分支机构”等规定，并增加补漏性条款。

4. 公平竞争审查标准进一步明确了《反垄断法》规制的强制垄断行为

《反垄断法》第36条仅原则禁止行政主体强制经营者从事垄断行为。公平竞争审查标准关于影响生产经营行为标准，不仅明确了强制垄断行为的含义，确定了经营者可能会被强制的两种垄断行为类型（垄断协议和滥用市场支配地位），还增加“组织或者引导”等变相强制的表述。《暂行规定》对应体现了“变相强制”表述。

5. 公平竞争审查标准补充了《反垄断法》未体现的其他排除限制竞争情形

公平竞争审查标准关于影响生产经营成本标准，如违法给予特定经营者优惠政策等，在《反垄断法》及《暂行规定》中均无单独体现；关于市场准入和退出标准，除第3项归入限定交易外，其他在《反垄断法》及《暂行规定》中无单独体现；关于影响生产经营行为标准，除第1项归入强制垄断行为外，其他如违法披露经营者的经营信息、政府定价超越定价权限等在《反垄断法》及《暂行规定》中亦无单独体现。表明公平竞争审查标准在遏制行政垄断行为上的补充性，亦彰显了公平竞争审查制度的价值及意义。

## （三）公平竞争审查制度是连续审查、持续审查，可以全方位地遏制行政限制竞争行为

相关规定体现，公平竞争审查虽然主要侧重增量政策的事前审查，与公平竞争审查标准相悖的政策措施不得出台。但是，公平竞争审查并不仅限于增量政策的事前审查，已经公平竞争审查后出台的政策措施并非“一劳永逸”，行政主体仍应定期评估其影响；对适用例外规定出台的政策措施，行政主体还应逐年评估。如评估认为有损公平竞争的，应及时废止或启动修改程序。此外，对以往的存量政策措施也应当进行清理。在公平竞争审查制度设计层面，排除限制竞争的行政性垄断行为得以全方位地遏制。

## 二、公平竞争审查制度的实施的两个层面

公平竞争审查制度自 2016 年确立以来,从国家层面到各省市,都进行了联席会议、实施文件、审查流程、特定领域、存量政策清理等方面的推进实施。

### (一) 国家层面

国家层面上,除了出台《审查细则》,还确立了公平竞争审查工作部际联席会议、公平竞争审查流程等制度。

公平竞争审查工作部际联席会议负责统筹协调与指导公平竞争审查工作。联席会议可以建立公平竞争审查工作专家支持体系。公平竞争审查遵循基本流程,并以《公平竞争审查表》形式体现审查结论。

2019 年 2 月,国家市场监督管理总局、发改委、财政部、商务部联合发布了 2019 年审查工作重点,包括:制定《公平竞争审查第三方评估实施指南》(以下简称《评估指南》);完善《审查细则》;研究出台适用例外规定、责任追究等方面的配套文件;探索考核机制;选择重点行业和地区开展公平竞争审查专项督查,建立督查结果通报和公开机制;深入研究特定行业领域的审查问题;加强宣传培训,强化案例解读,提高培训的针对性和实操性,提升审查工作能力和水平;加强竞争倡导,增强各级政府部门的公平竞争意识等。

同月,作为 2019 年公平竞争审查工作重点之一的《评估指南》出台,对第三方评估的含义、原则、适用范围、评估内容、评估机构、评估程序和方法、保障措施等作了细致规定。明确行政主体在公平竞争审查的五个主要阶段均可以引入第三方评估。具体而言,行政主体对拟出台政策措施审查时;对已经审查出台的政策措施定期评估时;对适用例外规定出台的政策措施逐年评估时;对审查制度实施前已出台的政策措施清理时;对审查制度实施情况综合评估时,都可以选择包括高等院校、律师事务所等在内的咨询研究机构开展竞争评估。

国家层面亦针对特定领域开展针对性工作。2019 年 9 月 1 日施行的财政部《关于促进政府采购公平竞争优化营商环境的通知》,规定全面清理政府采购领域中有损公平竞争的内容,重点清理和纠正相关问题。

### (二) 地方省市层面

各省市都根据《审查意见》及《审查细则》制

定了本省市的实施意见,组建各级公平竞争审查工作联席会议,布置增量文件的公平竞争审查机制及存量政策清理工作。以河北省为例,河北省人民政府于 2016 年 9 月发布《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》,规定了河北省公平竞争审查制度的基本内容,并建立了由 32 个省直部门参与的省公平竞争审查工作联席会议制度。河北省并区分政策措施的出台主体具体规定了公平竞争审查机构。以政府名义出台的政策措施,由起草牵头部门审查;以多部门名义联合出台的政策措施,由牵头部门审查,转其他部门会签;以单独部门名义出台的政策措施,由政策制定机关负责审查。

河北省人民政府于 2019 年 1 月发布的《关于全面推行行政规范性文件合法性审核机制的实施意见》,在合法性审核中增加了公平竞争审查事项,要求就是否制定排斥限制竞争措施,是否不当干预市场主体经营,是否不当设置市场准入和退出条件等进行审查。

河北省亦针对招投标、财政等特定领域开展专项工作。2019 年 3 月,河北省发改委、司法厅、市场监督管理局等部门联合发布《关于促进招标投标市场公平竞争的实施意见》。要求制定招投标规定时将公平竞争审查作为合法性审核的重要内容,防止排斥限制公平竞争;每三年对招投标规定进行一次全面清理,及时修改或废止限制招标投标市场公平竞争的内容。河北省财政厅等单位建设财政事项公平竞争审查机制,将公平竞争审查作为政策措施出台前的必经程序,在办公系统中设置公平竞争自查、合法性审查、审批等环节,系统自动记录会签意见、办理过程及办理情况,实现应审必审,审必留痕。并全面清理存量文件,筛选确定 50 余件高风险存量文件,引入第三方外部评估,及时修订或废止相关文件。

据 2019 年 4 月的河北省公平竞争审查工作联席会议,河北省公平竞争审查制度实现了省、市、县三级全覆盖,全省各部门建立了公平竞争审查内部审查机制和工作程序,各市(县、区)建立了公平竞争审查工作协调机制。存量政策清理稳步推进,全省共完成清理存量文件 16314 件,修改 104 件,废止 342 件。成立了 5 个联合督导组,编印了《河北省公平竞争审查工作资料汇编》,邀请国家和兄弟省市领导专家进行政策讲解。省有关部门通过打造标准化审查流程、建立定期评估机制等多种方式

推动了制度落实。

2018年，邯郸市人民政府下发《关于开展法规规章规范性文件清理工作的通知》，主要对政府规章和规范性文件进行清理。其中，把有违平等保护经济主体财产所有权、经营权等产权的规定，涉及不当限制企业经营行为的规定，作为重点清理内容。同年9月，邯郸市人民政府发布《市政府规章和规范性文件清理结果》，保留2018年8月30日以前市政府规章52件；保留市政府规范性文件414件，废止63件，宣布失效21件，列入修改计划23件；列入修改目录的市政府规范性文件，要求执行单位应当在2019年4月1日前完成修改工作，并报市政府按程序重新公布，未重新公布的，自动废止。

2019年3月，邯郸市人民政府办公厅发布《关于全面推行规范性文件合法性审核机制的实施意见》，在合法性审核内容的第9项中明确体现了公平竞争审查。规定审核机构应就是否含有排斥限制竞争措施，干预市场主体经营，不当设置市场准入、退出条件等方面进行审核。审核机构在发现有第9项规定内容的，应当在审核意见中提出由起草部门组织公平竞争审查的意见。据了解，邯郸市对《大力支持企业上市工作的意见》等4项文件进行了公平竞争审查。

2019年5月，邯郸市人民政府发布《关于开展法规规范性文件清理工作的通知》，围绕市政府制定的现行有效的全部规章以及2018年12月31日前的全部规范性文件开展清理。其中第四部分将不利于优化营商环境、排除限制公平竞争、有悖平等保护原则、不利于民营经济健康发展的规定作为应当废止内容予以清理。

### 三、公平竞争审查制度实施中的问题及解决对策

调研显示，公平竞争审查制度在地方存在不同程度的形式化问题，总体质量有待提高。

#### （一）公平竞争审查存在实质缺位现象

制度落实不能停留在会议、文件上，不能以制度落实制度。从目前公平竞争审查制度的实施情况看，开会多、文件发布多，真正落于实处、产生实效的有限。如，多地网约车办法普遍存在限定网约车车辆规格、限定驾驶员户籍资格、强制网约车平台公司在本地设立分支机构等情形，并不符合公平竞争审查标准，但却陆续出台实施。有学者认为，在网约车领域公平竞争审查制度并未真正实施，出

现“政策衰变”<sup>[2]</sup>。调研发现，相关《公平竞争审查表》填报内容不规范，甚至有的《公平竞争审查表》没有体现明确的审查结论。

又如，一些省市将公平竞争审查并入合法性审核的内容，但只是规定合法性审核机构发现有涉及违反公平竞争审查标准的，应当在审核意见中提出由起草部门组织公平竞争审查的意见，等于实质上缩减了公平竞争审查的范围。如前述，《审查意见》及《审查细则》均明确，行政主体但凡制定与市场主体经济活动有关的政策措施，均应进行公平竞争审查，且应由起草部门在相关政策措施的起草过程中主动开展公平竞争审查，应审必审，而非经由合法性审核机构发现涉嫌违反公平竞争审查标准后才进行公平竞争审查。

#### （二）公平竞争审查质量不理想

我国的公平竞争审查制度是行政主体自我审查方式，但是由政策制定者审查自身易流于形式；且审查质量取决于审核机构及具体经办人员的专业能力。调研显示，审核机构及具体经办人员的专业程度参差不齐，总体质量不理想。

如，部分审核机构对利害关系人的理解有误。根据《审查细则》，行政主体开展公平竞争审查应征求利害关系人的意见或者向社会公开征求意见。利害关系人指参与相关市场竞争的经营者、消费者以及可能受到政策措施影响的其他市场主体。而实践中，一些审核机构在《公平竞争审查表》中明确体现其仅向相关职能部门征求了意见，既未向经营者等利害关系人征求意见，也未向社会公开征求意见，但却在《公平竞争审查表》中选择已“向利害关系人征求意见”项，将相关职能部门错误等同为利害关系人。

又如，部分审核机构在适用例外规定上不规范。一些审核机构将“各地市普遍做法”“便于管理”“主要领导做出指示”等等表述为适用例外规定的理由，与《审查细则》规定的适用例外情形完全不符，且没有按照要求进行相关政策措施“不可或缺”“不会严重排斥限制竞争”的说明，亦没有按照要求明确相关政策措施的实施期限。

据报道，2018年国家市场监督管理总局以联席会议名义随机选择督查了辽宁、广东等5省区，发现相关部门2017年之后出台的30份文件有违反公平竞争审查标准或程序的问题，如限定交易、地区封锁等，反映出审查质量不高。

有鉴于此,基于我国的现实国情,现阶段应采取相应可行对策,进一步促进公平竞争审查制度的实施。特别是,需要结合地方实际情况,探索落实该制度的有效路径和方法。

第一,我国公平竞争审查由行政主体开展自我审查、主动审查的现行方式显然不利于提高公平竞争审查的实效性,引入第三方评估势在必行。2019年国家市场监督管理总局已经出台《评估指南》,鼓励指导行政主体在公平竞争审查工作的五个阶段引入第三方评估。在现阶段,鉴于第三方评估无法作为强制性环节介入公平竞争审查,应通过曝光反面典型、财政补助等奖罚不同措施,激励行政主体主动引入第三方评估,促进公平竞争审查机制逐步由自我审查向外部控制过渡<sup>[3]</sup>。

第二,发布公平竞争审查的指导示例。应借鉴最高人民法院指导性案例的做法,由各级公平竞争审查联席会议及时总结、发布典型示例,对审查机构及工作人员开展公平竞争审查工作提供明确示例指导,以避免、减少《公平竞争审查表》填写不规范、不合法,审查流于形式等情形。

第三,进一步提高行政主体的公平竞争审查认知及能力。一方面,长期以来行政主体的公平竞争保护意识薄弱,对竞争法及竞争政策缺乏深入了解;另一方面,公平竞争审查需要具备较高的专业知识与能力。国家层面,鉴于公平竞争审查制度建立在《审查意见》及《审查细则》基础上,效力层级较低,应尽快修改《反垄断法》,将公平竞争审查制度

提升到法律高度。地方层面,应取消“以会代训”做法,真正做好竞争法及公平竞争审查制度的学习培训,切实提高公平竞争审查能力,有效改观公平竞争审查质量。

第四,联席会议或公平竞争审查主管部门应就公平竞争审查与合法性审核的关系、公平竞争审查标准的科学性、自我审查方式下的监督问责机制强化等方面加强调研,给出明确的指导性意见。如前述,部分省市已下发文件,明确将公平竞争审查列入合法性审核内容,但有实质性缩减公平竞争审查范围的嫌疑。此种做法是否恰当,应否推广,相关部门应给出明确意见。公平竞争审查标准方面,虽已列举了四类十八项标准及兜底条款,但从实务看,已经出现审查人员难以准确对应相关标准进行审查填写情形,相关标准的表述是否科学,含义是否清晰,有待调研探索。而自我审查方式下,监督问责机制亦亟待强化,否则公平竞争审查的形式化弊端难以克服。

#### 参考文献:

- [1]焦海涛.公平竞争审查制度的实施激励[J].河北法学.2019(9):107-121.
- [2]黄军.网约车监管领域公平竞争审查制度实施探析[J].竞争政策研究.2017(11):53-66.
- [3]刘大洪,邱隽思.推动民营经济发展背景下的公平竞争审查制度改进研究[J].法学论坛.2019(3):49-55.

[责任编辑 王云江]

## Understanding and implementation of fair competition review system

HUO Yan-mei<sup>1</sup>, LIU Zhi-jun<sup>1</sup>, MENG Qing-yu<sup>2</sup>, HE Jin-sheng<sup>3</sup>

(1. Hebei University of Engineering, Handan 056038, China; 2. Hebei University, Baoding 071002, China; 3. Handan Judicial Bureau, Handan 056000, China)

**Abstract:** The fair competition review system, which began in 2016, has further enhanced the anti-monopoly consciousness of administrative subjects, highlighted the responsibilities of the government in maintaining a unified market and a competitive and orderly market economy, marked the establishment of the basic position of China's competition policy, and also meant the further improvement of the anti-monopoly legal system. Since the establishment of the system, the system has been implemented from the national level to all provinces and cities. However, the fair competition review system needs to be further strengthened and improved, regardless of its connotation or review mechanism in practice.

**Key words:** fair competition; administrative monopoly; competition assessment