

# 论公平竞争审查制度法制化的层次

江 山

**摘 要：**近来，通过行政规则来约束政策的模式凸显瓶颈，公平竞争审查融入《反垄断法》是法制化竞争秩序的应然选择，而规则的层次结构决定制度成效。当前，《反垄断法》总则已纳入公平竞争审查的条款，有待在竞争政策法规群中涵盖公平竞争审查的核心原则，形成逻辑一贯的法制架构。未来，还应重组行政垄断专章，覆盖对管制政策和产业政策的公平竞争审查，以解决有权机关制定含有排除、限制竞争内容的规定，对经营者施加竞争限制和赋予经营者竞争优势的问题。在此基础上，还应完善审查的程序制度、确立市场调查制度，并强化法律责任，以实现公平竞争审查规则表达的定型化，达致市场竞争秩序的稳态化。

**关键词：**公平竞争审查；竞争政策；产业政策；管制政策；反垄断法

[中图分类号] D912.294 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2022) 05-0023-17

## 引言

公平竞争审查制度出台之前，2007年《中华人民共和国反垄断法》（下称《反垄断法》）已明确规定行政机关和法律、法规授权的组织不得滥用行政权力排除、限制市场竞争，并明令禁止实施限定交易和地区封锁的行为。2016年，《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，下称《公平竞争审查意见》）扩展了审查范围，覆盖“地方保护、区域封锁，行业壁垒、企业垄断，违法给予优惠政策或减损市场主体利益等不符合建设全国统一市场和公平竞争”的政府有关行为。至此，建设我国统一开放、竞争有序的市场体系和“逐步确立竞争政策的基础性地位”迈出了关键一步。<sup>〔1〕</sup>接下来，2019年2月12日市场监督管理总局发布《公平竞争审查第三方评估实施指南》（市场监管总局公告2019年第6号），2020年市场监督管理总局等四部门印发《关于进一步推进公平竞争审查工作的通知》（国市监反垄断〔2020〕73号），2021年市场监督管理总局等五部门制定《公平竞争审查制度实施细则》（国市监反垄断〔2021〕2号），公平竞争审查的制度细节得以完善。在所涵盖行为类型上，《公平竞争审查意见》超出了

〔作者简介〕江山，法学博士，对外经济贸易大学法学院教授。

〔基金项目〕国家社会科学基金后期资助项目“反垄断法解释研究”（项目批准号：20FFXB025）。

〔1〕吴敬琏：《确立竞争政策基础性地位的关键一步》，载《中国价格监管与反垄断》2016年第7期，第11页。

《反垄断法》行政性垄断专章的范围。问题是，其直接规范的是行政机关内部事务，属于“有内部效力的行政规则”<sup>(2)</sup>；但公平竞争审查的影响又远超行政机关内部的范围，所涉纠纷也通常不能由法院裁断，其实施欠缺法律刚性，在内部动力不足或遭遇外部阻力之时凸显疲软，难以对政策法律造成市场竞争损害的外部效果予以救济。2022年，新修订的《反垄断法》第5条纳入公平竞争审查制度：“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。”然而，新法并未在总则之外确立任何相应的配套规定以支撑其实施，导致公平竞争审查制度的实施仍处于两难境地：如单依赖《反垄断法》，则规制对象显然部分缺失；若仅依托《公平竞争审查意见》，则受制于软约束和救济不充分。为此，应当考察公平竞争审查制度法制化的应然层次，以加强制度供给。

## 一、公平竞争审查制度法制化的路径与架构

法制化的过程，是现代社会中制定法大量出现的发展过程，同时也是社会关系在形式上组织起来并形成社会秩序的过程。<sup>(3)</sup>一方面，随着福利国家政治不断介入经济，法制化意味着“经济领域的宪法化”，法律被视为经济领域宪法化的控制工具、国家干预和补偿的中介；且法制化并不仅是法律的问题，而是涉及国家干预的正当性问题。<sup>(4)</sup>另一方面，当今国家间制度竞争愈演愈烈，在经济领域竞争的焦点之一就是构建市场化、法治化、国际化营商环境<sup>(5)</sup>；而该等营商环境继续，要求法制化的公平竞争审查作为制度支撑，以为市场主体提供稳定预期。无论如何，公平竞争审查制度法制化已为刚需，在《反垄断法》已作出原则性规定的前提下，应当进一步明确其确立路径与规范架构，以理清法治化的层次。

### （一）公平竞争审查制度法制化的确立路径

从根源上考察，公平竞争审查是宪法保护“营业自由”、确立法治化营商环境的应有选择。<sup>(6)</sup>然而长期以来，宪法对“营业自由”的保护，并没有在现行法律结构中得到充分实现。因为宪法所规定的“营业自由”存在两个不可分割的面向，既包括从营业的垄断和限制交易中获得自由，

---

(2) 根据《国家行政机关公文处理办法》，“意见”从外在形式上看系13种行政机关公文之一，为“其他规范性文件”，或德国、日本等法域所统称的“行政规则”。作为由行政机关作出的用于处理行政内部事务的具有法律效力（而非法律规范效力）的文件，行政规则是否具有法律规范性质，需要界定其具有内部效果还是外部效果。习惯上，调整外部行政法律关系的法律规范构成行政法的法律渊源。如果行政规则仅具有内部效果，用于调整和实现机关法人的各项活动和职能，而与国民的权利、义务不发生直接关系，即不具有法律规范性质。参见杨建顺主编：《行政法总论》，北京大学出版社2012年版，第167-169页。

(3) Jiirgen Harbermas, *Life World and System: A Critique of Functionalist Reason, The Theory of Communicative Action, Volume 2*, Beacon Press, 1987, p.257. 转引自董笃笃：《竞争政策法制化研究》，法律出版社2017年版，第12页。

(4) Gunther Teubner, *Juridification-Concept, Aspects, Limits, Solutions*, in Gunther Teubner ed., *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, Walter de Gruyter, 1987, p.11. 转引自董笃笃：《竞争政策法制化研究》，法律出版社2017年版，第28-29页。

(5) 《优化营商环境条例》（国务院令 第722号），第4条。

(6) 也有论者认为，公平竞争审查的保护客体为宪法维护的市场经济体制。王炳：《公平竞争审查的合宪性审查进路》，载《法学评论》2021年第2期，第82页。

也包括从国家对营业、产业的规制中获得自由。<sup>(7)</sup>其中,按照现行《反垄断法》的规定,其主要保障的是“从营业的垄断和限制交易中获得自由”(三大垄断行为的规制),而“从国家对营业、产业的规制中获得自由”则须由公平竞争审查制度来确保其完整实现(现行《反垄断法》对行政垄断的规制只是局部)。具体而言,《中华人民共和国宪法》(下称《宪法》)第15条第3款“禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序”的规定是对公平竞争的直接保障,各类政府部门或相关组织机构违法从事影响市场统一开放、公平竞争的市场秩序的行为,都属于扰乱社会经济秩序的行为。<sup>(8)</sup>但事实上,超过法律范围、没有制定法律而通过政策影响营业自由的情况大量发生。对其进行规制,若《反垄断法》不能完全覆盖,仅依赖《公平竞争审查意见》为中心的“文件治理模式”,都将因缺乏法律优先的约束而难以强力回应政府干预市场的失范。为此,夯实宪法下的营业自由保障,法律是最佳载体,层次化的刚性法制建构亦为必需。

公平竞争审查制度的法制化,首先需要作出立法模式的抉择。当前,即便《反垄断法》已对公平竞争审查制度作出原则性规定,这仍然是一个未彻底解决的问题。因为现行《反垄断法》并未提供可供依凭的操作性审查安排。此前,在国务院公布的《优化营商环境条例》第63条第1款中就规定,“制定与市场主体生产经营活动密切相关的行政法规、规章、行政规范性文件,应当按照国务院的规定进行公平竞争审查”。其中“规定”,目前即为《公平竞争审查意见》。这当然会引发关于公平竞争审查制度效力层级的质疑,以及二元立法和一元立法选择的讨论。在《反垄断法》所作之原则性规定外,《公平竞争审查意见》是否足以承受有效型塑市场竞争秩序之重?

若基于二元立法的选择,应将《公平竞争审查意见》提升为单行法,分立于现行《反垄断法》。依此进路,因《公平竞争审查意见》与“行政性垄断”的规定部分重叠,或须剥离《反垄断法》第五章。<sup>(9)</sup>剥离之后的单行法,如果能够更有效地解决管制和产业政策引发的市场扭曲,充分发挥公平竞争审查制度的功能,也未尝不可。但从功能上来看,政府对市场干预与私人实施垄断行为造成的市场扭曲长期以来相伴相生,评估其市场竞争影响的方法殊途同归,且其调查措施和救济方案又紧密勾连,统一规制手段才是其题中应有之义。如果没有明显的增益,仅在形式上由两部法律来分别规制,不仅没有降低还会新增执法机构之间协调的成本,增加规制不足的可能性。

相反,采取一元立法可将公平竞争审查制度融入现行《反垄断法》,共享执法资源、贯通调查方法和救济方案,同步涤荡排除、限制竞争的政府干预和私人垄断,为法治化营商环境提供整全保障。问题是,由《反垄断法》如此系统地约束政府干预经济的行为,依据何在?在此需要重申,反垄断法在保护营业自由上的合法性是宪法充分赋予的。反垄断法与宪法一以贯之的联系使其毫无争议地成为构造和维护竞争秩序的柱石,在整个市场经济法律框架中居于核心地位。<sup>(10)</sup>为实现对

(7) [日]丹宗昭信、伊从宽:《经济法总论》,吉田庆子译,中国法制出版社2010年版,第171页。

(8) 张守文:《公平竞争审查制度的经济法解析》,载《政治与法律》2017年第11期,第8页。

(9) 有论者指出,公平竞争审查制度应以《反垄断法》第五章“滥用行政权力排除、限制竞争”为基础进行细化,以“排除、限制竞争”(竞争效果)分析为原则性标准进行构建。参见黄勇、吴白丁、张占江:《竞争政策视野下公平竞争审查制度的实施》,载《价格理论与实践》2016年第6期,第33页。

(10) [美]戴维·格伯尔:《二十世纪欧洲的法律与竞争》,冯克利、魏志梅译,中国社会科学出版社2004年版,第309页。

营业自由的完整保护，应当通过反垄断法将宪法规定的“从营业的垄断和限制交易中获得自由”和“从国家对营业、产业的规制中获得自由”的保护统一起来。据此，政府干预经济的具体和抽象行政行为，都要力图避免与反垄断法相冲突，否则，则有可能损害宪法所确立的基本经济秩序中自由竞争相对于政府干预的优先性。<sup>(11)</sup>有鉴于此，公平竞争审查制度的融入，有利于形成以《反垄断法》为核心的竞争政策体系<sup>(12)</sup>，进而为国家—市场的稳态秩序提供逻辑一致的结构化保障。

亦有论者认为，公平竞争审查的顺利实施要基于反垄断法，但也不能拘泥于此。<sup>(13)</sup>这一判断，系在旧《反垄断法》下尚无公平竞争审查规定时作出。但目前，新法仍未进行具体制度的完整、全面法制化构建。至今未决的问题是，《反垄断法》在文本结构和实施机制上到底能否吸收涵盖公平竞争审查的内容？厘清这一问题，需要考察公平竞争审查制度纳入是否会突破《反垄断法》逻辑一贯的法制架构。可以显见的是，在目标上，《公平竞争审查意见》“维护公平竞争秩序”的总体要求，与《反垄断法》“保护市场公平竞争”的立法目的形成共指。在规制对象上，《公平竞争审查意见》“着力打破地区封锁和行业垄断”与《反垄断法》“不得滥用行政权力，排除、限制竞争”的规定相补足，二者作为一个整体完成对政府“滥用行政权力排除、限制竞争”的规制，与对经营者所实施之垄断行为的规制相辅相成。在实施机制上，《反垄断法》的双层实施机制可以容纳公平竞争审查与垄断行为调查并行不悖。特别在反垄断委员会的主要职能中，研究拟订竞争政策，是公平竞争审查实施对产业与管制政策评估的政策基础；组织调查评估市场总体竞争状况，是筛查排除、限制竞争的政策法律的重要步骤。据此，将公平竞争审查的具体制度纳入《反垄断法》，不仅不会对《反垄断法》的文本结构和实施机制造成冲击，还将补足行政性垄断规定的局限，并充实反垄断委员会的职能。综观之，一元立法模式在立法技术上是更为可行和可欲的选择。

## （二）公平竞争审查制度融入《反垄断法》的规范架构

既已明确一元立法下的合并立法模式，为充分发挥制度功能，还须考察如何将其融入《反垄断法》总则、“滥用行政权力排除、限制竞争”章节、实施程序 and 法律责任规定，以形成层次分明、功能完备的公平竞争审查制度法制化架构。

将公平竞争审查制度纳入《反垄断法》，首先需要在总则中进行分层充实，以完善竞争政策规范的法规群。就此，第一，《反垄断法》第4条第2款“国家坚持市场化、法治化原则，强化竞争政策基础地位”的规定，应当明确统领总则中整个竞争政策规范。第二，《反垄断法》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”。此后，可以增加一款规定明确公平竞争审查的内涵，即行政机关和有权组织“不得出台政策措施赋予经营者竞争优势或对经营者

(11) 张占江：《政府行为竞争中立制度的构造：以反垄断法框架为基础》，载《法学》2018年第6期，第85页。

(12) 王先林：《公平竞争审查制度与我国反垄断战略》，载《中国市场监管研究》2016年第12期，第21页。

(13) 侯利阳：《公平竞争审查的认知偏差与制度完善》，载《法学家》2021年第6期，第116页。

施加竞争限制，排除、限制竞争”。第三，在《反垄断法》第8条关于国有企业反垄断规制的规定<sup>(14)</sup>中，可以考虑增加一款：“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不得采取政策措施，致使前款规定行业的经营者排除、限制竞争。”第四，公平竞争审查涉及中央和地方有权机关的各个层面，虽设立了部际联席会议，仅由反垄断执法机构开展工作似力有不逮，应将国务院反垄断委员会的职能从“协调反垄断行政执法”扩展至包括“公平竞争审查”工作。第五，应将上述条文的规定按顺序作为一个整体呈现在总则中，以区分于对私人垄断的规制。

进一步，为将总则中的原则性规定赋予实体功能，要拓展其法制化的具体层次和细部，从实体和程序两个方面确立公平竞争审查制度的规范结构。一般认为，公平竞争审查系“竞争主管机构或其他机构通过分析、评价拟订中（或现行）的法律可能（或已经）产生的竞争影响，提出不妨碍法律目标实现而对竞争损害最小替代方案的制度”。<sup>(15)</sup>该界定从评估者的角度涵盖了评估流程，但从评估对象的角度，并未明确何种（可能）产生竞争影响的行为应当被评估。就此，业界一直未能形成有足够概括性的类型化共识。我们认为，基于世界范围内的成熟实践，针对其中具有突出影响的“通过政策法律赋予竞争优势”和“通过政策法律施加竞争限制”的两大经验类型，应当作出规范提炼。而且在我国，面临产业政策、管制政策与地区封锁问题并存的独特语境，应当考虑构建涵盖产业政策审查和管制政策评估相结合的规制模式。当然，就此并无可以直接移植的结构化制度安排。比较来看，以国家援助控制为中心的欧盟模式和以管制政策评估为中心的OECD（经济合作与发展组织）模式，对上述问题分别构建了制度框架，值得参考。以此观照当前《公平竞争审查意见》的规则设计，其偏重规制通过政策法律施加竞争限制的行为，而对通过政策法律赋予竞争优势的行为规制不足（表1）。有鉴于此，融入《反垄断法》的前提性工作，系对公平竞争审查制度进行再结构化并予以分类规制。

表1 中国公平竞争审查制度审查标准<sup>(16)</sup>

审查标准类型	通过政策法律施加竞争限制	通过政策法律赋予竞争优势	与《反垄断法》既有规定的比较
市场准入和退出标准	1. 不得设置不合理和歧视性的准入和退出条件 3. 不得限定经营、购买、使用特定经营者提供的商品和服务 4. 不得设置没有法律法规依据的审批或者事前备案程序	2. 公布特许经营权目录清单，且未经公平竞争，不得授予经营者特许经营权	第42条 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不得滥用行政权力，以设定歧视性资质要求、评审标准或者不依法发布信息等方式，排斥或者限制经营者参加招标投标以及其他经营活动。

(14) 有论者提出，“完全可以考虑删除这条，然后大胆地将反垄断法适用于所有的管制性行业之中”。参见时建中：《强化公平竞争审查制度的若干问题》，载《行政管理改革》2017年第1期，第46页。

(15) 张占江：《中国法律竞争评估制度的建构》，载《法学》2015年第4期，第67页。

(16) 江山：《产业发展的政策选择与法律治理》，法律出版社2016年版，第63-64页。为明晰关系，增加公平竞争审查制度与“与《反垄断法》既有规定的比较”。

续表

审查标准类型	通过政策法律施加竞争限制	通过政策法律赋予竞争优势	与《反垄断法》既有规定的比较
市场准入和退出标准	5. 不得对市场准入负面清单以外的行业、领域、业务等设置审批程序		第 43 条 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不得滥用行政权力, 采取与本地经营者不平等待遇等方式, 排斥、限制、强制或者变相强制外地经营者在本地投资或者设立分支机构。
商品和要素自由流动标准	2. 不得限制外地和进口商品、服务进入本地市场或者阻碍本地商品运出、服务输出 3. 不得排斥或者限制外地经营者参加本地招标投标活动 4. 不得排斥、限制或者强制外地经营者在本地投资或者设立分支机构 5. 不得对外地经营者在本地投资或者设立的分支机构实行歧视性待遇, 侵害其合法权益	1. 不得对外地和进口商品、服务实行歧视性价格和歧视性补贴政策	第 41 条 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不得滥用行政权力, 实施下列行为, 妨碍商品在地区之间的自由流通: (一) 对外地商品设定歧视性收费项目、实行歧视性收费标准, 或者规定歧视性价格; (二) 对外地商品规定与本地同类商品不同的技术要求、检验标准, 或者对外地商品采取重复检验、重复认证等歧视性技术措施, 限制外地商品进入本地市场; (三) 采取专门针对外地商品的行政许可, 限制外地商品进入本地市场; (四) 设置关卡或者采取其他手段, 阻碍外地商品进入或者本地商品运出; (五) 妨碍商品在地区之间自由流通的其他行为。
影响生产经营成本标准	2. 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 4. 不得在法律规定之外要求经营者提供或者扣留经营者各类保证金	1. 不得违法给予特定经营者优惠政策 2. 同左栏 3. 不得违法免除特定经营者需要缴纳的社会保险费用	第 40 条 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不得滥用行政权力, 通过与经营者签订合作协议、备忘录等方式, 妨碍其他经营者进入相关市场或者对其他经营者实行不平等待遇, 排除、限制竞争。
影响生产经营行为标准	1. 不得强制经营者从事《反垄断法》规定的垄断行为 2. 不得违法披露或者要求经营者披露生产经营敏感信息, 为经营者从事垄断行为提供便利条件 3. 不得超越定价权限进行政府定价 4. 不得违法干预实行市场调节价的商品和服务的价格水平	N/A	第 39 条 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不得滥用行政权力, 限定或者变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品。 第 44 条 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不得滥用行政权力, 强制或者变相强制经营者从事本法规定的垄断行为。
例外规定	1. 维护国家经济安全、文化安全或者涉及国防建设的 3. 为实现节约能源资源、保护生态环境等社会公共利益的 4. 法律、行政法规规定的其他情形	2. 为实现扶贫开发、救灾救助等社会保障目的的 3. 同左栏	N/A

通过类型化的方法确立了公平竞争审查制度融入《反垄断法》的规范架构后, 可以从该法第五章、第六章和第七章入手, 从实体制度与程序制度两个维度展开, 夯实公平竞争审查制度法制

化的深层结构并搭建制度细节之间的有机衔接。

## 二、公平竞争审查制度法制化的实体结构

根据公平竞争审查制度的规范架构，法制化层次的深入应聚焦重组《反垄断法》第五章。为此，要确立滥用行政权力排除、限制竞争的规制结构，分类厘清针对干预行政和给付行政之公平竞争审查的法定化，并明确滥用行政权力排除、限制竞争规制的不适用情形。

### （一）滥用行政权力排除、限制竞争的规制结构

第一，应当对该章的定位进行再确认。其中关键，在于厘清滥用行政权力排除、限制竞争规制与公平竞争审查之间的关系。一般认为，前者的对象同时包括具体和抽象行政行为，而后者的对象则为抽象行政行为。《反垄断法》第45条规定：“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不得滥用行政权力，制定含有排除、限制竞争内容的规定。”该规定旨在将“以抽象行政行为方式排除、限制竞争的规定纳入到法律中来”。<sup>(17)</sup>而公平竞争审查制度，则是“为规范政府有关行为，防止出台排除、限制竞争的政策措施”所建立。在此，“排除、限制竞争的政策措施”属于经由抽象行政行为所制定的“排除、限制竞争内容的规定”的范畴。有鉴于此，在吸收公平竞争审查制度的具体规定之后，新第五章仍应保留“滥用行政权力排除、限制竞争”的章名，以统合该制度与反行政垄断的规定。

第二，当前行政性垄断专章的内容布局呈分散状态，须重塑其内在逻辑。为此，应当在章节起始就以总括性的规定明确该章的规制内容、确立制度层次，并明确行政垄断规制与公平竞争审查之间的关系。该条可以在现行《反垄断法》第45条的基础上进行扩充，在类型上涵盖通过政策法律施加竞争限制和赋予竞争优势的行为，在性质上涵盖干预行政和给付行政。其中，限定交易和地区封锁的行为系具体行政行为，适用现行法下的行政垄断规制；通过政策法律施加竞争限制和赋予竞争优势的行为系抽象行政行为，适用公平竞争审查。有鉴于此，可以作出相应规定为：“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不得滥用行政权力，实施下列行为：（1）限定交易、设置或提高市场进入壁垒，妨碍人员、资本和商品等的自由流动，排除、限制竞争；（2）制定含有排除、限制竞争内容的规定，对经营者施加竞争限制，或者赋予经营者竞争优势；（3）强制经营者从事本法规定的垄断行为。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在制定涉及市场主体经济活动的规定时，应当按照国家有关规定进行公平竞争审查。”

第三，在上述总括性规定的基础上，应当重组“滥用行政权力排除、限制竞争”专章的结构。首先，针对通过政策法律施加竞争限制和赋予竞争优势的行为的规制，应根据其规制对象分属于干预行政还是给付行政，确定公平竞争审查制度相应内容的法定化范围。在行政法上一般认为，对于干预行政，由于其行为的侵害性，应当全面法定化；对于给付行政，应对其中具有侵害性的

<sup>(17)</sup> 全国人大常委会法制工作委员会经济法室编：《中华人民共和国反垄断法：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2007年版，第227页。

干预性给付予以法定化。<sup>(18)</sup>那么不难理解,如果规制对象为法定化的文本,而对其实施公平竞争审查时仍依据政策文件,这种约束的效力恐怕是存在疑问的。据此,我们认为,通过政策法律施加竞争限制的行为对应干预行政,针对这一规制对象的公平竞争审查须全面法定化;通过政策法律赋予竞争优势的行为对应给付行政中的干预性给付,针对这一规制对象的公平竞争审查亦须法定化。在此基础上,一是要明确对通过政策法律施加竞争限制的法定规制,在第39、40、41、42、43条的基础上作出扩充;二是要对通过政策法律赋予竞争优势的法定规制,在《公平竞争审查意见》的基础上进行凝练;三是要规定滥用行政权力排除、限制竞争的法定“不适用”情形。<sup>(19)</sup>

## (二) 通过政策法律施加竞争限制行为规制的法制化

通过政策法律施加竞争限制的行为,一般表现为“通过政策法律确立扩张性的管制边界、设定歧视性的条件、限定经营者的竞争能力、削弱经营者的积极性等方式施加竞争限制”。<sup>(20)</sup>易言之,其通过设定在位企业的竞争者或潜在竞争者无法参与竞争或有效参与竞争的准入门槛,从而排除、限制竞争,阻断或扭曲通过市场竞争产生优胜者的过程。显然,这类限制或剥夺了相对人的某种权利,或给相对人增加义务,构成在行政法上需要法定化的干预行政,因而就对其实施规制的公平竞争审查相应制度应予以全面法制化。

干预行政在市场经济中的典型体现就是管制政策和地区封锁。通常,管制机构只关注特定的政策目标,但不会全面考虑管制所带来的成本,及其是如何影响竞争的<sup>(21)</sup>;而且,可能限制进入企业数量和民间资本进入,使竞争性市场结构长期难以形成。<sup>(22)</sup>在20世纪六七十年代,为应对美国管制体制的增加导致企业的守法成本提高,总统以行政命令<sup>(23)</sup>确立规制影响分析(RIA),“评估对现存或者拟议中的规制政策已经产生或者可能产生的积极影响与消极影响”<sup>(24)</sup>,确立了管制政策公平竞争审查法制架构。据此,管制体制本身的存在必要、存在边界和运行规则都需要进行重估,以祛除不合理的、歧视性的竞争限制。在我国,通过政策法律施加限制不仅仅发生在管制体制之内,还大量存在于地区封锁之中。特别是2015年《中华人民共和国立法法》修订将市级地方立法权主体由原较大的市扩展到所有设区的市之后,立法主体级数倍增的必然副作用是威胁法制统一性尤其是催化地方保护主义和区域壁垒。<sup>(25)</sup>很多时候,行业管制与地区封锁之间还出现叠加的情形。当前,《反垄断法》中主要聚焦于“块块的”地区封锁,这在公平竞争审查制度中得到了进一步的扩充,扩展到管制体制内“条条的”垄断问题。以此为基础,应当将行业管制和地

(18) 杨登峰:《行政法定原则及法定范围》,载《中国法学》2014年第3期,第96、99页。

(19) 实际上,《公平竞争审查意见》的兜底条款已经蕴含了这种分类的雏形:“没有法律、法规依据,各地区、各部门不得制定损害市场主体合法权益或者增加其义务的政策措施。”

(20) 江山:《产业发展的政策选择与法律治理》,法律出版社2016年版,第52页。

(21) 王健:《政府管制的竞争评估》,载《华东政法大学学报》2015年第4期,第11页。

(22) 余晖:《管制与自律》,浙江大学出版社2008年版,第50-51页。

(23) Exec. Order No.12291, 3 C.F.R.127 (1981).

(24) 高秦伟:《美国规制影响分析与行政法的发展》,载《环球法律评论》2012年第6期,第97页。

(25) 郑毅:《中央与地方立法权关系视角下的网约车立法》,载《当代法学》2017年第2期,第21页。



区封锁所共同存在的通过政策法律施加竞争限制的问题整体法制化，对具体行政行为进行反垄断调查，对抽象行政行为实施公平竞争审查。

在具体制度设计上，美国 1993 年通过 12866 号行政命令<sup>(26)</sup>所确立的规制影响分析的理念和原则沿用至今，要求管制机构识别重大市场失灵或系统问题，评估管制的替代性选择，选择可以最大化净收益的管制方案，将决定建立在强有力的经济学证据基础上，以及理解管制对受益者和受损者造成的预期影响。<sup>(27)</sup>进一步地，OECD《竞争评估工具箱》系列在操作层面极大地发展了管制政策竞争评估的内容，其核对清单包括限制供应商的数量和范围、限制供应商的竞争能力、限制供应商的竞争激励和限制消费者可获得的信息和选择。<sup>(28)</sup>相较而言，我国当前的制度安排，主要从经营者的角度考察通过政策法律施加竞争限制是否合理和非歧视的问题，而消费者一侧的分析多少被忽略了。问题是，二者不能完全替代。例如，若消费者获取足够的信息以及迅速转换供应商的能力受到政府干预的损害，企业间的竞争便无法展开。<sup>(29)</sup>有鉴于此，可以作出相应规定为：“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不得滥用行政权力，实施下列行为：（1）设置没有法律法规依据的审批或者事前备案程序，以及不合理和歧视性的市场准入和退出标准；（2）对外地商品或者服务、外地经营者的营商活动实施歧视性待遇，影响商品和要素自由流动；（3）在法律规定之外要求经营者提供或者扣留经营者各类保证金等，增加经营者的成本。（4）限定或者变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品；（5）限制消费者可获得的信息及其消费选择<sup>(30)</sup>；（6）通过政策法律对特定经营者施加竞争限制的其他行为。”

### （三）通过政策法律赋予竞争优势行为规制的法定化

通过政策法律赋予竞争优势的行为，通常表现为针对选定的行业、企业或地域等由产业政策给予直接的财政补贴、税收优惠或金融支持等，入选者获得资源的倾斜。<sup>(31)</sup>其行为发生的场域并不局限于管制或竞争领域；其作用于竞争的方式，是通过挑选赢家或扶持输家，阻断或扭曲通过市场竞争产生优胜者的过程。这在行政法上被称为给付行政，“即通过向相对人提供精神的或物质的利益达到对社会施加影响的行政作用”。<sup>(32)</sup>具体而言，上述竞争优势的赋予属于干预性给付行为，虽然是一种给付，但这种给付本质上仍然是对自由权、平等权的一种“侵害”，应当给予类同

(26) Exec. Order No.12866, 58 Fed. Reg. 51735 (1993), supplemented by Exec. Order No. 13563, 76 Fed. Reg. 3821 (2011).

(27) Maureen K.Ohlhausen, *China's Fair Competition Review: Insights from the U.S. Experience*, FTC (26 October 2016), <https://www.ftc.gov/public-statements/2016/10/chinas-fair-competition-review-insights-us-experience>, p.7.

(28) OECD, *Competition Assessment Toolkit: Volume 1. Principles*, OECD (26 July 2022), p.9.

(29) 张占江：《政府行为竞争中立制度的构造：以反垄断法框架为基础》，载《法学》2018年第6期，第94页。

(30) 包括：“（1）限制消费者的选择能力；（2）通过直接或间接增加更换供应商的成本来限制消费者选择供应商的自由；（3）从根本上改变消费者进行高效购买所需的信息。”OECD, *Competition Assessment Toolkit: Volume 3. Operational Manual*, OECD (26 July 2022), p.44-47.

(31) 黄群慧、贺俊等：《真实的产业政策：发达国家促进工业发展的历史经验与最新实践》，经济管理出版社 2015 年版，第 56-57 页。

(32) 杨建顺：《规制行政与行政责任》，载《中国法学》1996年第2期，第76页。

于侵害行为般的法律制约——由于其对市场机制的潜在危害，也应当予以法定化。<sup>(33)</sup>因而，就对其实施规制的公平竞争审查相应制度应予以全面法制化。

在市场经济领域，给付行政的典型就是产业政策，即“在产业发展过程中，通过政策法律赋予特定行业、地区和主体以竞争优势（或弥补其劣势）”。<sup>(34)</sup>产业政策是后发国家所依赖的路径，竞争政策是自由市场国家所奉行的传统，二者并不必然存在交集。在美国，产业政策被限定在有限范围之内，须遵循严格的立法程序以法律的形式出台。在欧盟，产业政策的发展历经纵向到横向的演变，在竞争法的约束下被框定于国家援助的合法区间。在日本、韩国和中国等东亚发展型国家，则亟须解决通过政策法律设定治理结构，解决通过政策法律赋予竞争优势的问题。<sup>(35)</sup>在我国，政府亦通过直接补贴、税收减免、资本注入等各种形式，面向老、少、边、穷地区以及资源枯竭城市、自然灾害突发区、西部地区、东北地区等老工业基地等提供地区援助，针对农业、光伏产业和传统支柱产业等提供行业援助。<sup>(36)</sup>就此，欧盟国家援助控制制度为产业政策审查提供了法定框架，预防和制止国家用任何方式给予或者利用国家财源给予的援助，优待某些企业或者某些生产部门，以致破坏竞争或者对竞争产生威胁。<sup>(37)</sup>但当前《反垄断法》的规定多指向管制政策，唯有《公平竞争审查意见》涉及产业政策对生产经营成本的影响。<sup>(38)</sup>然而即便是这一规定，落实起来也颇具挑战。有论者就梳理指出，《公平竞争审查意见》实施以来尽管已审查的规范性文件总体数量非常可观，但在财政领域没有显示出明显的审查进展；从2018年6月22日至2021年3月16日国家市场监督管理总局共公开的35宗滥用行政权力排除、限制竞争行为的执法案例来看，只有1宗涉及财政补贴。<sup>(39)</sup>与此形成反差的是，我国法律、行政法规、部门规章、地方性法规当中，“补贴”“补助”“财政资助”“财政支持”“财政奖励”“税收优惠”等表述出现的次数以10万计。<sup>(40)</sup>

---

(33) 干预性给付行为包括为管理经济文化、调整经济结构、鼓励科学技术发展等其他目的而采取的给付措施。与其相对应的是保障性给付行为，是指为个人提供特定目的的支持和建设公共设施，以保障和改善公民的生活条件。一般认为，应将保障性给付行为排除在行政法定范围之外。参见杨登峰：《行政法定原则及法定范围》，载《中国法学》2014年第3期，第99-102页。

(34) 江山：《产业发展的政策选择与法律治理》，法律出版社2016年版，第50页。

(35) 韩国于1997年制定行政规制基本法导入了规制影响分析制度，并由美国联邦贸易委员会（FTC）于2009年根据OECD《竞争评估工具箱》制定了竞争影响核对清单；日本已于2010年正式确立了竞争评估制度，并由OECD协同日本公正交易委员会（JFTC）制定了竞争评估核对清单。参见吴汉洪、权金亮：《日本、韩国的竞争评估制度及对中国的启示》，载《中国物价》2016年第4期，第23-26页。唯其问题是，由于两国的制度都以OECD《竞争评估工具箱》为蓝本，聚焦于管制政策的竞争影响评估，就产业政策的公平竞争审查则存在实质不足。

(36) 周海涛：《欧盟国家援助制度的现代化及其借鉴》，载《河北法学》2016年第8期，第136-137页。

(37) Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), 2007, Article 107.

(38) 有论者提出，推进产业政策的竞争评估基本都与垄断问题有关，因此系反垄断法实施机构的任务。参见丁茂中：《产业政策的竞争评估研究》，载《法学杂志》2016年第3期，第72页。也有论者认为，公平竞争审查是我国产业政策系统性改革的重要举措，但主张《反垄断法》仅为助推手段。参见孟雁北：《产业政策公平竞争审查论》，载《法学家》2018年第2期，第131页。

(39) 叶卫平：《财政补贴、产业促进与公平竞争审查》，载《交大法学》2021年第4期，第9页。早前，有研究对2016年6月至2018年3月国家发改委（时任主管机构）公布的59个审查案例为样本进行分析，其中对“影响企业经营生产成本”项下的涉案政策措施违反审查标准的情况为0。参见朱静洁：《公平竞争审查制度实施情况的实证研究》，载《竞争政策研究》2018年第4期，第125页。

(40) 黄勇：《论我国竞争政策法治保障的体系及其实现机制》，载《清华法学》2022年第4期，第40页。

个中原因，以税收优惠为例，可能在于：在审查中表面上是竞争法的审查指引，实则审查内容均为检索税收法律法规确认相关主体是否有权出台相应政策，并未涉及实质竞争判断。<sup>〔41〕</sup>

目前，且不论处于政治锦标赛博弈下<sup>〔42〕</sup>的地方政府及其政府官员，是否有足够的动力通过自我审查来约束以财政补贴、税收优惠为典型的给付行政，至少在制度设计上应对通过政策法律赋予竞争优势的方式予以举明。为做到有法可依，应当明确须就利用国家资源选择性地赋予竞争优势的行为作出产业政策审查<sup>〔43〕</sup>：国家补助、利率优惠、税收减免、税收抵扣、国家担保或控股、以优惠条件提供商品或服务、直接补贴、资金转移、公共土地出售、出口信用保险等。在此基础上，评判该等政策法律的合法性，则还需要评估所涉通过政策法律赋予竞争优势的行为进行是否构成“排除、限制竞争”。<sup>〔44〕</sup>有鉴于此，可以考虑规定：“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不得滥用行政权力，实施下列行为：（1）违法给予特定经营者税收优惠等政策；（2）对特定经营者的商品、服务实行歧视性价格和歧视性补贴等政策；（3）未经公平竞争，授予经营者特许经营权；（4）违法免除特定经营者需要缴纳的社会保险等费用；（5）通过政策法律赋予特定经营者竞争优势的其他行为。”

#### （四）滥用行政权力排除、限制竞争的不适用情形

勘定公平竞争审查制度的例外规定边界，对该制度本身构成结构性的影响。无论是在OECD竞争评估框架下对管制体制政策法律的评估，还是在欧盟国家援助控制制度下对国家援助的评估，都存在边界。该等边界，关乎竞争政策深入的程度。发展型国家的产业政策、管制政策的边界处于持续变动之中，例外规定是公平竞争审查有效实施的关键，应经法制化予以厘清。

在反垄断法中，“适用除外”是指特定经济领域不受反垄断法调整而将其除外于该法适用范围，即使它表面上符合垄断行为的构成要件；“豁免”则是对于违反反垄断法的行为，由于其符合反垄断法本身规定的免责条件，而对其不予禁止。<sup>〔45〕</sup>当前《公平竞争审查意见》的例外安排，混杂了适用除外与豁免，接近欧盟国家援助控制制度下的绝对豁免与可能豁免的区分。<sup>〔46〕</sup>其中，对通过

〔41〕 王波：《支出视角下的地方税收优惠法治探析》，载《税收经济研究》2021年第5期，第86-87页。

〔42〕 周黎安：《晋升博弈中政府官员的激励与合作——兼论我国地方保护主义和重复建设问题长期存在的原因》，载《经济研究》2004年第6期，第34页。

〔43〕 Commission Notice on the Notion of State Aid as Referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union C/2016/2946, C 262, 19.7.2016.

〔44〕 《公平竞争审查意见》中明确规定：“经审查认为不具有排除、限制竞争效果的，可以实施；具有排除、限制竞争效果的，应当不予出台，或调整至符合相关要求后出台。”但是，对这一标准并未进行细化。比较欧盟法实践，一项措施只要有影响成员国间贸易并扭曲竞争的可能性就足够了；委员会无须再证明实际效果；如果公共支出加强了一个企业相对于欧盟内部贸易中其他竞争企业的地位，则可以认定后者受到了该项措施的影响。Unicredito Italiano, C-148/04, ECR, EU:C:2005:774, 2015, para. 56.

〔45〕 许光耀：《合法垄断、适用除外与豁免》，载王艳林主编：《竞争法评论》第1卷，中国政法大学出版社2005年版，第44-58页。

〔46〕 《公平竞争审查意见》规定：“政策制定机关应当说明相关政策措施对实现政策目的不可或缺，且不会严重排除和限制市场竞争，并明确实施期限。”比较而言，《欧盟运行条约》第107条第2款规定了面向消费者和针对自然灾害的国家援助为绝对豁免（shall be compatible）；第3款规定了扶持欠发达地区经济发展、执行服务于欧盟共同利益的重大项目、救济成员国的严重经济障碍、促进特定经济领域或活动和文化与文化遗产保护的国家援助，属于可能豁免（may be considered to be compatible）的范围。<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:12008E107>.

政策法律赋予竞争优势的行为，一般既需要考虑适用除外，也需要考虑豁免问题。而对于通过政策法律施加竞争限制的行为，通常则是通过分析行为的合理性和非歧视性考虑是否可以豁免。<sup>(47)</sup>基于此种认识，可以框定公平竞争审查制度的范围与边界。

一般而言，在不适用情形的规定中应当考虑：（1）维护国家安全、文化安全或者应对经济危机；（2）为实现救灾救助；（3）为促进消费且直接受益人为消费者；（4）为实现扶贫开发；（5）为实现节约能源资源、保护生态环境等社会公共利益等主要情形。并且，政策制定机关应当说明相关政策措施对实现政策目的不可或缺，且不会严重排除和限制市场竞争，并明确实施期限。在此，第一，要明确“国家安全”的外延，厘定“文化安全”的内涵<sup>(48)</sup>，并防止“应对经济危机”的泛化，特别注意防范利益集团将部门利益、地区利益等纳入其中。<sup>(49)</sup>第二，扶贫和救灾亦为两套独立的体制<sup>(50)</sup>，在公平竞争审查制度中亦宜作出严格区分。<sup>(51)</sup>第三，节能环保例外可以作为一个整体予以考察并设定例外的范围<sup>(52)</sup>，同时要界定社会共同利益所包含其他内容的内涵与外延。<sup>(53)</sup>第四，应当明确针对消费者的补贴属于不适用的情形。<sup>(54)</sup>第五，豁免范围的扩展必须遵循严格的程序，而且必须具备法律的层级，行政法规应排除在法制化的例外情形之外。第六，应当把握比例原则适用，包括政策措施的目的正当性、政策措施之于目的的适当性、政策措施之于目的实现的必要性，以及政策目的实现与竞争损害之间的均衡性审查。<sup>(55)</sup>

### 三、公平竞争审查制度的实施程序与法律责任

缺乏完备程序要件的法制难以协调运作，而法制向日常生活世界中的渗透基本上是通过程序

---

（47）限定交易的具体行政行为应当原则上不具备豁免理由；而妨碍商品地区间自由流通的抽象行政行为为则应当容纳一定的效率和客观必要性考察。参见许光耀：《反垄断法上的行政垄断分析》，载《行政管理改革》2014年第11期，第46页。

（48）如果仅具有文化性质，并不是出于商业目的并损害公共利益的，应当予以豁免。Council Regulation (EU) No 733/2013, (L 204/11, 07.22.2013).

（49）例如，面对金融危机，欧盟消除危机对策与国家援助之间紧张的方式是发布了六个“危机通讯”，并最终出台“银行业通讯”将危机应对规范化。Communication from the Commission on the application, from 1 August 2013, of State aid rules to support measures in favour of banks in the context of the financial crisis (“Banking Communication”), 2013/C 216/01.

（50）例如，在欧盟法下，二者不处于同一位阶，自然灾害和特殊事件由于其重大、不可预知和不寻常的特性，非获得及时的援助难以纾解，只需要进行初步审查即作出是否豁免的决定（绝对豁免）；而扶贫开发虽具有重大性，但并非不可预知和不寻常的，仍须遵守严格的豁免程序（可能豁免）。

（51）应当考虑细化灾害认定、特殊事件界定，亦须明确损失的特定性、援助的针对性、相称性和非歧视性；量化贫困、欠发达地区的认定，且明确扶贫开发援助中的普惠性/非歧视性。

（52）例如，欧盟《普遍集体豁免规定》涵盖了节约能源、可再生能源方面的投资以及环境税减免形式的援助。Commission Regulation (EC) No 800/2008, L 214/3, 08.06.2008.

（53）Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest, 2012/C 8/02.

（54）例如，《欧盟运行条约》第107条第2款（a）项规定，向个体消费者提供的具有社会性质的国家援助，若在发放过程中不存在关于产品产地的歧视，其与内部市场是相容的。<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:12008E107>.

（55）黄军：《比例原则在公平竞争审查例外制度运行中的适用》，载《财经法学》2021年第1期，第56-59页。

性的法律装置而实现的。<sup>(56)</sup>相应地，法制化的程序规则是实现公平竞争审查制度功能、宣导竞争文化的天然法律装置。将公平竞争审查制度纳入《反垄断法》，须在法律程序和实施机制上有效衔接。

### （一）公平竞争审查与涉嫌违法行为调查

当前，《反垄断法》对涉嫌垄断行为调查的规定包括：调查的发起、调查的措施、调查的程序和调查过程中被调查对象的权利与义务。在此框架下，公平竞争审查程序如何嵌入，需要斟酌。此外，在成熟市场经济体，全行业和特定市场的筛查常常作为重点领域反垄断执法的前奏，在中国法下尚无此项制度的规范表达。就此，有必要明晰审查模式，并设定专门条款就市场调查的运用作出规定。

当前，公平竞争审查制度程序有三种模式：一是政策法律制定机构的自我审查或内部评估，如新加坡；二是政策法律制定机构的事前申报，由执法机构予以直接审查，如欧盟；三是政策法律制定机构初步评估，由执法机构主导完成外部评估，如韩国。<sup>(57)</sup>根据《公平竞争审查意见》的规定，无论针对存量还是增量的审查，我国当前采取的都是自我审查与外部评估相结合的审查模式。问题是，这一模式如何融入对涉嫌违法行为的反垄断调查之中？

当前，《反垄断法》第54条规定：“反垄断执法机构依法对滥用行政权力排除、限制竞争的行为进行调查，有关单位或者个人应当配合。”第55条还规定，“反垄断执法机构可以对其法定代表人或者负责人进行约谈，要求其提出改进措施。”就此，接前所述，“滥用行政权力排除、限制竞争的行为”可以涵盖公平竞争审查所指向的抽象行政行为，但调查的方式需要进一步明确。若延续《公平竞争审查意见》中规定的自我审查相关制度，需要考虑丰富其制度细节：“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，按照国家有关规定进行公平竞争审查的自我审查，反垄断执法机构进行公平竞争审查的外部评估，应当遵循以下步骤：（1）识别待评估的法律法规和规范性文件的类型；（2）适用标准逐条审查法律法规和规范性文件；（3）确认可实现同样政策目标的候选方案；（4）比较并选择对竞争影响较小的候选方案；（5）实施最优方案，禁止或附条件通过不符合标准的方案；（6）事后评估所选方案对竞争的影响。”<sup>(58)</sup>

### （二）公平竞争审查与市场调查制度

不论是自我审查、事前申报并由执法机构审查还是第三方评估，都是政府针对可能影响市场竞争的政策法律文本进行的自上而下的合规行为。而市场调查制度则从已经存在市场竞争状况的变化入手，自下而上地检视造成市场竞争状况变化的原因，若系由政策法律赋予竞争优势或施加竞争限制所造成，则应当触发对该等政策法律的公平竞争审查。由此，市场调查制度与公平竞争审查相互依存、支撑，早已成为主要法域竞争政策的重要工具，应当在《反垄断法》中适时引入。

以英国为例，其设计调查性和询问式的市场调查制度，就是深刻认识到对竞争的负面影响不

(56) 季卫东：《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》，载《中国社会科学》1993年第1期，第90页。

(57) 周志高、朱凯：《对我国建立公平竞争审查制度的框架性思考》，载《中国价格监管与反垄断》2016年第S1期，第81页。

(58) OECD, *Competition Assessment Toolkit: Volume 3. Operational Manual*, OECD (26 July 2022), p.14-15.

仅仅来源于特定的垄断行为，还有可能来自管制和国家行为等。<sup>(59)</sup> 其中，要求在市场调查中提供证据或在调查后采取救济措施（并不意味着不法行为指控的作出）。<sup>(60)</sup> 迄今，英国竞争执法机构完成的市场调查，覆盖制造业、服务业、电子商务和公用事业等诸多领域。<sup>(61)</sup> 以机场服务业（2009年）、能源业（2016年）和银行业零售市场（2016年）的市场调查为例，虽然都不存在卡特尔行为或明显的协同效应，但市场中的其他很多特征对竞争产生了不利影响——涉及监管政策、具体监管干预和其他大量政府政策，而市场调查卓有成效地确保了市场有效运作，促进了竞争收益的最大化。<sup>(62)</sup> 在欧盟法下，针对国家援助的市场调查与针对垄断行为的市场调查则相对独立<sup>(63)</sup>，目前仅开展了针对电力供应国家援助的行业调查。<sup>(64)</sup> 比较来看，鉴于政府公权力与私人垄断对市场扭曲的或隐或显的联结，在市场调查中将二者生硬分离，将损害调查和执法效率。

我国《反垄断法》第12条明确规定国务院反垄断委员会有“组织调查、评估市场总体竞争状况，发布评估报告”的职能。而《公平竞争审查意见》也规定：“国务院反垄断委员会……组织调查、评估市场总体竞争状况，为推进和逐步完善公平竞争审查制度奠定坚实基础。”在此，有必要丰富“市场总体竞争状况”评估的内涵：一方面，识别垄断行为和有利于发生垄断行为的市场条件，以启动后续的反垄断调查；另一方面，可以深究垄断行为和有利于发生垄断行为的市场条件的根源，若涉及管制政策或产业政策越位，则启动后续的公平竞争审查。据此，可以考虑规定：“国务院反垄断委员会组织调查、评估市场总体竞争状况，主要包括：（1）市场规模、市场份额、市场集中度、进口规模等；（2）企业成本结构、利润、所有权和控制权以及在其他公司的参股等；（3）进入壁垒、进入成本、产能状况、监管障碍、市场成长速度等；（4）对经营者施加竞争限制的法律法规和规范性文件；（5）赋予经营者竞争优势的法律法规和规范性文件。”<sup>(65)</sup>

### （三）公平竞争审查的法律责任

公平竞争审查制度的落实与其法律责任的配置密不可分。《公平竞争审查意见》提出：“对未进行公平竞争审查或者违反公平竞争审查标准出台政策措施，以及不及时纠正相关政策措施的地方政府和部门，有关部门依法查实后要作出严肃处理。对失职渎职等需要追究有关人员党纪政纪

(59) OFT, *Market Investigation References: Guidance About the Making of References Under Part 4 of the Enterprise Act*, GOV.UK (12 March 2014), p.8.

(60) Competition Commission, *Guidelines for Market Investigations: Their Role, Procedures, Assessment and Remedies*, GOV.UK (1 April 2013), [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/284390/cc3\\_revised.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284390/cc3_revised.pdf).

(61) GOV.UK, *Competition and Markets Authority Cases*, GOV.UK (26 July 2022), [https://www.gov.uk/cma-cases?parent=&keywords=&closed\\_date%5Bfrom%5D=&closed\\_date%5Bto%5D=](https://www.gov.uk/cma-cases?parent=&keywords=&closed_date%5Bfrom%5D=&closed_date%5Bto%5D=).

(62) [英]德里克·莫里斯：《英国的市场调查》，载林至人编著：《减少竞争中的政策壁垒：国际经验与教训》，中信出版集团2019年版，第286页。

(63) Council Regulation (EU) No 734/2013, L 204/15, 07.22.2013, para. 17.

(64) European Commission, *State Aid: Commission Launches Sector Inquiry into Mechanisms to Ensure Electricity Supplies*, European Commission (29 April 2015), [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-4891\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4891_en.htm).

(65) 参考欧盟的市场信息工具（MIT），以评估正常行为、市场失灵以及激励效应基准。[http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-12-942\\_en.html](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-942_en.html).

责任的,要及时将有关情况移送纪检监察机关。”该救济措施政策性特征明显,且重点模糊。当前,公平竞争审查制度的法律责任配置,需要从以下两个方面调校。

第一,增强救济的刚性。若公平竞争审查制度缺乏法律支撑,救济措施则无法纳入法治化的轨道。当然,程序与救济紧密关联,其可行性也取决于审查制度的模式选择。若以自我审查为主,其责任的设定必然偏柔性;若确立法定的外部审查安排,则可以在既定程序下设置不同的救济措施并强化法律责任。当前,《反垄断法》第七章“法律责任”规定为具体垄断行为配设行政处罚的法律责任,并规定对于相关“决定”可以进行行政复议和行政诉讼。而就“滥用行政权力排除、限制竞争的行为”,执法机构仅有权提出建议,行政机关和有权组织应当将有关改正情况书面报告上级机关和反垄断执法机构。<sup>(66)</sup>由于不存在“行政决定”的作出,是否可以行政复议和行政诉讼亦存疑问。公平竞争审查制度的结果若不以“行政决定”的形式作出,恐难落实责任和实施监督。

第二,确立恢复、维护市场竞争秩序的救济重心。实证研究表明,由于行政性垄断的存在,工业行业内存在总体上的资源错配,且国有企业更为显著;资源错配系数较高的行业主要集中在行政性垄断行业;行业的行政性垄断程度与资源错配程度呈显著的正相关关系。<sup>(67)</sup>有鉴于此,应将资源错配的校正列为公平竞争审查的主要目标之一。从理论上讲,公平竞争审查即追求“从国家对营业、产业的规制中获得自由”,救济重心自应是恢复、维护市场竞争秩序。从经验上考察,欧盟法下违法援助的提供者成员国政府并不会因此受到罚款,而是被要求将对受援助对象的援助恢复到援助之前的状态。<sup>(68)</sup>因此,那些违法或不兼容的国家援助必须由被援助对象连带复利偿还,其因援助而获得的相对于竞争者的优势也就被取消了。<sup>(69)</sup>这里的重点是,将之恢复到援助提供前的状态以取消被援助对象获得的竞争优势,而非取消被援助对象因为利用这一优势所获得的所有经济利益。<sup>(70)</sup>

当前,《公平竞争审查意见》规定了“不及时纠正相关政策措施的地方政府和部门”和“失职渎职等……有关人员”的问责。问责的关键,应包括对行政行为的事实根据、行政程序和行政职权(包括管辖权限、适用条件和处理方式)进行合法性和合理性评估。<sup>(71)</sup>但问题是,这一规定仅从行政法学的角度聚焦于对相关行政行为责任人的问责,而对于未能有效实施公平竞争审查所造成的市场竞争损害,没有提出有效的救济方式。《反垄断法》的规定,仍聚焦于对行政性垄断的调查和法律责任,对于公平竞争审查市场属性的强调明显不足。就此,应当明确,在将相关法律责任纳入《反垄断法》的过程中,更重要的是设定恢复、维护市场竞争秩序的救济措施。有鉴于此,

(66) 参见《反垄断法》第61条。

(67) 陈林、李康萍:《公平竞争审查视阈下行政性垄断与资源错配》,载《产业经济研究》2018年第4期,第124页。

(68) [意]伊莉莎贝塔·里吉尼:《控制国家干预经济的原因和方法:欧盟60年国家援助控制的经验》,载林至人编著:《减少竞争中的政策壁垒:国际经验与教训》,中信出版集团2019年版,第346-347页。

(69) Germany v. Commission, C-277/00, ECR, EU:C:2004:238, 2004, para. 75.

(70) Commission v. Aer Lingus, C-164/15 P, EU:C:2016:990, 2016, para. 92.

(71) 何海波:《论行政行为“明显不当”》,载《法学研究》2016年第3期,第77页。

应当明确公平竞争审查的结果，考虑规定：“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，制定含有排除、限制竞争内容的规定的，反垄断执法机构可以决定附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件，或者禁止该规定并采取恢复措施。”<sup>(72)</sup>

#### 四、结语

“公平竞争审查制度的建构是妥善处理政府与市场关系这一深化经济体制改革的核心问题，是实现国家经济治理现代化的关键。”<sup>(73)</sup>以行政规则推行公平竞争审查凸显欠缺内部动力、难御外部阻力的瓶颈，也无法对外部化的市场竞争损害予以救济。以至于尽管政府努力推动制度的全面实施<sup>(74)</sup>并持续推出后续的配套制度<sup>(75)</sup>，仍然存在审查范围不够全面、审查工作不够规范和审查质量有待提升等突出问题。<sup>(76)</sup>这些问题的解决，与层次化的制度安排、刚性的法律约束息息相关。明确法律作为公平竞争审查制度的规范形式，确立将公平竞争审查纳入《反垄断法》的法制化路径，是强化其规则表达的要求，也是完善《反垄断法》体系的需要。如今《反垄断法》首修，总则中的原则性规定奠定了公平竞争审查制度法制化的基础。就此还应更进一步，在分层的法制化建构中实现公平竞争审查制度理念与《反垄断法》意义脉络的相互贯通，厘清竞争政策、公平竞争审查制度与滥用行政权力排除、限制竞争之间的关系，注重总则竞争政策法规群、滥用行政权力排除与限制竞争专章、对违法行为调查的程序制度与法律责任的有机衔接，以最大化发挥公平竞争审查制度的功能。建基于此，才能依法在保障管制体制有效运转的基础上实施竞争评估，以竞争政策实施促进产业高质量发展和创新增长，型塑法治化营商环境；并在国际格局演进的背景下，化被动为主动，预防、应对东道国动用竞争政策工具保护境内市场<sup>(77)</sup>不可避免地使我国企业和产业受到影响<sup>(78)</sup>。

---

(72) European Commission, *State Aid*, European Commission (26 July 2022), [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/overview/state\\_aid\\_procedures\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/state_aid_procedures_en.html).

(73) 黄勇：《论中国竞争政策基础性地位的法治保障》，载《经贸法律评论》2018年第1期，第129页。

(74) “党的十八大以来，各地区、各部门清理各类政策措施340.2万件，废止修订4.2万件，审查增量政策措施127.8万件，修改调整1.1万件，有效预防和纠正了出台排除、限制竞争的政策措施，有力维护全国统一大市场和公平竞争。”参见吴振国：《反垄断监管的中国路径：历史回顾与展望》，载《清华法学》2022年第4期，第17页。

(75) 除了前述规范性文件之外，国务院于2019年4月20日发布《重大行政决策程序暂行条例》（国务院令 第713号），规定决策承办单位提交决策机关讨论决策草案所报送材料中，“决策草案涉及市场主体经济活动的，应当包含公平竞争审查的有关情况”，[http://www.chinalaw.gov.cn/government\\_public/content/2019-05/08/593\\_234608.html](http://www.chinalaw.gov.cn/government_public/content/2019-05/08/593_234608.html)。

(76) “遗漏审查问题普遍存在，一些地方直接将审查对象限定为规章和规范性文件，将其他政策措施排除在外……完全将公平竞争审查纳入合法性审查，没有体现公平竞争审查的任何痕迹……一些文件经过审查仍然含有排除限制竞争的内容，存在程序空转、工作形式化问题。一些政府部门滥用例外规定，对明显不符合适用条件的政策措施随意适用。”参见《市场监管总局公布公平竞争审查制度2018年总体落实情况》，载中国政府网，[http://www.gov.cn/xinwen/2019-01/27/content\\_5361519.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2019-01/27/content_5361519.htm)。

(77) 例如，当前欧盟已就通过《关于扭曲内部市场的外国补贴条例（草案）》达成基本共识，[https://ec.europa.eu/competition-policy/international/foreign-subsidies\\_en](https://ec.europa.eu/competition-policy/international/foreign-subsidies_en)。

(78) 黄勇：《论我国竞争政策法治保障的体系及其实现机制》，载《清华法学》2022年第4期，第29页。



## On the Hierarchical Structure of Fair Competition Review System's Juridification

JIANG Shan

**Abstract:** Recently, with the bottleneck of using administrative measures to restrain policy becomes obvious, it is of crucial importance to facilitate the juridification of FCRS by absorbing it into AML, with a proper hierarchical structure to maintain the efficacy of the institution. With the amendment of AML, a provision concerning FCRS has been included in Chapter I. Under this approach, the cluster of provisions concerning competition policy in General Provisions of AML should be restructured to include the core principle and form a coherent institutional framework of FCRS. In the future, regarding Chapter IV of AML, the provision should cover the fair competition review on both regulatory policy and industrial policy to solve the issues of using law and policy to impose competitive disadvantage and provide competitive advantage. Furthermore, the juridification should also establish a clarified institution of review process and market investigation mechanism, as well as reinforce the legal liability of FCRS. Only in this way, the rules and institutions of FCRS can be codified, and the market competition order can be stabilized.

**Keywords:** FCRS; Competition Policy; Industrial Policy; Regulatory Policy; Antimonopoly Law

(责任编辑: 王乐兵 汪友年)