

公平竞争审查的制度逻辑与实施进路

——以 2022 年修订的《反垄断法》第 5 条的分析展开

郭金良*

摘要:公平竞争审查制度是中国式现代化在竞争理论与制度实践上的创新,是社会主义市场经济建设中具有中国特色的一项制度创新。2022 年修订的《中华人民共和国反垄断法》仅在第 5 条引入公平竞争审查制度,并没有明确其与反垄断法、“滥用行政权力排除、限制竞争”之间的逻辑关联,制度定位不明确;公平竞争审查制度实施中存在规制对象交叉模糊、行为违法性认定的依据与适用规则不清以及执法依据与责任惩戒规则不完善等问题。为此,应当在反垄断法中明确公平竞争审查制度属于公平竞争制度的法律定位;对抽象行政行为垄断中的规制对象进行法定划分,合理解释“规定”范围,有效协调两类行政垄断规制方式;确定公平竞争审查中行为违法性认定的法定标准,明确违反公平竞争审查时反垄断执法机构的调查权;通过反垄断执法与行政内部追责的法律衔接,完善公平竞争审查执法与责任追究机制。

关键词:公平竞争审查 行政垄断 反垄断法 反垄断执法 行为违法性

一、问题的提出

近年来,党和国家高度重视市场公平竞争环境的建设。党的二十大报告明确指出,“加强反垄断和反不正当竞争,破除地方保护和行政性垄断”,^①进一步强调维护公平竞争环境、推进公平竞争政策实施在构建高水平社会主义市场经济体制中的重要作用。公平竞争审查制度是公平竞争制度的重要组成部分,旨在解决政府对市场过多干预、不合理干预而损害市场竞争的问题,以保障各类市场主体的公平竞争权。^② 公平竞争审查为建设统一开放、竞争有序的市场体系提供重要的制度保障。^③ 我国自 2016 年正式建立公平竞争审查制度以来,先后于 2017 年和 2021 年

* 辽宁大学法学院副教授

① 《党的二十大报告辅导读本》编写组:《党的二十大报告辅导读本》,人民出版社 2022 年版,第 27 页。

② 参见王翔主编:《中华人民共和国反垄断法解读》,中国法制出版社 2022 年版,第 13 页。

③ 参见刘继峰等著:《中华人民共和国反垄断法理解与适用》,中国法制出版社 2022 年版,第 21 页。

出台了《公平竞争审查制度实施细则(暂行)》[以下简称《实施细则(暂行)》]和《公平竞争审查制度实施细则》(以下简称《实施细则》),对公平竞争审查制度的具体实施作出了安排;在 2022 年修订的《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)第 5 条引入了“公平竞争审查”制度并作出原则性规定,这为我国公平竞争审查制度法治化提供了法律基础。公平竞争审查制度对规范政府行为、营造公平竞争环境具有重要价值,其与《反垄断法》第 5 章规定的“滥用行政权力排除、限制竞争”(以下简称《反垄断法》中的行政垄断规制)共同构成我国行政性垄断法律规制的重要内容,^①对推进我国统一大市场建设具有重要意义。

目前,学术界对公平竞争审查及其制度内容已有较为深入的研究,但公平竞争审查制度引入《反垄断法》后,对其制度内涵、^②在公平竞争制度中处于何种法律地位的研究则鲜有论述,对公平竞争审查制度实施中违法行为认定依据的法律适用、执法依据与责任惩戒的依据与内容等具体制度实施方面的研究还存在不足。这主要表现在:一方面公平竞争审查制度与反垄断法律制度之间是何种法律关系,《反垄断法》中的行政垄断规制制度与公平竞争审查制度如何定位,《反垄断法》没有在具体制度中对两者作出区分,2022 年修订的《反垄断法》仅解决了公平竞争审查制度的法定化,并没有清晰定位作为行政垄断规制方式之一的公平竞争审查制度的法律地位。另一方面,从制度实施上看,《实施细则》与《反垄断法》关于公平竞争审查的法定规制对象并不一致,前者规制的抽象行政行为类型更多,不限于“规定”,甚至包括行政法规。同时,执法机关存在交叉混合使用《反垄断法》条款和《实施细则》中的认定标准,导致行为违法性认定、执法依据及责任惩戒方面的规则适用的逻辑混乱、缺少明确的法律依据。2023 年 5 月 12 日,国家市场监督管理总局向社会公开了《公平竞争审查条例(征求意见稿)》(以下简称“征求意见稿”),“征求意见稿”从审查内容、审查程序及监督保障等方面进行了制度设计,但在上述问题的解决上仍显乏力。《反垄断法》已施行多年,新推行的公平竞争审查制度与《反垄断法》之间应如何协调,这是实务界与理论界共同关心的重大问题。在 2022 年修订的《反垄断法》中引入公平竞争审查对该制度的完善具有重要意义,但在具体内容、实施方式等方面与行政垄断规制还存在着区别,需要做好两者之间的衔接协调。^③《反垄断法》的制度实施以及公平竞争审查制度的推进,需要在完善制度的基础上提升制度的执行力,^④需要对上述关键性问题予以必要的回应。鉴此,本文主要从公平竞争审查制度的内涵、“入法”后的法律定位出发,通过阐释公平竞争审查制度与《反垄断法》中行政垄断规制之间的逻辑关系,分析公平竞争审查制度运行中存在的法律适用障碍,明确公平竞争审查制度法律定位、完善制度适用的法律保障,以此促进作为我国行政性垄断规制重要

^① 关于“行政性垄断”“行政垄断”的使用,前者主要是指市场经济中存在的所有形式的行政性垄断行为,而后者主要是指我国反垄断法规制的行政垄断行为。一些经济学学者通常区分“行政性垄断”和反垄断法所规制的“行政垄断”;法学学者一般认为两者可以通用。参见孙晋、李胜利:《竞争法原论》,法律出版社 2020 年版,第 133 页。鉴于党的二十大报告中使用了“行政性垄断”这一概念,因此本文如无特殊说明,行政性垄断指市场经济活动中各类公权干预行为,包括应禁止的滥用行政权排除、限制竞争行为和客观存在的国家垄断、自然垄断等;行政垄断则通常指法学学术界所称的应当禁止的行政性垄断。

^② 2022 年《中华人民共和国反垄断法》修订前后,学术界对公平竞争审查制度内涵的理解主要体现为:公平竞争审查是行政性垄断规制中的事前预防性制度,公平竞争审查与反垄断法中的行政垄断规制是我国行政性垄断规制的两种方式。而并没有系统研究公平竞争审查事前规制与事后清理的特有规制模式。

^③ 参见王亦君:《“公平竞争审查制度”写进反垄断法之后》,《中国青年报》2022 年 7 月 5 日。

^④ 参见邓伟:《税收政策公平竞争审查制度的问题及其对策》,《法商研究》2021 年第 6 期。

内容的公平竞争审查制度的完善。

二、我国公平竞争审查的制度内涵

(一)作为行政性垄断规制方式的公平竞争审查制度的形成

公平竞争审查在不同国家的表述和内容上有所差异,如欧盟表述为“国家援助制度”、澳大利亚表述为“国家竞争政策协议”、日本表述为“竞争评估制度”,^①而我国则通过《反垄断法》提出了“公平竞争审查制度”的法律概念。在本质上,公平竞争审查都体现着对政府的政策措施中涉及市场主体活动内容的竞争性审查,目的在于消除或降低政府行为对竞争的阻碍和限制影响,属于对抽象行政行为垄断的治理类型,是行政性垄断规制的重要方式之一。

在我国,较早提出公平竞争审查制度的文件是2015年《中共中央 国务院关于深化体制机制改革加快实施创新驱动发展战略的若干意见》,文件中提出规范妨碍全国统一市场建设的政府行为,探索建立公平竞争审查制度。^②2016年国务院发布《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《意见》)标志着我国从国家层面正式建立公平竞争审查制度。为了明确公平竞争审查制度的具体内容,强化制度的可操作性,国家发展和改革委员会等五部门于2017年发布了《公平竞争审查制度实施细则(暂行)》。2019年国务院通过的《优化营商环境条例》提出了对政府行为进行公平竞争审查的要求;^③为确保投资自由便利,2021年《中华人民共和国海南自由贸易港法》明确要求落实公平竞争审查制度。^④2021年中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《建设高标准市场体系行动方案》进一步明确公平竞争审查制度属于公平竞争制度的组成部分。^⑤在总结我国公平竞争审查实践经验的基础上,为进一步规范、完善审查制度的内容,国家市场监督管理总局等五部门于2021年联合印发了《实施细则》;2022年修订的《反垄断法》中引入公平竞争审查制度,正式将其确定为我国竞争法中的一项法律制度。规则及其体系化建设是制度形成的基础,我国公平竞争审查制度在国家政策的引导下逐步建立。^⑥目前,我国公平竞争审查制度已经建立起以党和国家系列重要文件为基础,以《反垄断法》为核心依据,以国家市场监管机构的相关规范性文件为具体实施规则的制度体系。2008年《反垄断法》实施初期,行政垄断规制效果并不明显,2008年有4起涉行政垄断的诉讼案件,2011年有1起行政执法案件,

① 参见孙晋主编:《公平竞争审查制度——基本原理与中国实践》,经济科学出版社2020年版,第45页。

② 参见2015年《中共中央 国务院关于深化体制机制改革加快实施创新驱动发展战略的若干意见》第二部分“营造激励创新的公平竞争环境”中的规定:“打破地方保护,清理和废除妨碍全国统一市场的规定和做法,纠正地方政府不当补贴或利用行政权力限制、排除竞争的行为,探索实施公平竞争审查制度。”

③ 参见《优化营商环境条例》第63条第1款规定:“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。”

④ 参见《中华人民共和国海南自由贸易港法》第24条第1款:“海南自由贸易港建立统一开放、竞争有序的市场体系,强化竞争政策的基础性地位,落实公平竞争审查制度,加强和改进反垄断和反不正当竞争执法,保护市场公平竞争。”

⑤ 《建设高标准市场体系行动方案》第二部分“夯实市场体系基础制度”中规定了“全面完善公平竞争制度”,内容包括“增强公平竞争审查制度刚性约束”“加强和改进反垄断与反不正当竞争执法”“破除区域分割和地方保护。完善市场竞争状况评估制度”。

⑥ 参见焦海涛:《公平竞争审查制度的实施激励》,《河北法学》2019年第10期。

2017 年后行政垄断规制案件开始大幅增加,其中 2017 年结案 38 起、2018 年 30 起;^①2019 年、2020 年、2021 年、2022 年反垄断执法中,抽象行政行为“滥用行政权力制定排除、限制竞争的规定”占执法调查案件的比重分别为 67%、25%、42%、28%;仅 2022 年,通过实施公平竞争审查制度清理存量政策措施 45.2 万件。^② 通过反垄断执法情况的比较发现,2016 年公平竞争审查制度实施以来我国行政垄断规制效果明显,公平竞争审查制度在促进我国行政性垄断治理中发挥了重要作用,是贯彻落实党的二十大精神、构建高水平社会主义市场经济体制的重要抓手。

(二)事前预防与事后清理的混合规制模式

公平竞争审查是中国式现代化在竞争理论与制度上的创新。我国公平竞争审查制度源于我国市场竞争领域行政性垄断的国情表现和历史逻辑,强调政府与市场关系的协调,突出政府在市场资源配置中更好地发挥政府作用而不是阻碍、限制市场竞争,明确了在市场经济体制中建立公平市场竞争环境的基本要求,是在我国特有的行政垄断治理逻辑下的制度创新。2022 年修订的《反垄断法》以第 5 条为核心确立了我国公平竞争审查法律制度,在“总则”中规定“国家建立健全公平竞争审查制度”,通过法律的形式明确公平竞争审查制度主要解决行政机关和法律、法规授权的组织在制定“规定”时可能产生的排除、限制竞争问题,这属于典型的行政性垄断事前预防方式。同时,我国公平竞争审查制度还承担着对存量政策措施进行清理(也称监督检查)的职能,国家市场监督管理总局、全国各地方的市场监管部门纷纷组织公平竞争审查工作联席会议或反垄断执法部门开展全国范围或属地辖区的政策清理工作,其目的是消除存量政策对市场竞争产生阻碍和限制的影响,最大程度实现市场竞争环境的优化。公平竞争审查规则的适用包括“既往效力”和“期后效力”,前者指清理存续的妨碍公平竞争的规范性文件,后者体现为对新出台的政策措施的审查。^③ 在新时代统一大市场建设的背景下,我国公平竞争审查制度是一种兼具事前规制和事后清理内容的混合规制模式。

首先,公平竞争审查制度本质上属于防范排除、限制竞争的政策措施对市场竞争产生影响的一种事前制度安排,其与《反垄断法》中的行政垄断规制制度同为我国行政性垄断规制的重要方式。从行政垄断规制的过程上看,公平竞争审查也可称之为“事前咨询”(事前规制),是指行政主管部门在制定涉及影响市场主体竞争行为的政策措施时,通过事前竞争性咨询与评估,在获得竞争审查机构同意后方可实施政策措施的一项公平竞争制度。^④ 根据 2021 年《实施细则》第 2 条第 2 款的规定,通常情况下经公平竞争审查后会有 3 种处理结果:可以实施、不予出台或者调整后出台以及未经审查不得出台。与之相比,2022 年修订的《反垄断法》第 10 条和第 5 章所规制的行政垄断,一般称为“事后规制”或“事后审查”。2022 年修订的《反垄断法》引入“公平竞争审查制度”是我国竞争政策法制化的重要体现,目的是从源头预防排除、限制竞争的行为,以此规范

^① 参见刘延喜、陈麒羽:《从 111 起公开案例看中国反行政垄断》, <https://www.163.com/dy/article/G3NJ7VLI051187VR.html>, 2023-06-23。

^② 参见国家市场监督管理总局反垄断局编:《中国反垄断执法年度报告(2019)》,第 27 页;国家市场监督管理总局反垄断局编:《中国反垄断执法年度报告(2020)》,第 51 页;国家反垄断局编:《中国反垄断执法年度报告(2021)》,第 24 页;国家反垄断局编:《中国反垄断执法年度报告(2022)》,第 25 页。 https://www.gov.cn/xinwen/2020-12/25/content_5573435.htm, 2023-10-10。

^③ 参见刘继峰等著:《中华人民共和国反垄断法理解与适用》,中国法制出版社 2022 年版,第 21 页。

^④ 参见徐士英:《竞争政策视野下行政性垄断行为规制路径新探》,《华东政法大学学报》2015 年第 4 期。

政府在市场经济活动中的行为,^①预防行政垄断阻碍、限制竞争是其最重要的制度特征。

其次,公平竞争审查的事后清理主要是指市场监管部门组织对存量政策措施的监督检查,主要目的是审查涉及市场主体活动的政策措施是否存在阻碍、限制竞争的效果。我国公平竞争审查的事后清理工作主要涉及3个阶段:一是2016年国家推行公平竞争审查制度起,市场监管部门牵头由政策制定机关对政策措施的清理阶段;二是2019年国家市场监督管理总局等四部门联合发布的《关于开展妨碍统一市场和公平竞争的政策措施清理工作的通知》(以下简称《政策措施清理通知》)出台后,全国及各地方市场监管部门开展的对现有涉及市场主体活动的存量政策进行的全面审查;三是2021年《实施细则》实施以来,公平竞争审查已经成为各级政府制定政策中一项必经的程序,国家市场监督管理总局、省级市场监管部门对全国、省级各市进行的已经制定并经过公平竞争审查的政策措施的抽查,即公平竞争审查的监督检查。根据《实施细则》第28条的规定,由国家市场监督管理总局牵头组织对政策措施的监督检查,检查的内容主要包括政策措施是否履行审查程序、审查过程是否符合要求、审查结论是否准确合理,对发现问题的政策措施,会要求被抽查单位进行整改,如修改或废止。公平竞争审查的事后清理在全国范围有较为丰富的实践,如2020年国家市场监督管理总局组织开展两轮存量政策措施清理,清理各类政策措施文件189万件,修订废止近3万件;对2018年和2019年重点督查中发现的42件违反审查标准的政策措施进行通报并督促有关部门整改。^②我国行政性垄断的规制是一个系统化的工程,从我国行政性垄断规制的整体角度考察,公平竞争审查制度在《反垄断法》行政垄断规制制度的基础上进行了创新,形成互补,这主要体现在审查的对象范围和方式上,审查制度将审查范围扩大到国务院颁布的行政法规、地方性法规甚至是政府“一事一议做法”。^③我国公平竞争审查制度所确立的事前预防与事后清理的混合规制模式,可通过行政体系内部治理的方式(如行政建议函)为反垄断执法机构的执法提供力量支撑。^④这有助于协调行政垄断法律规制与政策规制之间的关系,对积极营造公平竞争环境具有重要意义,这也体现了行政性垄断规制的中国路径与特色。

三、我国公平竞争审查的制度缺陷

公平竞争审查制度和《反垄断法》规制的行政垄断都以规制市场经济领域存在的滥用行政权阻碍、限制竞争行为为目标,两者存在紧密的逻辑关联。但是在公平竞争审查制度实施及既有相关政策措施违反公平竞争审查标准的“清理”过程中,公平竞争审查制度作为行政性垄断规制方式之一,其在法律定位、规制对象、违法性认定与执行依据及责任惩戒等方面还存在着诸多问题需要进一步澄清。

(一)“入法”后公平竞争审查的制度定位不明确

^① 参见时建中:《新〈反垄断法〉的现实意义与内容解读》,《中国法律评论》2022年第4期。

^② 参见国家市场监督管理总局反垄断局编:《中国反垄断执法年度报告(2020)》,第23页。https://www.gov.cn/xinwen/2021-09/24/content_5639102.htm, 2023-10-10。

^③ 参见陈林:《公平竞争审查、反垄断法与行政性垄断》,《学术研究》2019年第1期。

^④ 参见李剑:《中国行政垄断的治理逻辑与现实——从法律治理到行政性治理》,《华东政法大学学报》2020年第6期。

关于公平竞争审查的制度定位,有两个关系需要在法律上澄清:一是公平竞争审查制度与反垄断法律制度之间的关系,二是公平竞争审查制度与反垄断法中的行政垄断规制之间的关系。协调好两类关系是确保公平竞争审查制度有效实施、实现行政垄断规制目标的基本前提。例如,有学者从公平竞争制度结构的视角提出,公平竞争审查制度是与反垄断制度和反不正当竞争制度不同的公平竞争制度。^① 2022 年修订的《反垄断法》正式引入“公平竞争审查”,从制度法定上看,在《反垄断法》中引入公平竞争审查是实现制度法定化的重要内容,但公平竞争审查制度与《反垄断法》及《反垄断法》中行政垄断规制的法律关系应当如何厘定?将影响不同行政性垄断规制方式在规制对象、规则实施上的衔接协调。行政垄断产生的主要原因是地方政府为地区利益或部门利益实施割裂市场、限制竞争的行为,形成地区或部门间的市场封锁等现象,从而直接阻碍和破坏全国统一大市场 and 开放型市场的形成。^② 行政性垄断是与经济性垄断相对应的一种垄断表现,它体现了行政权对市场经济活动的干预,并可能产生阻碍、限制市场竞争的效果。尽管学术界对行政性垄断的定义存在着一定的分歧,^③但除法律豁免的垄断外,行政垄断在本质上都体现着行政权在市场经济活动中的滥用,应当对该类权力运行给予否定性评价并依法进行规制。在规制的路径上,形成了以滥用行政权力破坏公平竞争行为违法性认定的反垄断法规制方式和以行政内部控制为主的公平竞争审查制度。公平竞争制度是公平竞争原则的具体化,是建设高标准市场体系的基本制度。^④ 2021 年《建设高标准市场体系行动方案》从政策层面提出了公平竞争制度及其构成的主要内容,即公平竞争制度包括公平竞争审查制度、反垄断法律制度和反不正当竞争法律制度、市场竞争状况评估制度等四大方面。从此意义上讲,公平竞争审查与反垄断法律制度在制度定位上应为并列关系。但是按照 2022 年修订的《反垄断法》的制度设计,公平竞争审查制度为反垄断法律制度的组成部分,与《反垄断法》中的行政垄断规制为两种并列的行政性垄断规制方式,这与公平竞争制度的政策定位有一定的偏差。

关于公平竞争审查制度与《反垄断法》的关系,存在着不同的观点:有学者从制度体系的协调出发,认为应当在《反垄断法》的修订中引入公平竞争审查制度,明确其法律定位,以此丰富我国反垄断法行政垄断规制的行为类型。^⑤ 有学者通过比较公平竞争审查标准与反垄断法中行政垄断规制的规定发现,前者主要是以后者为基础进行的制度细化,从两者的目的、内容契合性等角度考察,我国更有条件在《反垄断法》的修订中确立公平竞争审查制度。^⑥ 还有学者认为,在《反垄断法》的修订中确立公平竞争审查制度,可能引起两种制度定位上的不协调。尽管两者在规则内容上存在着一定的关联,但公平竞争审查与《反垄断法》在治理方式上有着不同的逻辑,在行政性治理体系内完善公平竞争审查制度的方式更为合理。^⑦ 如果在《反垄断法》中引入“公平竞争

① 参见彭海斌:《我国公平竞争制度体系的构建——论政府及其部门、行业协会与市场主体的功用》,《广东社会科学》2006 年第 2 期。

② 参见黄欣、周昀:《行政垄断与反垄断立法研究》,《中国法学》2001 年第 3 期。

③ 参见孟雁北:《反垄断法》,北京大学出版社 2017 年第 2 版,第 227 页。

④ 参见孙晋:《公平竞争原则与政府规制变革》,《中国法学》2021 年第 3 期。

⑤ 参见孙晋:《公平竞争原则与政府规制变革》,《中国法学》2021 年第 3 期。

⑥ 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》,《价格理论与实践》2016 年第 4 期。

⑦ 参见李剑:《中国行政垄断的治理逻辑与现实——从法律治理到行政性治理》,《华东政法大学学报》2020 年第 6 期。

审查制度”,则可能产生不利于行政性垄断规制的效果,仍然无法在《反垄断法》中解决行政垄断规制法律责任的强制性、制裁性问题,这也达不到公平竞争审查制度“入法”的意义。我国建立公平竞争审查制度的目的实际上是对政策措施的制定及实施进行的内部自我审查,是约束政策制定机构政策措施的制定权,^①这也是依法行政原则对行政权力内部运行的要求。很显然,学术界就公平竞争审查制度“入法”尚有不同的观点,究其原因主要在于不同制度的定位存在着各自的特征。虽然2022年修订的《反垄断法》将“公平竞争审查”写入法律,但这只是原则性的规定,制度定位与协调问题仍然存在。因为根据2022年修订的《反垄断法》第5条第1款“国家建立健全公平竞争审查制度”的规定,只能是得出公平竞争审查制度得到法律上认可的结论,公平竞争审查制度与反垄断法律制度、《反垄断法》中的行政垄断规制之间的法律关系尚不明确。

(二)公平竞争审查制度的法定规制对象模糊不清

公平竞争审查制度的规制对象主要是抽象行政行为式垄断,即政府制定的涉及市场主体活动的政策措施。我国创设的事前规制与事后清理的混合规制模式,既体现了我国公平竞争审查制度的特色,同时也造成规制对象在法律界定上的模糊不清。这主要是因为:首先,2022年修订的《反垄断法》第5条第2款明确公平竞争审查的规制对象为行政机关和经授权组织制定的“规定”,这是公平竞争审查的法定规制对象。其次,《实施细则》第2条、第3条规定的审查对象(规制对象)更加广泛,包含了更多形式的政策:一类是政策措施制定过程中的一般性规定,包括规章、规范性文件以及涉及市场主体经济活动的其他政策性文件,甚至包括地方经济建设中“一事一议”形式的具体政策措施。另一类是在起草过程中需要进行审查的对象,即涉及市场主体经济活动的“行政法规、国务院规定、地方性法规、自治条例和单行条例的审查”。这是政策性规制对象。《反垄断法》第5条的审查对象是“规定”,但是2023年国家市场监督管理总局发布的《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为规定》第29条规定了公平竞争审查制度的适用规则,将审查对象明确为“规章、规范性文件和其他政策措施”,这是通过部门规章对法律进行解释吗?这显然不符合《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)第48条规定的法律解释的逻辑。通过比较可以发现,《反垄断法》规定的公平竞争审查对象与《实施细则》规定的审查对象存在着范围上的差别,在制度实施中如果遵守《反垄断法》则会限缩《实施细则》的审查范围,如果按照《实施细则》审查则可能出现“超过法定范围”审查的情况。

《反垄断法》确立的公平竞争审查的规制对象和《反垄断法》中行政垄断规制的对象相同,都属于《立法法》框架下广义“法律”外的各类规范性文件及其他政策措施。^②那么,我国公平竞争审查制度的规制对象是依据《反垄断法》确定还是适用《实施细则》呢?这在制度实施中会产生一个重要问题:当出现某一“规定”之外的涉及市场主体活动的抽象行政行为(如行政法规)需要进行公平竞争审查时,能否适用《反垄断法》确定的公平竞争审查规则。同时,2022年修订的《反垄断法》第45条规定了利用抽象行政行为实施行政垄断的禁止性规则,其规制对象也为特定公权主体制定的“规定”。在同一涉嫌行政垄断的案件中,当出现既属于公平竞争审查的范围,又属于《反垄断法》所规制的抽象行政行为垄断的情况,是适用2022年修订的《反垄断法》第45条的规定还是适用《实施细则》中的公平竞争审查规则?超出“规定”范围的规制对象能否适用《反垄断

^① 参见殷继国:《我国公平竞争审查模式的反思及其重构》,《政治与法律》2020年第7期。

^② 参见安建主编:《中华人民共和国反垄断法释义》,法律出版社2007年版,第89页。

法》进行行为认定和执法？案件是按照违反公平竞争审查制度来定性，还是认定为 2022 年修订的《反垄断法》第 5 章规定的“滥用行政权排除、限制竞争”（抽象行政行为垄断）？从“征求意见稿”第 2 条和第 38 条的规定看，在审查对象上其与《实施细则》的规定基本一致，并没有新的突破。同时，根据 2022 年修订的《反垄断法》第 45 条的文义解释，规制的对象既可以是制定中的“规定”，也可以是“清理”中的“规定”；依前文所述，我国公平竞争审查制度是事前预防与事后清理相结合的混合规制模式，如果出现制定中或制定完成的政府“规定”，就会因两种行政性垄断规制制度的构成要件不同（第 45 条的适用需要满足“滥用行政权力”的条件），可能出现两种不同的处理结果。尽管两者都能够起到规制行政性垄断的作用，但《反垄断法》的法律位阶显然更高，《实施细则》属于多部门联合发布的规范性文件；但如果将《反垄断法》作为公平竞争审查制度实施的法律依据，则无法涵盖公平竞争审查的全部审查对象。因此，在构建我国公平竞争制度过程中，需要在法律层面明确公平竞争审查制度与《反垄断法》行政垄断规制在规制对象上的法律关系，以明确公平竞争审查制度的法定规制对象。

（三）公平竞争审查中行为违法性的认定依据模糊不清

对行政垄断进行规制的基本前提是认定行为具有违法性，按照依法行政的原则，公平竞争审查要遵循依法审查原则，^①但我国公平竞争审查制度在适用《反垄断法》对行为是否违法进行认同时，存在着规则适用上的模糊与交叉。公平竞争审查标准的实施依据与《反垄断法》在立法和规则适用方面没有建立有效的制度衔接，2022 年修订的《反垄断法》对公平竞争审查制度所作的原则性规定，缺少法定审查标准的加持；同时，低位阶的《实施细则》在规则刚性与实施权威性上也难以承担协调竞争政策与经济政策的重任，这些会在一定程度上影响公平竞争审查制度的实施成效。^②例如，在国家发展和改革委员会查处河北省关于“公路客运服务领域”行政机关滥用行政权阻碍限制竞争的垄断案中，案涉河北省交通运输厅等相关部门联合下发的规范性文件违反了《反垄断法》的相关规定，政策文件规定的核心内容是对符合标准的客运班车给予优惠措施。^③但是根据国家发展和改革委员会的调查，行为违法性认定依据是 2008 年《反垄断法》第 33 条（2022 年修订的《反垄断法》第 41 条），针对行政机关规范性文件的规制，在法律适用上是不合理的。对于该案，如果按照公平竞争审查进行处理，案涉对象属于政府部门制定的与市场经济主体活动相关的规范性文件，该案属于明显违反《实施细则》中的“影响生产经营成本标准”——没有法律、行政法规及国务院的规定，给予特定经营者优惠政策——的情形。因此，从选择适用《反垄断法》或《实施细则》的角度分析，被审查对象的违法性认定上会产生一个问题：违法的依据是什么？如果两者都是，如何选择适用的规则？选择的方法和依据又是什么？实践中类似的规则适用问题还存在于相关主管部门在进行知识普及时，将公平竞争审查典型案例与依据《反垄断法》调查处理的案件混合使用。例如，“内蒙古公安厅行政垄断案”^④就被作为公平竞争审查中违反“市场准入和退出标准”方面的典型案例，而该案之前是《反垄断法》实施中行政垄断规制的典

^① 参见饶爱民：《抽象行政行为公平竞争审查：价值理念、实施困境及适配路径》，《理论导刊》2023 年第 1 期。

^② 参见殷继国：《我国公平竞争审查标准的理论阐释与规范再造》，《比较法研究》2023 年第 5 期。

^③ 参见《河北几部门违反〈反垄断法〉发展改革委建议纠正》http://www.gov.cn/xinwen/2014-09/26/content_2756875.htm, 2022-01-28。

^④ 参见国家市场监督管理总局价格监督检查和反不正当竞争局：《公平竞争审查制度学习读本》，中国工商出版社 2019 年版，第 101 页。

型案例。该类问题关涉公平竞争制度中两种行政性垄断规制制度适用的有效协调和执法正当性,需要以法律的方式予以明确。同时,在没有明确逻辑及法律适用关联的情况下,将《反垄断法》中具体行政行为认定的依据作为公平竞争审查制度实施中行为违法性认定的依据缺少直接的法律规定,即仅有概括性规定而无明确的法律依据。例如,在北京市公安局公安交通管理局滥用行政权力排除、限制竞争案中,该案被列为公平竞争审查中违反“市场准入和退出标准”的典型案案例,但案件定性的依据为2008年《反垄断法》第8条(2022年修订的《反垄断法》第10条)和第32条(2022年修订的《反垄断法》第39条),并没有将案件调查时的《实施细则(暂行)》中的18条标准作为行为违法性的认定依据。2022年修订的《反垄断法》在具体违法行为认定方面,仍然仅是规定了第5章“滥用行政权力排除、限制竞争”,其应属总则第10条规定内容的具体化,并不能认为可以直接适用公平竞争审查制度;如果可以适用,那就不应在总则中区分两类行政垄断的法律规制方式;如果参照适用,则也应当通过法律予以明确。因此,严格意义上讲,我国公平竞争审查制度实施中违法行为的认定缺少直接的法律依据。目前,仅仅是在《实施细则》第25条规定反垄断执法机构有权对涉嫌违反《反垄断法》的行为进行调查,但问题在于《反垄断法》并没有针对公平竞争审查制度设计与审查标准相关的法律规则。“征求意见稿”第4章“监督保障”第35条和第36条分别规定了“责任追究”和“反垄断执法监督”,但并没有对行为违法性认定作出明确规定。这些均体现了我国公平竞争审查制度实施中行为违法性认定依据适用的混乱与不足。

(四)公平竞争审查的执法依据与责任惩戒的规则不完善

明确的执法依据是公平竞争审查执法的关键,即当发现某一行政机关或法律、法规授权的组织制定的政策措施存在阻碍、限制竞争效果时,应该选择法定的执法依据以追究责任、实现惩戒违法行为的效果。尽管2022年修订的《反垄断法》引入了公平竞争审查制度,但在责任追究上仍显不足,执法机关执法依据不足、自由裁量权过大。^① 尽管从现象和政策上看公平竞争审查制度日趋成熟,但制度实施却陷入瓶颈,这主要表现为该制度实施工具的法律约束性不足使得预防行政垄断的作用尚未充分发挥,进而导致制度实施难以取得进一步的成效。究其原因,主要在于行政内部控制的固有弊端,地方政策制定机关容易受到地方保护主义固有思维和权力关系的影响,这种行政系统内部规制的方式无法有效实现公平竞争审查制度的目标。^② 特别是在反垄断法确立了公平竞争审查制度的情况下,缺少足够的执法依据和责任追究机制会极大地影响制度的实施效果。首先,2022年修订的《反垄断法》并没有针对公平竞争审查制度的实施制定明确的执法规则,《反垄断法》第54条主要是针对第5章“滥用行政权力排除、限制竞争”的调查权,并不能当然地成为公平竞争审查的执法依据。《实施细则》专章设置了“监督与责任追究”,涉及责任追究的内容主要包括有关部门处理(第25条)、补做审查与停止或调整政策措施(第26条)、责令改正与依法处分(第27条),缺少调查与执法的法律依据。《实施细则》仅仅规定“涉嫌违反《反垄断法》的,由反垄断执法机构依法调查”,由于《反垄断法》没有规定公平竞争审查制度实施的执法依据(包括参照适用规则),因此可能导致反垄断执法机构面临“无法可依”的尴尬境地。即便2022年修订的《反垄断法》新增了“约谈制度”,但因为法律并没有明确反垄断执法机构在公平竞争审查制度实施中的地位,所以违反公平竞争审查制度并不必然产生适用反垄断法约谈制度的法律

^① 参见孙晋:《规制变革理论视阈下公平竞争审查制度法治化进阶》,《清华法学》2022年第4期。

^② 参见孙晋、蔡倩梦:《公平竞争审查制度的实施保障机制》,《学习与实践》2023年第10期。

后果。^① 行政约谈作为一种临时性、中间性的保障措施,目的在于防止违法行为发生,从行为性质上属于行政指导,^②其威慑力、权威性存在一定的不足。

其次,2022 年修订的《反垄断法》并没有在“法律责任”一章对两种行政性垄断规制设置明确的责任内容,仅是概括地规定了“滥用行政权力排除、限制竞争”的责任条款,并且对行政垄断的规制本身就缺乏相应的责任约束和制裁方式,导致对行政垄断的规制未能达到其预期的效果。^③ 根据 2008 年《反垄断法》第 51 条的规定,滥用行政权实施行政垄断,产生排除、限制竞争效果的,会有 3 种处理情形。一是上级机关责令实施行政垄断者改正,同时行政垄断直接负责的主管人员和其他直接责任人员要承担处分责任。二是反垄断执法机构行使行政垄断处理的建议权,即执法机构根据涉嫌垄断的调查情况,可以向有关主管机关提出依法处理垄断行为的具体建议。三是法律、行政法规对行政垄断的处理另有规定的,依照其规定。2022 年修订的《反垄断法》第 61 条对原法第 51 条进行了修改,增加了行政垄断处理中违法行为实施主体向上级机关和反垄断执法机构报告的义务,其他内容没有变化。2022 年修订的《反垄断法》没有规定(也没有授权主管部门制定具体实施规则)违反公平竞争审查的法律责任参照第 61 条处理,即违反公平竞争审查制度时“无法追责”。对比之下,依据《实施细则》,公平竞争审查制度在责任追究上主要规定了“补充审查”“停止执行或调整措施”“责令改正”“行政处分”等内容,审查主管部门或反垄断执法机构可以提出“整改建议”或“依法处理的建议”,但因《实施细则》为规范性文件,上述行政内部追责机制并不能当然地成为公平竞争审查制度的法律责任内容。那么,公平竞争审查制度的实施应该如何选择责任追究的依据呢?也即是说,选择正当的执法依据将会成为公平竞争审查执法或执法文书制作的一个难题。

四、我国公平竞争审查制度的法律定位与实施进路

公平竞争审查制度的有效实施,除了需要在法律上明确其基本定位,还需要对制度实施中存在的行为违法性认定依据、执法依据与责任追究等方面的问题给予回应。

(一)我国公平竞争审查制度的法律定位

公平竞争审查旨在通过规范政府的行为,防止或清理可能或已经产生的排除、限制市场竞争的政府行为,是公平竞争环境建设的重要内容,应当在法律中明确其属于公平竞争制度的基本定位。竞争是获得和确保市场繁荣的最有效手段,^④坚持公平的市场竞争环境、实现竞争法治,是中国特色社会主义市场经济发展和现代市场体系建设中始终坚持的基本特征和重要要求。^⑤ 公平竞争是竞争法的基本原则,该原则要求国家为市场主体创造公平的竞争环境和竞争条件。^⑥ 公平竞争是市场经济的基本要素,公平竞争是有规则的竞争,竞争规则的内容是竞争者共同参与

^① 参见黄勇:《如何推动反垄断法修改后续改革配套》,《经济参考报》2022 年 7 月 5 日。

^② 参见时建中:《新〈反垄断法〉的现实意义与内容解读》,《中国法律评论》2022 年第 4 期。

^③ 参见金善明:《公平竞争审查机制的制度检讨及路径优化》,《法学》2019 年第 12 期。

^④ 参见[德]路德维希·艾哈德:《来自竞争的繁荣》,祝世康、穆家骥译,商务印书馆 1983 年版,第 11 页。

^⑤ 参见王晓晔:《我国〈反垄断法〉修订的几点思考》,《法学评论》2020 年第 2 期。

^⑥ 参见江帆主编:《竞争法》,法律出版社 2019 年版,第 21 页。

商定或认同的,竞争规则适用于所有的竞争参与者。^①从行政垄断规制的角度分析,公平竞争审查与《反垄断法》确立的行政垄断规制存在逻辑上的差别,不能以《反垄断法》上行政垄断法律责任设计存在缺陷为由,概括地认为行政垄断的规制制度存在不足,而是应该以公平竞争审查为重要制度来源之一,从行政体系的内部逻辑来认识我国行政垄断的规制。^②反垄断法律制度中的行政垄断规制与公平竞争审查制度作为我国行政垄断规制的两种方式,两者在构成要件和制度定位上不同,相应的制度结构要进行合理区分。^③在制度的具体实施中,反垄断法应起到基础性的规制作用,对于抽象行政行为式的行政垄断,反垄断法可以发挥上位法的功能;同时,由于行政垄断主体与反垄断执法主体在行政体制关系上的特征,使得反垄断执法无法起到应有的规制作用。因此,对政府介入市场经济活动产生阻碍、限制市场竞争的行为,公平竞争审查制度侧重行政法上的行政内部控制,《反垄断法》对行政垄断进行行为违法的法律确认,两者是完善中国特色社会主义市场法治体系、促进经济社会高质量发展目标下我国公平竞争制度的重要组成部分,^④两者共同构成我国行政性垄断治理的基本框架,构造公平竞争审查、反垄断法、反不正当竞争法、市场竞争状况评估等四位一体的公平竞争制度。

在明确了公平竞争审查制度属于公平竞争制度组成部分的基本定位后,为了确保制度的实施、特别是协调好其与反垄断法中行政垄断规制制度的关系,需要结合我国现有竞争法律制度现状,给出立法上的回应,这即是公平竞争审查制度的立法模式选择问题。关于公平竞争审查制度定位的立法模式选择,持“二元论”的学者将《实施细则》提升为法律,与《反垄断法》并行;持“一元论”的学者将公平竞争审查制度融入现行《反垄断法》,两者协调共用执法规则、调查方式和救济途径,以此共同规制排除、限制竞争的经济性垄断和行政垄断。^⑤“二元论”可以有效地解决公平竞争审查制度的体系结构问题,有利于明确不同类型的行政性垄断的法律控制,但公平竞争审查的目的本质上是行政性垄断的规制,单行法的方式可能不符合成本收益分析、不符合立法与执法的效益原则。“一元论”可以实现行政性垄断法律控制的经济效益原则,有助于实现执法资源共享,但《反垄断法》本身对行政垄断的规制存在的“先天不足”可能会弱化公平竞争审查的效果。2022年《反垄断法》修订将“竞争政策”入法,以法律方式明确了竞争政策的基础地位,对我国竞争制度的顶层设计具有重要意义。^⑥这体现了以反垄断法为核心构建我国竞争法治的一种立法选择。至于反垄断法对行政垄断行为追责不足的问题,可以由法律授权具体职能部门制定公平竞争审查的具体法规或规章,采取行政内部控制方式来惩戒违反公平竞争审查的行为。综合考量“一元论”和“二元论”,从统一公平竞争制度、建设法治化公平竞争审查制度的角度出发,将“公平竞争审查制度”写入《反垄断法》具有一定的合理性,以此确立我国公平竞争审查法律制度。笔者建议选择合并立法的模式,采取以《反垄断法》为核心明确公平竞争审查制度在公平竞争制度

① 参见徐梦秋:《公平竞争的要件与形式》,《哲学研究》2005年第10期。

② 参见李剑:《中国行政垄断的治理逻辑与现实——从法律治理到行政性治理》,《华东政法大学学报》2020年第6期。

③ 参见许身健:《行政性垄断的概念构造及立法完善——基于〈反垄断法(修正草案)〉的分析》,《行政法学研究》2022年第3期。

④ 参见陈兵:《新发展格局下反垄断法的使命担当》,《人民论坛》2021年第23期。

⑤ 参见江山:《论公平竞争审查制度法制化的层次》,《经贸法律评论》2022年第5期。

⑥ 参见时建中:《新〈反垄断法〉的现实意义与内容解读》,《中国法律评论》2022年第4期。

中的法律地位和基本制度框架；建议在 2022 年修订的《反垄断法》第 5 条第 1 款中增加公平竞争审查法律定位的内容，即“公平竞争审查是国家公平竞争制度的重要组成部分”。以此为依托，公平竞争审查与《反垄断法》同为公平竞争制度的组成部分，公平竞争审查制度与 2022 年修订的《反垄断法》第 45 条同为抽象行政行为垄断规制方式，2022 年修订的《反垄断法》第 45 条是反垄断法与公平竞争审查制度交叉互补的内容，以此厘清三者之间的制度定位。此外，还有理想化的立法模式，即从公平竞争制度整体立法、统筹协调产业政策与竞争政策的角度，由全国人民代表大会常务委员会制定公平竞争法，明确我国公平竞争领域的基本制度，其中具体规定公平竞争审查制度的内容。

（二）我国公平竞争审查制度的实施进路

1. 公平竞争审查制度实施的宪法保障

公平竞争护航市场经济发展，作为公平竞争制度重要内容的公平竞争审查是维护市场经济秩序的关键。《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）第 15 条第 1 款明确规定“国家实行社会主义市场经济”，从根本法上明确了我国市场经济法治化建设的基本定位。公平竞争审查获得宪法上的保障是有效规制政府权力在法治上的基本要求，在价值方面体现了市场主体的经济自由与政府规制互动关系中的市场优先原则。^①我国目前行政垄断的规制主要是行政规制逻辑，一方面由于行政垄断主体和反垄断执法机构在行政体系内部上的关系，使得《反垄断法》实施以来行政垄断案件处理效果不明显；另一方面，公平竞争审查制度及其实施本质上也是通过行政机关的自我审查来解决滥用行政权力排除、限制竞争的问题。我国公平竞争审查制度建设虽然已经全面实施，但权威性仍存在不足，一个重要原因是以行政规制思维解决行政垄断问题不足以触及问题的根本，并可能导致公平竞争审查非正式化、政策化、运动化。宪法作为限制公权力和保障公民权利的根本大法，其在防止行政权力的滥用方面发挥着基础性的作用，有助于将行政权力约束在必要的范围和幅度内。^②宪法具有限制权力、监督权力运行的典型特征，许多国家在本国的宪法文本中都写入了公平竞争的相关条款，公平竞争是经济宪法的重要组成部分，强调公平竞争的宪法保障，进而为建立公平竞争审查制度提供有力的宪法保障。^③解决我国行政性垄断问题的根本在于从更高层次的立法上为公平竞争制度的建立与实施提供法治保障。公平竞争审查是市场经济制度体系的重要组成部分，也是公平竞争秩序维护的基础性制度，在宪法中引入公平竞争或公平竞争审查条款对市场公平竞争环境的法治建设具有重要意义。从公平竞争审查制度的规则性出发，对经济法规进行合宪性审查具有可行性，^④在宪法中引入公平竞争的相关条款，对公平竞争从合法性审查到合宪性审查，可以切实规范政府权力对市场经济活动的不当干预，保障公平竞争审查在内的公平竞争制度的实施获得预期效果。在具体操作层面，由立法机关对宪法中与公平竞争有关的条款进行释义，^⑤这可为公平竞争审查制度实施中的具体内容设计和规则适用提供根本法支撑，这也能够与公平竞争审查的合宪性审查建立起有效的制度关联。在公平

^① 参见王晓晔：《我国〈反垄断法〉修订的几点思考》，《中国法学》2021 年第 2 期。

^② 参见薛克鹏：《行政垄断的非垄断性及其规制》，《天津师范大学学报》（社会科学版）2007 年第 3 期。

^③ 参见张守文：《公平竞争审查制度的经济法解析》，《政治与法律》2017 年第 11 期。

^④ 参见李友根：《经济法规的合宪性审查标准——基于对美国联邦最高法院判例的考察》，《法学评论》2020 年第 1 期。

^⑤ 参见王炳：《公平竞争审查的合宪性审查进路》，《法学评论》2021 年第 2 期。

竞争合宪性审查的规范依据方面,除了《宪法》第15条第1款可以适用外,关于市场主体平等权、自主经营权、经济活动自由权等方面的规定也体现着保障公平竞争的价值理念。^①例如,《宪法》第11条关于非公有制经济保护、《宪法》第15条第3款关于社会经济秩序维护等条款,在进行体系解释、目的解释等充分的法律解释后,均可作为公平竞争合宪性审查的依据。

2. 公平竞争审查规制对象及其适用规则的法定化

公平竞争审查的对象在内部存在范围不一致,外部与《反垄断法》行政垄断规制的对象存在交叉,公平竞争审查制度规制对象及其适用规则的法定化,需要在明确2022年修订的《反垄断法》第5条和第45条中“规定”范围的基础上,合理划分规制对象。

首先,2022年修订的《反垄断法》第5条第2款规定的需要经公平竞争审查的规制对象也是局限于“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”制定的“规定”,这与第45条抽象行政行为反垄断的规制对象一致。根据《立法法》的规定,立法位阶包括法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章等,其中“规章”的类型包括国务院部门规章和地方政府规章。也即是说,法律位阶中概括性的表述中没有“规定”,一般只在具体规则中可以使用“规定”,如《吉林市优化营商环境规定》(法律性质上属于地方政府规章),这里的“规定”是在名称中使用,而不是对抽象行政行为法律性质的概括性表达,其依据是《规章制定程序条例(2017年修订)》第7条的规定:“地方政府规章的名称一般称‘规定’‘办法’”。在规则适用实践中,《实施细则》在审查标准的适用表述中对“行政法规”与“规定”作区别使用,如“没有法律、行政法规或者国务院规定……”。同时,按照全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会对2008年《反垄断法》的释义,“抽象行政行为是指以不特定的人或事为对象制定具有普遍约束力的规范性文件的行为”。^②因此,政府部门的“规定”与“行政法规”“规章”“地方性法规”等规则在性质上显然是不同的,2022年修订的《反垄断法》第5条和第45条中的“规定”应解释为行政机关和经授权的组织制定的除法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章之外的规范性文件。

其次,关于公平竞争审查规制对象的合理划分,可以有两种选择。一种方案是删除2022年修订的《反垄断法》第45条的规定,抽象行政行为垄断统一由公平竞争审查制度进行规制。即《反垄断法》主要规制已经生效实施的“规定”,且需要反垄断执法机构有证据证明属于“滥用行政权力排除、限制竞争”的行为;而公平竞争审查的规制范围包括各类制定中的、实施中的阻碍、限制竞争的“规章”及其他政策措施,以及起草中的行政法规、国务院政策措施、地方性法规、自治条例和单行条例等内容,并且公平竞争审查主管部门无须证明存在“权力滥用”行为。那么,2022年修订的《反垄断法》第45条确立的构成要件与公平竞争审查制度确立的构成要件在“阻碍、限制竞争”的效果上一致,且后者无须证明“滥用行政权力”;也就是说,后者完全可以涵盖2022年修订的《反垄断法》第45条确立的规制对象,并且更有利于规制抽象行政行为式垄断。对公平竞争审查对象的“清理”工作,因为《实施细则》规定了监督抽查制度,所以建议删除2022年修订的《反垄断法》第45条以统一规制对象,2022年修订的《反垄断法》第5章只规制具体行政行为式垄断。同时,为了统一政策与法律上关于公平竞争审查对象的规定,从2022年修订的《反垄断法》第5条第2款中“规定”范围受限和没有包括“起草的审查对象”方面考虑,建议将2022年修

^① 参见苗沛霖:《公平竞争合宪性审查的法理逻辑》,《江海学刊》2022年第6期。

^② 参见安建主编:《中华人民共和国反垄断法释义》,法律出版社2007年版,第89页。

订的《反垄断法》第 5 条第 2 款修改为“公平竞争审查的具体制度由公平竞争审查主管部门另行规定”。这样既可以区分外部关系中规制对象的划分,也能够统一在公平竞争审查制度法定化前提下统一内部关系中的规制对象,有助于公平竞争审查制度规制对象的法定化。另外一种方案是在修改 2022 年修订的《反垄断法》第 5 条和第 45 条的基础上,对规制对象进行统一协调。在反垄断法中统一规制对象范围,即从维持反垄断法在行政垄断规制上的完整性及与公平竞争审查对象的协调性考虑,可以扩大反垄断法规制的抽象行政行为范围,而不局限于“规定”,将 2022 年修订的《反垄断法》第 45 条规定的内容调整为“行政机关和……不得滥用……制定……的规章、规范性文件及其他政策措施”。同时,将 2022 年修订的《反垄断法》第 5 条第 2 款修改为“行政机关和……组织在制定……的规章、规范性文件及其他政策措施时,应当进行公平竞争审查”,同时增加 1 款授权立法的规定作为第 3 款,即“公平竞争审查的具体制度由公平竞争政策审查主管部门另行规定”。据此,在外部关系上,2022 年修订的《反垄断法》第 45 条的规制对象为“滥用行政权力”产生的“规章、规范性文件及其他政策措施”,《实施细则》的规制对象为除此之外的抽象行政行为的垄断类型;在内部关系上,2022 年修订的《反垄断法》第 5 条的规制对象为制定或清理中的“规章、规范性文件及其他政策措施”,而起草中的“行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例等”则通过《实施细则》进行规制。以此,实现抽象行政行为垄断中法律规制对象的统一划分。

3. 依法确定公平竞争审查行为违法性认定与执法的依据

行政性垄断法律规制的关键是认定该行为具有违法性,并依此执法。依据 2022 年修订的《反垄断法》第 45 条规定,抽象行政行为违法性认定的两个核心要件是:滥用行政权力和“规定”含有排除、限制竞争效果。反垄断法中的“滥用行政权力”主要是指相关权力实施“既不属于政府为维护社会经济秩序而实施的经济管理,也不属于政府为实现国民经济的宏观调控而采取的产业政策、财政政策等经济政策和社会政策”。^①而公平竞争审查制度实施中抽象行政行为违法性认定的核心要件就是:是否履行规定的审查程序,以及被审查对象是否产生或可能产生排除、限制竞争的效果。也即是说,公平竞争审查制度在规制行政垄断过程中,不需要认定政策制定主体的行为具有“滥用行政权力”的要件。在目前的公平竞争审查实践中,很多地方政府的政策措施都是为了地方经济发展,如为了实现自由贸易试验区内经济增长而给予区内注册、纳税的市场主体特殊的财政补贴或优惠政策,这本质上也应属于政府履行经济管理职能的范畴。但是由于此类政策措施与经营者的市场活动相关,因此需要进行公平竞争审查。可见,公平竞争审查制度实施中被审查对象违法性认定与 2022 年修订的《反垄断法》第 45 条规定的行为违法性认定标准有着重要的差别。这实际上涉及如何认识和规制行政垄断的本质问题。对此,多数学者认为行政垄断是滥用行政权力损害公平竞争的违法行为,^②这属于典型的行政权滥用,其内在动因是自身或所属集体的利益追求,根本上构成行政违法。此种违法行为严重破坏了自由竞争中的市场秩序,阻碍了全国统一大市场的形成和社会资源的优化配置,增加了市场运行的社会成本,损害了

^① 参见王晓晔:《行政垄断问题的再思考》,《中国社会科学院研究生院学报》2009 年第 4 期。

^② 参见胡光志:《行政垄断及其法律规制机理的再认识》,《云南大学学报》(法学版)2002 年第 1 期;黄欣、周昀:《行政垄断与反垄断立法研究》,《中国法学》2001 年第 3 期。

经营者和消费者的合法权益。^① 但是也有学者提出扩大《反垄断法》所定义的行政垄断的范围,将行政垄断限定在“使用行政权力不合理排除、限制竞争”的范畴,^②而不仅仅是“滥用”行政权力的违法行为。依循法律解释方法,反垄断法中的行政垄断规制应坚持以“滥用行政权力”为违法性要件,而公平竞争审查中的违法性要件则应该遵循公平竞争审查的具体标准,即被审查对象是否履行公平竞争审查程序以及是否产生或可能产生阻碍、限制竞争的效果。当下,公平竞争审查制度的依据是国务院的规范性文件,法制化程度不高,因此有必要强化反垄断执法的可操作性、增强执法机构的权威性。^③ 在公平竞争审查制度的实施和反垄断法对行政垄断的执法中,主要应从以下两个方面着手:一方面,从法律与规范性文件的关系角度,明确执法依据的法律适用规则。上文在公平竞争审查与反垄断法规制对象关系时提出了两个方案,即删除或修改 2022 年修订的《反垄断法》第 45 条。基于规制对象在法律和政策上须得到统一,无论采取哪种方案,都需要《反垄断法》和《实施细则》相结合对被审查对象进行违法性认定。一种情况是:如果按照删除 2022 年修订的《反垄断法》第 45 条的方案,在执法依据的适用方面,对抽象行政行为的垄断执法可适用 2022 年修订的《反垄断法》第 5 条的规定作为认定被审查对象是否违法的基本依据,同时适用《实施细则》对违法行为表现作出具体认定。公平竞争审查的认定标准更加丰富、全面,在市场准入和退出、商品和要素自由流动、影响生产经营成本、影响生产经营行为等方面设计了更加详细的标准,很大程度上发展和完善了反垄断法关于行政垄断行为的认定标准。^④ 为此,建议提高《实施细则》的立法位阶,至少由目前的“部门规范性文件”升级为国务院行政法规,然后在《反垄断法》执法调查部分完善具体的执法规则。另一种情况是:如果按照修改 2022 年修订的《反垄断法》第 45 条的方案,在执法依据的适用方面,因方案中建议立法机关对第 45 条中的“规定”作与公平竞争审查对象相匹配的解释,故根据两种行政性垄断规制构成要件的不同,可以分别适用 2022 年修订的《反垄断法》第 5 条作为公平竞争审查制度实施中行为违法性的认定依据和第 45 条作为“滥用行政权力”类型垄断的违法性认定依据。另一方面,从行为违法性认定具体内容角度厘清执法依据法律适用的关系。2022 年修订的《反垄断法》第 39 条至第 44 条规定的是利用具体行政行为实施垄断的表现,而公平竞争审查制度中的 4 大类 18 个标准和 49 项具体小标准属于抽象行政行为垄断违反公平竞争的认定依据,两者之间如果在反垄断执法中关联使用,需要建立两类规则关联适用的“连接点”。从行为效果上考察,无论是反垄断法关于具体行政行为垄断的认定标准,还是公平竞争审查对抽象行政行为的竞争性审查,核心内容都是具体行政行为或抽象行政行为会产生阻碍、限制竞争的效果。并且,公平竞争审查的对象是否阻碍、限制竞争,需要对政策措施的具体内容进行竞争效果分析,这种竞争效果的分析与《反垄断法》对具体行政行为违法性的认定具有本质上的一致性,即产生或可能产生阻碍、限制竞争(实质性标准),两者是抽象规定与具体实施表现的关系。据此,建议在《实施细则》第 6 章“监督与责任追究”中明确违反公平竞争审查制度适用《反垄断法》规定的条款,建立两种行政性垄断规制之间执法规则上的逻辑关联。据此,可以在《实施细则》中规定:“违反本细则中的审查标准,可以参照适用《中华

① 参见孙晋、李胜利:《竞争法原论》,法律出版社 2020 年版,第 133 页。

② 参见丁茂中:《论我国行政性垄断行为规范的立法完善》,《政治与法律》2018 年第 7 期。

③ 参见黄勇:《论我国竞争政策法治保障的体系及其实现机制》,《清华法学》2022 年第 4 期。

④ 参见王晓晔:《我国〈反垄断法〉修订的几点思考》,《法学评论》2020 年第 2 期。

人民共和国反垄断法》第 39 条至第 44 条的规定”。例如,2022 年修订的《反垄断法》第 41 条可以作为《实施细则》第 14 条规定的“商品和要素自由流动标准”参照适用的法律依据。

4. 完善公平竞争审查的调查执法与责任追究机制

2022 年修订的《反垄断法》未就公平竞争审查制度的执法和责任追究作出明确规定,第 61 条仅规定了违反第 45 条的法律责任,违反第 5 条规定能否适用并不清楚。结合对我国行政垄断特征及其规制方式的分析,需要从加强反垄断执法、完善反垄断法与公平竞争审查制度中行政内部控制的法律衔接等方面,推进公平竞争审查制度实施中的执法和责任惩戒制度的完善。

首先,加强行政性垄断规制的调查执法,依规制对象不同,明确公平竞争审查制度实施的执法主体,赋予公平竞争审查制度实施中反垄断执法机构的执法调查权。由于我国公平竞争审查采取的是自我审查为主的模式,因此,大部分公平竞争审查制度的实施是由政策制定机关牵头自查,然后由市场监管部门组织监督。但是政策制定机关不是专业的反垄断调查机构,一方面缺乏反行政垄断的意识和动力,对处理“自家”政策存在的问题大都会产生“抵触情绪”;另一方面,非反垄断执法人员也在专业知识和执法能力上存在不足。调查垄断行为需要专业人员、专业知识。同时,反垄断执法需要遵循依法行政原则,依据《中华人民共和国行政处罚法》第 38 条的规定,行政处罚没有依据的,处罚无效。笔者建议在提高《实施细则》法律位阶的前提下(将目前的“规范性文件”提高至“行政法规”),在《反垄断法》中规定:“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,在制定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时,违反公平竞争审查制度的,由公平竞争审查主管部门依法调查处理;涉嫌违反《中华人民共和国反垄断法》的,由反垄断执法机构依法调查”。这样做既能保证公平竞争审查执法有法可依,又能最大限度地确保执法专业性。

其次,完善公平竞争审查制度中行政内部惩戒机制的适用,建立起与 2022 年修订的《反垄断法》第 61 条的规则适用衔接。我国行政垄断规制中行政内部控制长期占据着优势地位的原因在于,行政内部控制有利于统一改革意见、减少制度摩擦成本,可以将违法行为的影响控制在一定范围内,^①行政系统内部纠正也应发挥重要作用。^②《实施细则》第 6 章规定了“责任追究”机制,规定了上级机关对政策制定机关违反公平竞争审查规定的处理程序和责任追究内容,属于典型的行政垄断的行政内部控制方法。建议在 2022 年修订的《反垄断法》第 61 条中增加 1 款:“违反本法第 5 条规定的公平竞争审查制度,参照适用本条规定。”同时,将《实施细则》第 27 条最后部分修改为:“违反《中华人民共和国反垄断法》的,由反垄断执法机构依法调查处理,并追究法律责任。相关处理决定和建议依法向社会公开”。将现有规则合理衔接,确保在违反公平竞争审查制度的法律责任与行政内部惩戒机制的适用上有法可依。

五、结 语

政府介入市场、参与市场经济活动具有一定的正当性,但过度的干预市场会影响市场在资源配置中发挥决定性作用。我国经济体制经历了由计划经济向市场经济发展的过程,在竞争法治

^① 参见叶卫平:《司法审查与行政性垄断规制》,《法学》2009 年第 1 期。

^② 参见徐士英:《竞争政策视野下行政性垄断行为规制路径新探》,《华东政法大学学报》2015 年第 4 期。

建设上有着独具特色的制度逻辑。2022 年修订的《反垄断法》引入公平竞争审查制度,对完善我国行政性垄断规制制度具有重要意义。公平竞争审查制度作为兼具事前预防与事后清理的混合规制模式,在审查对象、审查程序、监督与责任追究等方面具有行政内部治理的优势;其应当与《反垄断法》行政垄断规制形成互补。一方面,我国经济发展的特征决定了阻碍、限制竞争的政策措施形式多样、数量较大,公平竞争审查制度无法全面解决该类行政垄断问题;另一方面,反垄断执法能够对我国自我审查式的公平竞争审查形成有效监督,确保自我审查的公平公正。^① 作为公平竞争制度的两个重要组成部分,公平竞争审查制度与反垄断法律制度应当相互补充、有机协调,在合法性的基础上建立起逻辑关联,形成规制合力,最终为营造我国新时代公平公正的市场竞争环境提供制度保障。

Abstract: The fair competition review is an innovation in competition theory and system practice of Chinese modernization and a system innovation with Chinese characteristics in the construction of socialist market economy. The Anti-monopoly Law of the People's Republic of China amended in 2022 introduced a fair competition review system in Article 5, but did not clarify the logical relationship between it and the anti-monopoly law and abuse of administrative power to exclude and restrict competition, and the system positioning was unclear. There are some problems in the implementation of the system, the ambiguity of the regulation object and the legal basis of the illegality of the behavior, the imperfection of the responsibility punishment rules. So, we should make it clear that the fair competition Review system belongs to the legal position of fair competition system in anti-monopoly law. The regulation object of abstract administrative act monopoly is legally divided, the scope of "Provisions" is reasonably explained, and the two models of administrative monopoly regulation methods are effectively coordinated. Determine the legal standards for determining the illegality of conduct in the fair competition review, and clarify the investigation power of anti-monopoly law enforcement agencies when they violate the fair competition review. Through the legal connection between anti-monopoly law enforcement and internal administrative accountability, we will improve the mechanism of fair competition review, law enforcement and accountability.

Key Words: fair competition review, administrative monopoly, anti-monopoly law, anti-monopoly law enforcement, illegality of behavior

责任编辑 翟中鞠

^① 参见时建中:《强化公平竞争审查制度的若干问题》,《行政管理改革》2017 年第 1 期。