

法治营商环境视域下公平竞争审查制度的审视与思考

梁丽娟

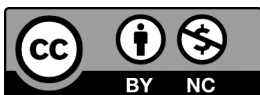
上海政法学院，上海

摘要 | 营造公平竞争、合理有序的营商环境需要多方面的因素，其中，防止行政性垄断，保持市场主体竞争的公平性是重要课题，我国目前公平竞争审查制度存在着一些不合理性，如自我审查的动力不足，信息公开不到位导致外部监督成效不显，以及对行政垄断性行为的法律责任设置较轻等，需要从重视第三方评估，加强信息公开，设置行政机关内部的激励和惩戒机制，以及发挥社会公众监督等角度进行完善，从而促进法治化营商环境的建设。

关键词 | 法治营商环境；公平竞争审查制度；行政性垄断

Copyright © 2024 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



1 法治化营商环境建设对公平竞争制度的现实需要

我国目前在优化营商环境方面取得了显著进展，但国内的营商环境仍面临诸多现实挑战，仍然存在着诸多打破市场公平竞争原则的现象，比如在市场竞争中，各类市场主体的地位存在着事实上的不平等；比如不同行业发展的不平

作者简介：梁丽娟，上海政法学院硕士研究生，研究方向：宪法学与行政法学专业。

文章引用：梁丽娟. 法治营商环境视域下公平竞争审查制度的审视与思考 [J]. 社会科学进展, 2024, 6 (2): 144-154.

<https://doi.org/10.35534/pss.0602012>

衡性，一些行业仍存在较高的准入壁垒和限制性规定，民营企业和外资企业的市场准入存在着一定的限制；比如地方政府基于地方保护主义的思维违法给予政策补贴等，这些现象都损害了公平竞争的原则，阻碍了市场的正常运作。从我国目前的现实情况来看，妨碍公平竞争营商环境问题的重要成因之一是行政机关滥用行政权力而滋生的行政性垄断，破坏了市场的公平竞争机制。行政垄断主要表现为三个方面，首先，损害市场竞争的歧视性产业政策。

由于地方政府认知的有限性和市场的动态发展，过多的产业政策导致地方政府干预过度和资源配置效率降低、要素流动不畅的现象。其次，地方政府基于地方保护主义的思想，运用行政权力优先保护本地区的市场发展，对本地和外地经营者进行区别对待，对外地经营者在市场准入和退出、商品要素的流通等各方面设置较高门槛，排除或限制本地的公平竞争，实施地区封锁。最后，行政性行业垄断，一些与行政管理和生产经营相关企业能够更多地受到政府的支持和优待，有着普通企业所不可能具备的市场竞争优势。^[1]以上三种情况在本质上都是对市场经济主体实施不平等的待遇，进而妨碍建立统一开放、竞争有序的营商环境。之所以出现行政垄断，主要是由于政府与市场关系没有完全理顺，政府在制定市场相关的政策法规时，有意给各类市场主体的活动制造了运行障碍，导致企业的经营成本较高，从而掣肘了民营企业的高质量发展。

通过我国目前的法律规定可以发现，对行政性垄断的规制主要存在于《反垄断法》中的第五章规定，但主要是在行政性垄断行为已经损害到市场公平竞争环境后进行的事后法律救济，属于事后监管措施，具有明显滞后性，因而在实践中的起到的规制效果是有限的，缺乏事前预防的作用。而公平竞争审查制度如能有效运行，则可以弥补此处缺憾。在审查的阶段性的上，公平竞争审查制度将审查的阀门前移、加强了事前的监管，将绝大部分的行政垄断防范于萌芽状态，有效地防止行政垄断损害的加深，并与反行政垄断执法二者共同作用，事前事后审查机制结合，方能发挥双重监督规范机制的成效，能够促进地区间打破封锁、促进流通、形成开放市场，为构建公平自由、统一开放、竞争有序的营商环境提供重要保障。

2 公平竞争审查制度的发展概况与制度优势

在市场经济中,要实现市场主体的公平竞争,需要确保竞争规则统一,保障竞争机会均等。在这过程中,政府作用发挥的是否到位,集中体现在政府针对市场主体的营商活动制定的约束性政策和法规上,政策和法规是否体现的公平竞争理念,是衡量政府“裁判”地位是否公正的标尺。公平竞争审查制度从源头预防的角度出发,对政府及其职能部门未出台和已出台的相关法规政策进行审查,防止将要出台的政策偏离公平竞争原则,同时逐步清理和废除掉已经出台的破坏公平竞争市场环境的政策规定,制止法规政策中的不公平导向,从而能够更早地预防和制止行政权力的滥用,用法治手段优化营商环境。2016年国务院印发了《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》,标志着我国正式建立公平竞争审查制度;2017年国家发改委等五部门联合发布了《公平竞争审查制度实施细则(暂行)》,对公平竞争审查的标准做了细化规定;2022年中共中央、国务院发布《关于加快建设全国统一大市场的意见》,强调要完善公平竞争审查制度,规范审查程序,提高审查效能。^[2]2022年修订后的《反垄断法》将公平竞争审查制度正式上升至法律层面,这无疑能够更最大限度地保障行政性治理的成效。

公平竞争审查制度能够从源头上避免政府出台一些排除和限制公平竞争的政策,防止政府对市场的不当干预,来保证政府的行为保持在合法的范围内,防止政府部门产生行政垄断行为。从而保证充分发挥市场的作用,利用市场实现资源的优化配置,降低市场主体生产经营活动的制度性成本,实现市场活动效益最大化。也能够打破地方保护主义,避免出现地区和地区间的市场分割,破除地方封闭小市场的自我循环,放松规制,强化竞争,构建自由、公平、有序、健康的营商环境。

3 公平竞争审查制度的现实实施困境

公平竞争审查制度的实践探索中,取得的效果未达到预期,仍然存在一系列问题,制度实施陷入瓶颈阶段。

3.1 自我审查模式的制度弊端造成审查动力不足

我国现阶段施行的构建的公平竞争审查制度是侧重政策制定机关对规范性文件的自我审查，而第三方评估和外部监督都处于辅助的定位上，总体上说是自我审视，自我预防，自我纠正的审查机制。自我审查要求政策制定机关对于本单位尚未发布和已经发布的政策措施均需开展全面审查和复审。若拟出台的规范性文件涉嫌违反公平竞争审查，则不予出台或修改后再准予出台。若复审的结果显示，已发布的规范性文件确实会对市场公平竞争产生不利影响，则意味着对政策制定机关前期审查工作的否定性评价，此时需要重新投入时间、人工和经济成本，导致部分或全部废止该文件的后果。这种自我审查模式下，政策制定机关在拥有政策制定权的同时，也享有开展公平竞争审查的权力。实质上出现了其既当“运动员”又当“裁判员”的情况，政策制定机关作为政策的利益相关者，很难保证其自身客观中立的立场，致使政策制定机关开展工作的内驱力不足，限制了公平竞争审查制度的实施成效。^[3]实践中，地方政策制定机关容易受到地方保护主义固有思维的影响，在公平竞争以外还有其他的利益或业绩追求，倾向于制定优待本地经营者的政策措施。如果政策制定机关出台的规范性文件中，意欲含有破坏公平竞争原则的内容，通过条文的设置来排除、限制市场主体的公平竞争，那么机关内部必然已经进行各方面的利弊权衡，后续的自我审查则必定流于形式。

第三方评估机构通过评估来发掘政策制定机关自我审查中存在的不足之处，指导并帮助行政机关排除潜在的竞争风险，能够避免出现政策制定机关自我维护的局面。但在实践中，第三方评估结果的公开应用没有得到足够重视，对于第三方评估的定位也仅是作为政策制定机关的参考，至于是否接受评估建议则完全由政策制定机关决定。这样的第三方评估机制容易浮于表面，反倒浪费了时间和经济成本。这就要求政策制定机关对第三方评估结果予以高度重视，真正做到将评估结果作为竞争评估的参考指标，而不是仅用以昭示完成了一项工作。

3.2 信息不透明及举报积极性不足使外部监督成效不显

原政策制定机关居于的强势地位使得其拥有信息公开决定权，第三方评估

单位和社会公众作为外部监督主体天然处于信息劣势。目前发布的《公平竞争审查条例（征求意见稿）》第九条关于信息化建设的规定仅针对地方各级行政机关内部的信息共享，未曾有对社会进行信息公开的规定。^[4]第二十五条关于公平竞争审查制度第三方评估机制的规定中，也未将被审查行政主体的信息公开情况纳入审查范围中。基于以上现实情况与对法条的分析，当前的公平竞争审查工作的信息公开是不到位的。

第三方评估机构工作效果取决于对于政策文件等相关材料收集的情况，其所获信息如果全面且真实，那么评估结果则更加准确和客观，若其获得的信息残缺或真实性不足，那么评估结果就会偏离正确的方向但当前由于信息公开不到位，第三方评估机构的评估工作所需的信息和数据资料通常由各级政府部门掌握，其获取信息的成本和难度较大；如政策制定机关为了得到一个满意的第三方评估结果或社会评价，隐藏了初筛不合格的规范性文件，避重就轻地藏匿对政策制定机关不利的材料与信息，提供片面不不完全的评估信息，由此作出的第三方评估结果自然也将偏离客观事实。

从社会公众监督的角度来分析，自我审查模式的信任危机能够通过社会公众的有效参与和监督得到一定程度的挽救和缓解，因此保障公众知情权和参与权能够有效提升审查质量。《公平竞争审查制度实施细则》在审查机制和程序里也对公众参与和社会公开做了具体说明，要求开展公平竞争审查，应当征求利害关系人意见或者向社会公开征求意见。但在现实实施中，仍旧存在着落实不到位的情况，暴露出没及时征求利害关系人意见、甚至遗漏了利害关系人的现象。社会公众的监督依赖政策制定机关提供规范性文件，或只能自行在官方网站搜索工作开展情况的新闻，社会公众监督囿于信息的严重不对称而难以进行。且目前的《公平竞争审查条例（征求意见稿）》只对举报机制作出规定，明确了任何单位和个人都可以就涉嫌违反公平竞争审查事宜向相关部门进行举报，但对举报人作出举报后能够获得的奖励未有涉及。在此情况下，具有利害关系的单位和个人当然地具有举报动机，而对于利害关系不甚明了的广大民众来说，就可能难以认识到公平竞争的市场环境与自身利益息息相关，他们易于怀揣着“多一事不如少一事”的态度，从而缺少举报动力。

3.3 公平竞争审查制度的责任设置畸轻

纵观目前公平竞争审查制度相关的法规政策中，政策制定机关的法律责任设置畸轻，制度的威慑力显然不足。我国《反垄断法》仅对公平竞争审查制度作出原则性规定，对违反公平竞争审查应承担的法律责任未作特殊规定；仅确立了以上级机关为中心的行政性垄断法律责任体系，这种行政性垄断的法律责任设置畸轻甚至虚化，其对政策制定机关的行政垄断的行为震慑效果明显偏弱。依据《公平竞争审查制度实施细则》，对于未进行审查或者违反审查标准出台的政策措施，政策制定机关承担的责任也仅限于及时补审和责令改正。^[5]虽然《实施细则》明确规定对于拒绝改正或者不及时改正的政策制定机关，依据有关法律法规给予主管人员和直接责任人员施以处罚。但迄今为止，根据国家市场监管总局和地方各级人民政府公布的信息，尚无任何政策制定机关或责任人员因此受到处分。《公平竞争审查条例（征求意见稿）》中，对于追究违反公平竞争审查责任的规定较为泛化，基本限于行政系统内部处分这一层面。在公平竞争审查制度的法律责任追究上，当政策制定机关不审查或审查不到位时，反垄断执法机构只能向政策制定机关提出建议或向其上级反映，责任设置缺乏法律强制力和刚性约束。

4 公平竞争审查制度的优化路径

通过完善公平竞争审查相关制度，加强在前端对政府相关法规政策的审查，优化政府职能，完善市场规则，保护合法竞争，能够为“更好发挥政府作用”提供制度保障和优化工具。

4.1 重视第三方评估机构作用，发挥其审查实效

第三方评估机构的定位不应仅停留在政策制定机关开展自我评估的辅助定位上，而应被视为重要的外部监督主体。与现阶段施行的以政策制定机关的自我审查为主的模式相比，第三方评估机构更能恪守“中间人”的客观立场，针对规范性文件等所做的审查工作也更具与独立性和专业性。

此外,还有以下几个方面的优势,相较于公平竞争审查联席会议等审查机构,第三方评估机构既能够避免出现行政系统内部上下级别关系之间的利益牵连,又可以避免相互推卸责任的情形。相较于反垄断执法机构,第三方评估机构工作更具针对性和专业性,不会出现因法人员数量有限而导致监督工作力度不足的情况,也无需担心涉公开事项会逾越自身职能权限的问题。^[6]相较于利害关系人或社会公众通过举报予以监督,第三方评估机构不会存在过于严重的信息不对称情况,接触到的审查信息真实性更强,并能够更加精准的从性质上判别信息是否属于应当公开的范畴在公平竞争审查制度中,如果赋予第三方评估机构公开信息或备案信息的权限,利用第三方评估来规范行政机关对市场的干预,则能够打破政策制定机关自我审查的封闭性,更加真实、准确地对公平竞争审查制度实施情况进行信息公开,也能使得政策制定机关认识到公平竞争审查工作的严肃性,避免审查行为的随意性,增强公平竞争审查结果的公信力。

4.2 将信息公开纳入公平审查范围当中

信息公开的重要性不言而喻,不少地方政府已然意识到信息公开对于公平竞争审查制度落实的意义。如2022年11月,海南自由贸易港公平竞争委员会发布的《海南自由贸易港公平竞争委员会公平竞争审查信息公开办法(试行)》印发:第九条中提到各级公平竞争办应当将公平竞争审查信息公开情况纳入公平竞争审查督查、评估等工作内容。政策制定机关应当将公平竞争审查信息公开情况纳入年度公平竞争审查工作总结。其他地方政府也可以以此为样例,在充分认识到信息公开对于公平竞争审查的重要意义的的基础上,将信息公开情况作为评价考量公平竞争审查工作开展是否到位的因素,于数据共享的信用监管可逐步推进政策性文件的全面公开,对于政策性文件和相关审查成果的公开程度,可直接作为评估行政机关政务诚信水平的一项指标。^[7]对于未能做到信息公开的政策制定机关,如未能向第三方评估机构说明理由,则可以就信息公开问题认定其公平竞争审查机制和程序不健全。

4.3 建立行政机关内部激励与惩戒机制

首先，基于成本收益的视角对政策制定机关予以激励。公平竞争审查制度缺失内在激励机制，必然会造成审查机关追求“本地利益最大化”的目标，从而会很难达到各行政机关一致追求最优于全国统一大市场的效率目标。面对公平竞争审查中政策制定机关动力不足的问题，澳大利亚运用财政转移支付的方式激励公平竞争审查的推行，独创了竞争支付制度，来平衡政策制定机关的成本与收益，即联邦政府向积极履行竞争承诺的各级地方政府支付一定的竞争费用作为奖励，补充各级政府在该项制度实施中消耗的成本，目的在于激励各级政府积极落实公平竞争政策。从竞争支付制度的设置初衷看，我国可以参考该种激励方式，结合我国国情，通过恰当的设置引入竞争支付制度，为保证竞争支付制度在引入我国时褒有生机，达到制度实施收益的最大化，需要对一些配套机制做好预先设计，需要评估制度实施为全国经济发展带来的收益，并综合考虑制度实施的成本与收益，对公平竞争审查成效显著的机构予以财政支持，在较大限度上消除政策制定机关的抵触心理，解决自我审查内驱力不足的问题，发挥财政支持对政策制定机关的激励效果，提高审查工作的积极性和主动性。

其次，建立公平竞争审查政务失信惩戒机制，为市场经济有效运营提供坚实的制度保障。社会信用体系建设的重点内容中包括政务诚信这一项。在行政性垄断的政务失信中，所表现的行为是政府在不该出手干预市场时错误地干预了市场。市场经济在运行中实际上也是一种信用经济，政府既是经济活动的管理者，也是经济活动的参与者，政府出台的相关法规政策如果不适当的干预了市场，就会扰乱市场经济运行秩序，视为政务失信行为。在政务失信惩戒中，行政机关和被授权的组织是信用信息主体，当其作出了损害市场竞争秩序、违反反垄断法的行为时，理应可以被作为惩戒对象而予以惩戒，对该种行为及时矫正是发挥市场决定作用的必然要求和题中之义。

公平竞争审查制度的实施不应拘泥于《公平竞争审查条例》《公平竞争审查制度实施细则》等专门规制公平竞争审查行为的规定，而需要与国家颁布的其他政务失信惩戒措施协同建设，加重行政性垄断的法律责任，增加行政机关滥用行政权力的违法成本。如2022年1月，辽宁省出台的《辽宁省政务严重失

信行为联合惩戒实施办法（试行）》提供了适用模板，以地方专门发文的形式规定了政务失信惩戒办法，而且明确规定，政府机关、事业单位滥用行政权力干涉市场竞争，制定涉嫌违反公平竞争审查的文件等排除、限制市场竞争的行政性垄断行为属于严重失信行为。上述办法不仅这种规定为公平竞争审查制度的实施提供了重要借鉴，将公平竞争审查与政务失信惩戒相结合，通过信用责任威慑政策制定机关，从而提高公平竞争审查制度实施的成效。

4.4 完善外部社会监督举报机制

公平竞争审查对市场具有普遍影响，决定了该制度的多元共治属性，在落实公平竞争审查制度时，加强宣传普及，提高公平竞争审查的社会关注度，推动公众广泛参与、社会有效监督。要发挥公众监督的作用，通过社会公众的举报等方式来实现社会公众监督应有的成效。奖励表明了人类对善行的尊重，可以考虑建立健全举报奖励机制，设计明确的举报奖励标准，举报奖励机制的设置合理的范围内宜以物质性奖励为主，并适度适用荣誉称号等精神褒奖的奖励方式，并注重设置对举报人身份信息的保护措施，有效保持公平竞争审查制度的可持续性，确保相关举报奖励机制常态化运转，激发社会公众监督行政性垄断的行为的积极性，提高全民共建公平竞争营商环境的参与性。^[8]

5 结语

如何保持政府和市场的适当边界，使市场“无形的手”与政府“无形的手”二者协同配合，实现资源配置效率最大化，营造公平竞争、合理有序的营商环境，是我国在市场化进程中面临的重要课题。在此过程中，通过公平竞争审查机制的运行可以约束政府滥用行政权力排除、限制竞争的意图行，因此要重视公平竞争审查机制在优化营商环境中起到的重要作用，运用法律的思维来对其进行完善和优化，与反垄断执法机构事后进行监督的后端机制结合，发挥事前事后双重监督规范的机制的作用，推动构建市场准入、公平竞争、社会信用市场环境，推进营商环境法治化建设。

参考文献

- [1] 孙晋, 蔡倩梦. 公平竞争审查制度的实施保障机制 [J]. 学习与实践, 2023 (10): 2, 51-59.
- [2] 孙晋. 规制变革理论视阈下公平竞争审查制度法治化进阶 [J]. 清华法学, 2022, 16 (4): 43-57.
- [3] 陈小梅. 全国统一大市场下公平竞争审查制度的实施完善 [J]. 中国价格监管与反垄断, 2023 (11): 55-59.
- [4] 金善明. 公平竞争审查机制的制度检讨及路径优化 [J]. 法学, 2019 (12): 3-17.
- [5] 杨兴全, 张可欣. 公平竞争审查制度能否促进企业创新? ——基于规制行政垄断的视角 [J]. 财经研究, 2023, 49 (1): 63-78.
- [6] 殷继国. 我国公平竞争审查标准的理论阐释与规范再造 [J]. 比较法研究, 2023 (5): 106-120.
- [7] 陈诗怡. “放管服”改革背景下的营商环境优化 [J]. 中共山西省委党校学报, 2023, 46 (3): 73-77.
- [8] 刘冬华, 吴娟娟. “放管服”改革视阈下营商环境便利化推进路径研究 [J]. 常州工学院学报, 2023, 36 (2): 53-59.

Realistic Dilemma and Future Prospect of Fair Competition Review System from the Perspective of Legal Business Environment

Liang Lijuan

Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai

Abstract: Creating a fair competition and a reasonable and orderly business environment requires many factors, among which, preventing administrative monopoly and maintaining the fairness of competition among market players are important issues. China's current fair competition review system has some irrationality, such as insufficient motivation for self-review and inadequate information disclosure leading to ineffective external supervision. In addition, the legal responsibility for administrative monopoly behavior is set relatively light, which needs to be improved from the perspectives of attaching importance to third-party evaluation, strengthening information disclosure, setting up incentive and punishment mechanisms within administrative organs, and giving play to public supervision, so as to promote the construction of a business environment governed by law.

Key words: Rule of law and business environment; Fair competition review system; Administrative monopoly