

## 公平竞争审查制度，维护市场公平竞争的里程碑

顾正平/孙思慧<sup>1</sup>

### 背景

2016年6月1日，国务院出台《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》（“《意见》”），标志着中国正式确立了公平竞争审查制度。公平竞争审查制度的确立是中国对维护市场公平竞争做出的重大制度性安排，是推进社会主义市场经济发展过程中具有里程碑意义的事件。《意见》是从顶层设计层面推进经济体制改革的重要文件，是确立竞争政策基础性地位的关键一步，也是贯彻国务院简政放权改革措施的重大举措。《意见》在监督、规范政府行为方面影响深远，将有利于推进市场化建设、激发市场主体的活力和创造力，维护市场公平竞争。

### 公平竞争审查制度的含义

公平竞争审查制度是指政府部门在制定有关政策措施时，要按照建设统一开放、竞争有序的市场体系的要求，充分考虑政策措施对市场竞争的影响。公平竞争审查制度意在规范政府行为，防止出台排除、限制市场竞争的政策措施，保障市场在资源配置中的决定性作用，确保政府依法行政。《意见》中明确公平竞争审查制度的基本原则为：（1）尊重市场、竞争优先。要求尊重市场经济规律，最大限度减少政府对微观经济的干预；（2）立足全局、统筹兼顾。着力打破地区封锁和行业垄断，清除市场壁垒，同时统筹考虑维护国家利益和经济安全、促进区域协调发展；（3）科学谋划、分步实施。建立公平竞争审查制度是一项长期性、系统性、复杂性工程，在规范增量政策的同时，要逐步清理废除妨碍全国统一市场和公平竞争的存量政策；（4）依法审查、强化监督。加强与现行法律体系和行政管理体制的衔接，提高公平竞争审查的权威和职能。

### 审查对象

公平竞争审查所针对的对象为包括国务院在内的各级行政机关及具有管理公共事务职能的组织（“**政策制定机关**”）所制定、发布的与市场主体经济活动有关的全部法律、法规、规章及政策措施。政策制定机关制定的涉及市场主体经济活动的规章、规范性文件和其他政策措施（包括市场准入、产业发展、招商引资、招投标、政府采购、经营行为规范、资质标准等）需要在制定或起草时进行公平竞争审查。其中，针对行政法规和国务院制定的政策措施、地方性法规，起草部门未在起草过程中进行自我审查的，不得

<sup>1</sup>顾正平律师是北京安杰律师事务所的创始合伙人，专长于竞争法及并购业务。联系顾正平律师可通过电邮：[michaelgu@anjielaw.com](mailto:michaelgu@anjielaw.com) 或致电（8610）85675959。孙思慧律师是北京安杰律师事务所律师。

提交审议。

## 审查方式

兼顾我国现阶段公平竞争审查的有效性及其可行性，《意见》明确审查方式为政策制定机关进行自我审查。未进行公平竞争审查的政策措施，不得出台。经自我审查后认为不具有排除、限制竞争效果的，可以实施；具有排除、限制竞争效果的，应不予出台，或调整至符合相关要求后再出台。同时，为保障自我审查的公证和客观性，《意见》规定了三个方面的保障措施：一是制定负面清单，明确规定政策制定机关不得实施的行为；二是加强监督，包括社会监督及执法监督。社会监督体现在审查时应听取利害关系人意见或公开征求社会意见、出台后的政策必须向社会公开等。执法监督体现在加大查处滥用行政权力排除、限制竞争的行为，并及时公布案件情况；三是追究责任，对未进行审查或违反审查标准出台政策措施的，要严格追究相关人员的责任。

## 审查标准

《意见》列出了 4 类 18 项政策制定机关不得从事的行为标准作为“负面清单”以增强公平竞争审查制度的可操作性和透明度。《意见》的 18 项“不得”中既包括与市场准入与退出相关的标准，如不得设定歧视性准入条件、不得设置无法律依据的前置审批程序、不得限定购买使用特定经营者的商品或服务；也包括与限制商品自由流动相关的标准，如不得对外地商品设定歧视性定价、不得排斥外地经营者参与招投标活动、不得限制外地经营者在本地投资等。《意见》还明确了影响生产经营成本标准及影响生产经营行为标准，包括不得对特定经营者给予优惠、不得扣留企业保证金、不得超越权限进行政府定价、不得违法干预实行市场调节价的商品和服务的价格水平等。同时，《意见》提出两条兜底性条款，即不得制定减损市场主体合法权益或增加其义务的政策措施，及不得违反《反垄断法》制定含有排除、限制竞争内容的政策措施。

## 实施方式

公平竞争审查采取分步实施的方式。自 2016 年 7 月起，国务院各部门和省级人民政府及所属部门均应当在有关政策措施制定过程中进行公平竞争审查。自 2017 年起，各市、县级政府部门在省级政府的指导下开展公平竞争审查。

根据《意见》的规定，在实施公平竞争审查过程中，除要严格按照标准规范新出台的政策措施外，也要逐步清理存量，对严重妨碍市场公平竞争的政策规定要尽快纠正。按照“谁制定、谁清理”的原则，对照审查标准，对市场主体反应比较强烈、问题暴露比较集中的规定应尽快废止。但同时，《意见》要求对以协议等形式给予企业的优惠政策及部分立即终止会带来重大影响的政策措施要设置适当的过渡期；对已经兑现的优惠政

策则采“不溯及既往的”原则予以处理。

## 公平竞争审查制度与《反垄断法》之间的关系

《反垄断法》第五章规定禁止行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力排除、限制竞争的行为，其中明确禁止的行为与公平竞争审查所需遵循的“不得”标准有部分重合。同时，《反垄断法》第三十七条明确规定：“行政机关不得滥用行政权力，制定含有排除、限制竞争内容的规定。”公平竞争审查制度与《反垄断法》之间具有相辅相成的关系。首先，公平竞争审查与《反垄断法》目标一致，即均为维护市场公平竞争、提高市场运行效率；其次，公平竞争审查是对《反垄断法》滥用行政权力一章的补充和细化，《意见》提出了 18 条负面清单，涵盖范围较《反垄断法》更为广泛；最后，二者相互衔接、互为补充，以规制政府不当行为。公平竞争审查强调的是政策制定机关在政策措施的酝酿、起草过程中按照标准进行自我审查，自我修正不符合《意见》要求的行为；而《反垄断法》更多注重事后监督，即反垄断执法机构通过查处行政机关滥用行政权力的违法行为遏制其对市场公平竞争的不当干预。

## 总结及评论

在《反垄断法》实施近 8 年之际，建立公平竞争审查制度，将充分发挥竞争政策在市场经济建设中的重要作用。公平竞争审查制度主要约束政府行为，将促使政府为企业营造更公平、良好的竞争环境。在公平竞争审查制度出台前，面对政府对市场的不当干预行为，例如企业在市场准入、资质标准、政府补贴、前置审批、招投标活动中遭遇的歧视性待遇，企业往往束手无策。对此，公平竞争审查制度赋予了企业相关的救济途径。企业有权依据《意见》及《反垄断法》的相关规定，积极参与相关政策措施的制定过程，并对政府部门制定中的政策措施进行监督。对于未经公平审查或不符合公平审查制度的政策措施，相关企业可依据《意见》和《反垄断法》等规定采取主动措施，在必要时提起行政诉讼或向反垄断执法机关举报，以保障自身权益。

总之，公平竞争审查制度是深化改革，加快建立统一开放、竞争有序的市场机制的重要步骤。但公平竞争审查制度的有效落实尚有赖于配套的实施细则。根据《意见》，将由国家发展改革委、国务院法制办、商务部、工商总局会同有关部门研究起草公平竞争审查实施细则，具体的审查办法和程序等都有待实施细则提供指引。另外，《意见》中对责任追究的规定不够明确。尤其是针对未进行公平竞争审查或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，仅规定了“有关部门依法查实后要做出严肃处理”，并未明确规定违反公平竞争审查的政策制定机关应承担的责任和违反《意见》出台的相关政策措施的法律效力。对于违反公平竞争审查制度而出台的政策措施给利害关系人造成损害的，除依靠反垄断行政执法来纠正政府的不当行为，建议明确和完善相关的私人救济程序和保障机制。