

我国公平竞争审查制度完善研究

摘要

公平竞争审查制度是规制政府行政垄断的事前手段，对于建设竞争友好型政府，协调竞争政策与产业政策等无疑有着重要意义。当前的公平竞争审查制度仍有不足之处，审查方式上，自我审查的方式遇到了政策制定机关缺乏审查意愿及能力的困境；审查对象上未能做到同等对待存量政策及增量政策；例外规定缺乏精细化；保障机制不够完善使得公平竞争审查制度难以充分发挥效用；当前制度的实施依据也存在着层级低的问题。这使得公平竞争审查制度难以真正发挥效果。OECD 组织积极倡导建立竞争评估制度，欧盟、美国、日本等国家结合自身实际，建立了属于本国的竞争评估制度，其中有很多值得借鉴的地方，如欧盟的国家援助控制制度、澳大利亚的竞争支付制度等，结合问题及域外的有益经验，我国的公平竞争审查制度在自我审查方式方面要通过培训及建立激励机制提高政策制定机关的审查能力及意愿，在审查对象上要同等对待存量政策与增量政策，对于例外规定应当限缩例外规定设定权以及精细化例外规定的内容，保障机制方面做好外部监督和第三方评估工作，提高惩罚力度，制度依据方面要实现公平竞争审查制度的法律化。

关键词：公平竞争审查制度；行政垄断；竞争政策；竞争评估

Abstract

The fair competition review system is an ex ante method to regulate the government's administrative monopoly. It is undoubtedly of great significance for building a competition-friendly government and coordinating competition policies and industrial policies. The current fair competition review system still has shortcomings. In terms of review methods, self-review methods have encountered the dilemma of policy-making agencies' lack of review willingness and ability; review objects fail to treat stock policies and incremental policies equally; exceptions The regulations lack refinement; the guarantee mechanism is not perfect enough to make it difficult for the fair competition review system to give full play to its effectiveness; the current implementation basis for the system also has the problem of low levels. This makes it difficult for the fair competition review system to truly exert its effect. The OECD organization actively advocates the establishment of a competition evaluation system. The European Union, the United States, Japan and other countries have established their own competition evaluation systems based on their own realities. There are many things that are worth learning from, such as the EU's national aid control system and Australia's competition payment system. Etc., in combination with the problems and the beneficial experience outside the territory, China's fair competition review system should improve the government's review capabilities and willingness through training and establishing incentive mechanisms in terms of self-review methods, and treat existing policies and incremental policies equally in terms of review objects. For exceptions, the right to set up exceptions should be limited and the content of the refined exceptions should be refined. External supervision and third-party evaluation should be done in the guarantee mechanism, and the punishment should be increased. The system basis should be legalized for the fair competition review system.

Keywords : Fair competition review system; administrative monopoly; competition policy;

competition evaluation.

目 录

摘 要.....	I
Abstract.....	II
引 言.....	1
第一章 构建公平竞争审查制度的必要性及理论基础.....	2
第一节 我国公平竞争审查制度的内涵.....	2
一、这一制度强调优先保护市场竞争.....	2
二、这一制度是适用比例原则的一种体现.....	2
三、这一制度有别于负面清单制度.....	3
第二节 我国构建公平竞争审查制度的必要性.....	3
一、控制政府干预经济的权力.....	4
二、弥补当前对行政垄断规制的不足.....	4
三、有利于协调竞争政策与产业政策.....	6
第三节 我国公平竞争审查制度的理论基础.....	7
一、控权理论.....	7
二、竞争理论.....	8
三、市场规制理论.....	8
第二章 我国公平竞争审查制度的现状及不足.....	10
第一节 公平竞争审查制度的现状.....	10
一、审查对象.....	10
二、审查方式.....	10
三、审查标准.....	10
四、保障措施.....	11
五、配套机制.....	11
第二节 公平竞争审查制度的不足.....	11
一、政策制定机关缺乏审查意愿及能力.....	11
二、未重视对存量政策的审查.....	13

三、例外规定需要精细化.....	14
四、缺乏有效的保障机制.....	15
五、法律依据层级低.....	17
第三章 域外竞争评估制度考察及启示.....	19
第一节 域外竞争评估制度介绍.....	19
一、澳大利亚竞争支付制度.....	19
二、日本竞争评价制度.....	20
三、欧盟国家援助控制制度.....	21
四、美国竞争评估制度.....	22
第二节 对我国公平竞争审查制度完善的启示.....	23
一、建立利益激励机制.....	23
二、建立科学、完善的竞争评估制度.....	24
三、在全面审查之下针对重点领域进行审查.....	24
第四章 完善我国公平竞争审查制度的建议.....	26
第一节 提高政策制定机关审查意愿及能力.....	26
一、建立有效的激励机制提高审查意愿.....	26
二、提高审查能力.....	27
第二节 对存量及增量政策一并审查.....	28
第三节 规范例外规定的情形及设定权.....	28
一、调整例外规定的情形.....	28
二、限缩例外规定情形设定权.....	29
第四节 健全制度实施的保障机制.....	29
一、完善外部监督机制.....	30
二、优化第三方评估机制.....	30
三、建立有效的惩罚机制.....	31
第五节 实现公平竞争审查制度法律化.....	31
一、在《反垄断法》中纳入公平竞争审查制度.....	31
二、完善配套规则体系.....	32
结 语.....	33

参考文献.....	34
一、著作类.....	34
二、期刊类.....	34
三、报纸类.....	37
四、外文类.....	38

引言

2015年3月13日，中共中央、国务院颁布了《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》，提出要“探索实施公平竞争审查制度”¹。2016年6月1日，国务院印发《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》），在我国初步建立公平竞争审查制度。在《意见》的指导下，多个文件相继出台推动公平竞争审查制度的实施，包括《公平竞争审查制度实施细则（暂行）》（以下简称《实施细则》（暂行））、《公平竞争审查工作部际联席会议制度》、《公平竞争审查第三方评估实施指南》、《推动落实公平竞争审查制度2017年工作重点》、《市场监管总局等四部门关于进一步推进公平竞争审查工作的通知》等，各地政府也纷纷结合地方实际，在本地区开展公平竞争审查工作，自此，从中央到地方，我国基本实现了公平竞争审查制度的全覆盖。

公平竞争审查制度在我国确立，对于协调竞争政策与产业政策的关系，推动竞争政策发展，转变政府管制理念，从源头预防行政垄断的产生无疑有着重要意义。然而在看到这一制度的积极方面的同时，也应当看到这一制度在制度设计和实际操作中存在的不足。本文立足公平竞争审查制度，首先介绍公平竞争审查制度的内涵、构建公平竞争审查制度的必要性、公平竞争审查制度的理论基础，其次结合制度内容探寻当前我国公平竞争审查制度存在的不足，并结合国外构建竞争评估制度的先进经验，最后对完善我国的公平竞争审查制度提出建议。

¹ 《意见》强调：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。

第一章 构建公平竞争审查制度的必要性及理论基础

第一节 我国公平竞争审查制度的内涵

学界对于公平竞争审查制度有着不同的认识，有学者认为是由竞争主管部门对于拟出台或者已出台的公共政策，分析其对竞争产生的影响，若对竞争产生影响，则选取既能实现政策的社会目标又能满足竞争需求的替代方案¹。也有学者认为公平竞争审查制度是指政府在出台涉及经济领域的政策时，判断其是否存在限制竞争的情况，如果存在，则选取替代方案或者停止该制度的出台或实施²。等等。官方曾公布一张介绍公平竞争审查制度的图片，指出公平竞争审查制度的出台是为了满足当前维护市场竞争的需要，要求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（以下简称“政策制定机关”）在制定政策时将市场竞争作为一项重要指标纳入其中考虑，保障市场机制的有效运行，同时发挥好政府的作用³。综合官方解释及各学者的观点，笔者认为可以从如下方面进一步理解公平竞争审查制度的内涵。

一、这一制度强调优先保护市场竞争

在市场经济的发展过程中，政策制定机关进行决策时需要考虑诸多因素，而保护市场竞争只是其中的一方面，并不是政策制定机关决策时考虑的唯一因素，采取完全竞争反而会导致市场的无序。有时为了市场经济的良好发展，政府往往会采取一些其他措施，如扶持中小企业的发展等等。但是政府在决策时始终应当优先考虑保护市场竞争，同时兼顾其他政策目标的实现。

二、这一制度是适用比例原则的一种体现

比例原则是指“行政机关行政权的设置及行使，应当做到既要能够实现其原本行使权力时要达到的行政目的，又要能够保障行政相对人的权益，该行政权的设置

¹ 参见：张占江. 中国法律竞争评估制度的建构[J]. 法学, 2015, 4: 67-83. 孟雁北. 中国竞争倡导制度对国际经验的借鉴与创新——以公平竞争审查制度为例[J]. 中国市场监管研究, 2018, 9:46-49.

² 王贵. 论我国公平竞争审查制度构建的基准与进路[J]. 政治与法律, 2017, 11:11-19.

³ 《一张图读懂公平竞争审查制度》，http://www.gov.cn/xinwen/2016-06/15/content_5082396.htm，最后访问时间：2020年9月2日15:45。

和行使必须是实现行政目的的必要手段，同时要保障将行使权力给行政相对人造成的影响降到最低”¹。公平竞争审查制度体现了行政法中比例原则中必要性原则的要求，必要性原则的具体表现之一是“在诸多不同类别的可以达到行政目的的行政权力中，应尽量选择那类对公民损害最少的权力配置到恰当的主体手中”²，公平竞争审查制度优先保障竞争政策的实现，如果其他政策目标的实现同样十分重要之时，要保证多个政策目标实现，就需要平衡多个目标，既要保证政策目标的实现，而又保证对市场的损害最小，而这一做法正是必要性原则的体现。

在具体的运用中，比例原则也可以帮助政策制定机关在不同利益之间作出衡量。按照比例原则进行分析可按如下步骤进行：首先，判断政策制定机关出台该项政策措施所要达到的管制目的是否是正当的；其次，这项政策措施出台后能够实现政策制定机关达到的目的，且是否是实现该目的的必要手段；第三，政策措施实施后，对于市场竞争的影响如何，是否可以使对市场竞争的影响最小化；第四，做好政策的管制目的与对市场竞争造成的损害二者之间的平衡³。

三、这一制度有别于负面清单制度

负面清单制度是针对市场主体是否可以进入市场参与市场活动所采取的一种管理模式。公平竞争审查制度与其相比，既有共性也有不同。共性之处体现在二者都是规范政府权力的手段，目的都是为了建立公平、公开、有序的市场环境。但是公平竞争审查制度的适用领域比负面清单制度要大，既涵盖了负面清单制度的领域，也将政府采购以及招标投标等领域纳入其中；此外，公平竞争审查制度审的是抽象行政行为，是在制度层面对于政府的反竞争行为予以规制，而负面清单制度则是将具体行为以清单的形式列举出来，针对的是具体行政行为。

第二节 我国构建公平竞争审查制度的必要性

我国公平竞争审查制度的建立并非是对国外相关制度的单纯模仿，其建立有着深刻的国情背景，是当前市场体制改革、市场经济发展下的必然选择，是控制政府

¹ 汪江华. 中国行政法（总论）[M]. 武汉：武汉大学出版社，2012. 85-87.

² 汪江华. 中国行政法（总论）[M]. 武汉：武汉大学出版社，2012. 85-87.

³ 孟雁北. 中国竞争倡导制度对国际经验的借鉴与创新——以公平竞争审查制度为例[J]. 中国市场监管研究，2018，9：46-49.

干预经济的权力、弥补当前我国对行政垄断规制的不足以及协调竞争政策与产业政策的切实需要。

一、控制政府干预经济的权力

在经济发展领域，最初西方各国奉行以亚当·斯密为代表的古典自由资本主义经济理论即自由放任主义，这一经济理论认为要实现国家富裕，政府应当放松对市场经济的管制，实行自由竞争、自由贸易，“最好的政府是管的最少的政府”，政府权力的行使对内只能用于保护市场经济的运行，对外履行国防、外交等国家职能，不能干预市场的发展。而后垄断资本主义出现，垄断问题日益严重，影响了市场经济的正常运行，市场调节机制的弊端逐渐暴露，导致了严重的经济问题和社会问题，此时凯恩斯主义代替自由放任主义，以“罗斯福新政”为标志，“国家之手”介入市场经济生活，由此可见，西方首先建立了市场经济体制，而后政府介入对市场经济运行中出现的问题实行管制。

而我国在建国后，经济体制方面采取的是高度集中的计划经济体制，拒绝市场经济规律这一“无形的手”，取而代之的是政府的管制，形成了包揽经济运行的全能型政府。改革开放后我国才开始实行市场经济，逐渐限制政府对市场经济的干预，但是计划经济时期政府管理市场经济的理念仍根深蒂固难以完全消除，政府干预市场经济正常运行的行为仍然经常发生，“如实行地方保护主义，人为地将市场划分开，设置歧视性的行业准入门槛，限制商品之间自由流通，设置繁杂的审批程序，使企业进入市场难，破坏统一市场的形成”¹。因此，为了推动市场经济的良性、健康发展，真正使市场在资源配置中起决定性作用，对于政府干预经济的权力进行控制就显得尤为必要，而公平竞争审查制度能够为我国控制政府干预经济的权力提供新思路、新方法，有效约束政府权力的滥用，“公平竞争审查制度规制的是政府反竞争的行为，有利于建立良好的市场秩序，促进市场的良性竞争，促进统一开放市场体系的建立，是政府运用‘有形之手’时理念和方式的改革与创新，有利于建立完善的监管体系”²。

二、弥补当前对行政垄断规制的不足

¹ 张玉洁，李毅. 公平竞争审查制度构建的价值维度与实践进路[J]. 学习与实践，2018，6:12-19.

² 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[J]. 价格理论与实践，2016，4: 31-34.

滥用行政权力排除、限制竞争（简称“行政垄断”），是指行政机关和法律法规授权的管理公共事务职能的组织，违反法律法规的规定，滥用行政权力对市场施加不良影响，反市场竞争的行为。行政垄断实质上是政府实施的管制行为，这种行为对市场竞争会起到不良作用，“如果行政机关在行使行政权力之时，未能以维护市场竞争为目标，对市场施加的‘有形之手’对市场竞争造成不良影响，不利于市场竞争的有序开展，那么就是反垄断法中的行政垄断行为”¹。我国对行政垄断的规制主要见于《反垄断法》第五章及第七章第51条，以及2019年6月国家市场监督管理总局颁布的《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为暂行规定》，但是对于行政垄断的规制仍存在不足，表现在：

一方面，由第51条²的规定可以看出，法律责任仅有责令改正、给予处分，且这种责任形式无法起到真正的处罚效果，“这条规定存在如下问题，一方面是责任的内容方面效力较弱，另一方面责任追究依赖于上级机关，只有上级机关责令改正或者反垄断执法机构提出处理建议时才能够启动程序”³，但是实践中上级机关很少会责令改正，反垄断执法机构本身任务繁重，无法“跟紧”行政垄断行为并提出建议，即使提出建议，“建议”本身的强制性较弱，很难真正起到纠正行政垄断行为的效果。

另一方面，这种法律责任是一种事后责任，无法消除行政垄断行为已经带给市场的不良影响，“反垄断执法是针对个案进行处理，是一种事后监管的方式，对于同类行为无法做到全面的规范；即使及时进行纠正，相关行为对竞争的损害后果也已经形成，且许多垄断现象是具有相似性的，是普遍存在的问题”⁴，相较于法律责任，这种方式更像是一种补救措施；且引发这种事后责任的前提是行政机关的排除、限制竞争的行为被发现，如果行政机关刻意隐瞒使得行政垄断的行为未被发现，则无法引发这一法律责任。

为了增加规制行政垄断行为的可操作性，“从政策制定前就对政府行为予以规制，防止和纠正妨碍竞争的体制和政策设定”⁵，真正做到事前预防行政垄断行为，

¹ 王健. 政府管制的竞争评估[J]. 华东政法大学学报, 2015, 4:8-16.

² 《反垄断法》第51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滥用行政权力，实施排除、限制竞争行为的，由上级机关责令改正；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。反垄断执法机构可以向有关上级机关提出依法处理的建议。

³ 焦海涛. 公平竞争审查制度的实施激励[J]. 河北法学, 2019, 10:107-121.

⁴ 张连海. 公平竞争审查制度的学习思考[J]. 中国价格监管与反垄断, 2020, 6:28-31.

⁵ 吴敬琏. 确立竞争政策基础性地位的关键一步[N]. 人民日报, 2016-6-22.

需要构建公平竞争审查制度来弥补当前规制行政垄断行为的不足。

三、有利于协调竞争政策与产业政策

国家为促进产业形成和发展，为促进经济社会发展，往往会出台相关政策扶持产业，干预产业发展，促进经济社会的目标实现，这类政策就是产业政策。在法律法规以及政策文件中都能看到产业政策的身影。产业政策可分为选择性产业政策和功能性产业政策，目前中国的经济发展仍会采取选择性的产业政策，即产业政策具有选择性、普惠性的特点，政府的产业政策会针对特定的企业对其进行扶持，加大对某一类产品、产业的投入，资源、政策对上述产品、产业予以倾斜，而后用于企业的产能扩大、规模扩张。但是这一做法会导致问题的产生，一方面是资源配置效率以及创新不足、产能过剩等问题，另一方面，目前科技发展日新月异，产业变革迅速，究竟应当支持何种产业的发展，对于政府来说是个难题，选择性产业政策难以发挥其真正的作用。

广义上的竞争政策是指市场经济国家以维护市场竞争为目标实施的一系列经济政策，这些经济政策意在充分发挥竞争的功能，以竞争促进效率提升，从而为消费者带来更多的福祉。狭义上的竞争政策则特指竞争法。市场的灵魂在于竞争，只有通过竞争，才能实现资源的互通互流、信息的传播、创新能力的提升等等。随着经济体制改革的深入，竞争政策的重要性日趋明显，竞争政策的基础性地位也一再被强化。

竞争政策和产业政策作为国家经济政策的重要组成部分，二者既有共性又有不同。二者的一致性体现在二者均是以提高经济效率，维护社会公共利益为目标，均是出于建立高效、完全的市场经济体系。二者之间也存在不同，如实施的方式、范围、价值取向等等均有所差异，由此会造成二者之间的冲突，需要对竞争政策与产业政策进行有效协调。而公平竞争审查制度则能够为二者的协调提供助力。

目前竞争政策的基础性地位逐步建立，政策制定机关、反垄断执法机关等部门应当始终坚持并贯彻这一点，可充分发挥各自的经验及专长，做好竞争政策和产业政策的统筹协调，在出台产业政策时发挥好竞争政策的引领作用，用竞争政策约束好产业政策，防止其出现反竞争的相关规定，使得产业政策能够最大化地发挥其良性功能¹。正如国家发展改革委副主任胡祖才所说：“当前竞争政策与产业政策仍需

¹ 靳静. 公平竞争审查制度的欧盟路径[J]. 中国价格监管与反垄断, 2016, 2: 25-28.

共同发力，公平竞争审查制度在二者之间起到了有效的平衡作用，它使得产业政策在拟定及审议过程中始终将竞争作为重要指标考量，它使得竞争政策的基础性地位越发巩固，使得功能性产业政策更多成为产业政策的首选，使竞争政策和产业政策都能够发挥其正向作用，二者共同使得市场经济良性、健康发展。”¹

第三节 我国公平竞争审查制度的理论基础

政府与市场的关系是经济学老生常谈的问题，也是经济学在研究市场经济机制、市场竞争时较早关注的对象。公平竞争审查制度作为规制行政机关行政性垄断行为的事前手段，其出现代表着决策机关有意识地控制经济行政权，维护竞争政策基础性地位，建立公平公开的市场秩序，协调政府与市场之间的关系。本节主要探讨公平竞争审查制度的理论基础，从理论层面探讨为何要对行政机关实施“控权”，在市场经济体制下限缩其经济行政权，维护市场的竞争秩序，从而为制度生成的正当性提供理论支撑。

一、控权理论

“控权”一直是现代行政法要解决的基本问题之一，即如何使政府的行政权力在法治的轨道上分配及运行，如何对行政权力的权力行使实施有效监督，如何防止政府依法行政其行政权力，防止行政权力被滥用。“无论是普通法国度还是大陆法国度，‘控权’都是一以贯之的中心议题”²。法国素有“行政法母国”之称，其控制行政权力是通过建立行政审判制度实现的，通过系统内部的自我制约建立起行政法院的模式，以达到对政府行政权力进行规范的目的。英国则深受戴雪法治思想的影响，不允许官吏的意志超脱于普通法及普通法院，也不承认英国存在行政法，受红灯理论的影响，英国的行政权须经法律授权才能行使，并且要接受法院的审查，强调议会至上及越权无效。英法两国的行政控权理论确实存在差异，但是从其中也能看到传统行政控权理论的共性特征，强调行政权的行使须在法律范围内进行，尽可能排斥行政自由裁量权，行政权受制于司法审查，行政权要保障个人权利与自由

¹ 见《关于在市场体系中建立公平竞争审查制度的意见》解读

² [印]M. P. 赛夫. 德国行政法——普通法的分析[M]周伟, 译. 台北: 五南图书出版公司, 2006:212.

而不能干预或者限制¹。

而随着科技进步及经济社会的发展，现代的行政权出现了一些新的变化，公民的权利保障愈发需要行政机关的积极作为，行政机关的行政权力也日益渗透到经济社会领域，行政权力日益扩张，尤其是在市场经济的领域，愈发需要反垄断执法机构等行政机关的积极作为，而行政权力的扩张自然也需要自由裁量权，这使得传统行政控权理论愈发无力。在此种困境下，绿灯理论应运而生，它宽容对待行政权力，希望政府积极作为发挥其作用，赋予行政权力自由裁量权，但并未完全放弃对行政权力的管控，行政权力依旧需要立法及司法审查控制。公平竞争审查制度实际上正是市场经济领域控制经济行政权的一种制度，与现代行政控权理论相契合。

二、竞争理论

竞争理论有古典学派及现代竞争理论之分，这里选取现代竞争理论中的德国的最佳强度理论，哈佛学派以及芝加哥学派主张的竞争理论予以介绍和分析。

哈佛学派对结构（structure）、行为（conduct）以及绩效（performance）三者及其关系进行研究，构建“结构-行为-绩效”三段论范式，即 SCP 范式（structure-conduct-performance paradigm），以此来评价市场是否有效竞争。最佳竞争强度理论则是认为竞争的形式尤其是强度决定了竞争功能的有效性，竞争理论研究需要寻找一个实现最佳组合的竞争形式，为竞争政策的构建提供理想模式，这一理论下构建的竞争政策专注于市场结构，但缺乏市场进出自由及市场行为因素的影响等的相关研究。芝加哥学派质疑哈佛学派的 SCP 范式，认为国家除了极个别集中程度过高的情况外，应当尽可能少地干预市场竞争，由市场机制自身调节市场运作过程，这一理论更加重视市场自身的作用，而忽视了政府干预对市场经济运作的力量。竞争理论下重视发挥市场的作用，重视保护市场竞争，而我国的公平竞争审查制度恰是规制行政垄断下维护市场竞争的一项制度。

三、市场规制理论

市场规制，即政府对于市场失灵而采取的约束、纠正和激励。市场规制理论的演进有如下三个阶段：公共利益理论、俘获理论、新兴市场规制理论²。

¹ 叶富林. 当代中国行政控权理论的理性选择[J]. 行政与法, 2011, 3:93-94.

² 王万山. 市场规制理论研究述评[J]. 经济研究, 2004, 6:114-118.

公共利益理论认为，由于市场存在着负外部性内部化等问题，会导致市场机制失灵，这一理论认为市场机制是脆弱的，如果放任不管，会导致市场效率的低下以及不公平问题的产生，政府出于对公共利益的回应需要对市场失灵进行规制，政府规制具备经济上的合理性。俘获理论的重点在“俘获”二字，这一理论看到了政府逐利性的特点，指出政府作出的行政行为会受到生产者以及相关产业的利益吸引而被俘获，进而作出具有偏向性的政策决定。新兴市场理论则是看到了公共利益理论与俘获理论与实践的脱节之处，指出政府的管制并未给市场竞争带来更高的效率，政府被俘获的现象也并不多见，为修正理论与实践的脱节，由此产生了寻租理论等一系列的新理论，它们共同构成了新兴市场理论体系。

总之，市场本身因外部性等原因易导致市场失灵，需要政府给予干预，但是政府也会因权力寻租以及被俘获等导致政府失灵，使得一种失灵替代另外一种失灵。市场规制理论解决的关键问题是如何作出制度安排，使得市场失灵和政府失灵两者均最小，而公平竞争审查制度的产生，实际上就是为规制政府失灵而作出的一种制度安排。

第二章 我国公平竞争审查制度的现状及不足

第一节 公平竞争审查制度的现状

目前，政策制定机关主要以《意见》及《实施细则》（暂行）为依据开展公平竞争审查的相关工作，此外还有一些相关配套制度，本节主要梳理公平竞争审查制度的现状，为下文进一步论述打下基础。

一、审查对象

根据《意见》及《实施细则》（暂行）的规定，公平竞争审查制度针对两种类型的规范性文件进行审查，一是直接审查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；另一种是起草部门在起草过程中自行审查的行政法规和国务院制定的其他政策措施、地方性法规。

二、审查方式

目前我国公平竞争审查制度采取的是以自我审查为主的方式，对于拟出台的政策措施，要求政策制定机关在政策措施的起草过程中进行审查，经审查不存在对竞争的不良影响时政策才可以出台，非经审查不得出台，审查时做好意见征求工作，审查后结果及时公布。对于已实施的政策措施，采取“谁制定、谁清理”的原则，各地根据自己政策实施情况，依据影响程度的不同，对政策措施采取立即废止、设置过渡期的方式处理，对于因政策措施已经给予的优惠政策，采取不溯及既往的原则。在公平竞争审查制度实施后出台的政策措施，要定期评估，积极开展第三方评估。

三、审查标准

根据规定，公平竞争审查制度的审查标准主要包括“市场准入及退出”、“商品要素自由流通”“影响生产经营成本”“影响生产经营行为”这四个方面，每个方面下继续细化，共形成 18 项审查标准。同时要求除非有法律法规的相关规定，各

部门、地区在制定政策措施时不能损害市场主体的权益，不得为市场主体加设义务；不能违反《反垄断法》中关于规制行政垄断行为的规定。

《意见》及《实施细则》（暂行）中同时也对公平竞争审查的例外情形作出了规定，包括国家安全、社会保障、社会公共利益以及法律法规规定的其他情形。

四、保障措施

一是健全竞争政策，发挥反垄断委员会的职能研究竞争政策及市场总体竞争情况；二是完善政府守信机制。政府对承诺和合同的履行情况与政府绩效评价机制挂钩，建立健全政务和行政承诺考核制度，完善政务诚信约束和问责机制，推广重大决策事项公示和听证制度，强化社会监督；三是加强执法监督。有关部门应当开设举报途径，对于单位或者个人举报的政府违反规定实施的限制竞争行为应当及时处理，在发现政策制定机关出台反竞争的规定以及存在违反《反垄断法》的行为之时，反垄断执法机构应及时处理并对上级机关提出处理建议，处理结果均应公开；四是强化责任追究。对未进行或者消极进行公平竞争审查的部门应严肃处理，对于失职渎职人员及时移送纪检监察机关。

五、配套机制

一是出台公平竞争审查部际联席会议制度，明确主要职责，列举成员名单，表明工作规则，提出工作要求；二是出台《公平竞争审查第三方评估指南》，从总则、适用范围和评估内容、评估机构、评估程序和方法、评估成果和运用、保障措施和纪律要求、附则几个方面为政策制定机关委托第三方评估提供指导。

第二节 公平竞争审查制度的不足

一、政策制定机关缺乏审查意愿及能力

根据《意见》¹及《实施细则》（暂行）²的规定，当前我国公平竞争审查制度采取的是以自我审查为主的方式。学界对公平竞争审查制度采取以自我审查为主的方

¹ 《意见》规定：行政法规和国务院制定的其他政策措施、地方性法规，起草部门应当在起草过程中进行公平审查，未进行自我审查的，不得提交审议。

² 《实施细则》第5条规定：政策制定机关应当建立健全自我审查机制，明确责任机构和审查程序。自我审查可以由政策制定机关的具体业务机构负责，或者由政策制定机关指定特定机构统一负责，也可以采取其他方式实施。

式是否可行探讨颇多，也存在诸多不同观点，有观点认为，“自我审查”机制下由于审查责任主体缺乏能力以及缺少相应的激励机制，导致审查责任主体不能审查、不愿审查的困境，为此，应当建立一套全国性的信息处理机制¹。还有观点认为，未来应当建立由专门的机构开展公平竞争审查的制度，改变当前政策制定机关开展自我审查的局面，以此来保障公平竞争审查结果是有效的²。笔者认为，当前我国的自我审查方式确实存在不足之处，体现在政策制定机关缺乏审查的意愿和能力。

（一）政策制定机关缺乏审查能力

一方面，从文件的数量上看，当前我国的规章、规范性文件数量庞杂，产业政策更是频繁应用，数量之大对于政策制定机关来说清理起来也是十分艰难；

另一方面，从审查的依据来看，政策制定机关在制定、清理相关文件时需要具备一定的专业能力，要具备识别和预见行政垄断危害的能力，然而这往往是政策制定机关缺乏的，“行政机关由于缺乏相应的知识和能力，不了解如何认定一个行为是否为垄断行为，或者缺乏相应的人力、财力支持”³，能力的缺乏极大影响了公平竞争审查制度实施的有效性。

（二）政策制定机关缺乏审查意愿

一方面，政策制定机关缺乏自我审查的内在动力。政策制定机关要能够主动开展自我审查，需要其在主观上促进竞争的意愿强于抑制竞争，然而我国一直将地区GDP当作政绩考核的重要指标，为刺激地区经济增长，达到升迁的目的，地方政府往往会采取地区保护等方法，“通过在本地区建立起‘围栏’，将潜在的外来竞争者排除在外的方式，使本地区的财政情况以及就业情况等得以改善，扶持本地产业的发展，这一做法是典型的地方保护主义”⁴。公共选择理论认为，在社会经济活动中，政府也会参与其中成为一个理性经济人，具有自利性的特征，会在参与经济活动中最大化自身利益。由于这种利益的存在，政策制定机关往往难以做到客观中立地进行自我审查，而且对于部分政策文件的清理往往会损害到部门的利益，这使得政策制定机关往往不愿审查或者消极审查。

另一方面，当前的制度设计中缺乏激励制度。目前在公平竞争审查制度的相关规定中，仅规定了政策制定机关在未进行公平竞争审查等行为时应当承担怎样的责

¹ 李俊峰. 公平竞争自我审查的困局及其破解[J]. 华东政法大学学报, 2017, 1:118-128.

² 时建中. 强化公平竞争审查制度的若干问题[J]. 行政管理改革, 2017, 1:43-46.

³ 李俊峰. 公平竞争自我审查的困局及其破解[J]. 华东政法大学学报, 2017, 1:118-128.

⁴ 李俊峰. 公平竞争自我审查的困局及其破解[J]. 华东政法大学学报, 2017, 1:118-128.

任，并没有关于激励机制的规定。然而，惩罚与激励机制应当是保障公平竞争审查制度得以有效实施的“左右手”，应当做到“两手抓，两手都要硬”。“单一的激励机制与单一的惩罚机制均无法推动公平竞争审查制度的积极高效运作，只有当二者形成合力之时，才能对公平竞争审查制度的实施施加正向压力”¹。

当前在公平竞争审查制度中建立激励机制确有其必要性，表现在当前我国实行的是以自我审查为主的公平竞争审查机制，在当前政策制定机关缺乏主动开展公平竞争审查的意愿的情形下，惩罚机制确有能够倒逼政策制定机关开展自我审查的效果，但是一味采取惩罚的方式可能会适得其反，使得政策制定机关更不愿意开展公平竞争审查。而激励机制则是通过建立有效的激励措施，提高政策制定机关的审查意愿，引导政策制定机关主动实施公平竞争审查制度，实现制度所要求和期望的行为。而当前我国缺乏这一机制，无疑会影响到公平竞争审查制度的实施效果，因此，构建激励机制显得十分重要。

二、未重视对存量政策的审查

公平竞争审查制度将审查对象分为处于起草审议阶段的政策措施（以下简称“增量政策”）和已经出台并开始实施的政策措施（以下简称“存量政策”）。《意见》中在审查对象部分重点对增量政策进行阐述，而后又在第四部分补充了对于存量政策的清理，由此看来，我国的公平竞争审查制度偏重于对增量政策的审查。笔者认为，这一做法有不足之处，既不符合我国当前的实际情况，也会存在一定的逻辑问题。

（一）与我国当前实际不符

当前，与增量政策相比，我国的存量政策基数大、种类繁多，对市场影响更加深远。增量政策方面，国家层面，根据国务院 2020 年的立法工作计划，所有的立法项目共 42 件²。地方层面，山东省政府 2020 年立法工作计划中增量政策共 128 件³，浙江省政府 2021 年立法工作计划中增量政策共 31 件⁴，甘肃省政府 2020 年立法工作

¹ 焦海涛. 公平竞争审查制度的实施激励[J]. 河北法学, 2019, 10:107-121.

² 《国务院 2020 年立法工作计划》，http://www.gov.cn/zhengce/content/2020-07/08/content_5525117.htm, 访问时间:2021 年 4 月 3 日。

³ 《山东省人民政府办公厅关于印发山东省人民政府 2020 年立法工作计划的通知》，http://www.shandong.gov.cn/art/2020/3/3/art_107851_105888.html, 访问时间:2021 年 4 月 3 日。

⁴ 《浙江省人民政府 2021 年立法工作计划》，http://www.zj.gov.cn/art/2021/2/8/art_1229019365_2230860.html, 访问时间:2021 年 4 月 3 日。

计划中增量政策共 24 件¹等等。存量方面，北大法宝法律数据库显示，行政法规 11262 件，部门规章 291469 件，团体规定 3972 件，行业规定 33174 件²。尽管对于增量政策为不完全列举，但是从两组数据的简单对比也能看出，目前我国存量政策的数量远大于增量政策。存量政策往往实施时间较长，对于市场竞争的影响已根深蒂固，影响程度远大于增量政策，因此，对于存量政策的清理同样不容忽视。

（二）存在逻辑悖论

目前制度的审查标准主要是依据政策对“经营者”造成的影响，如规定不得违反给予经营者优惠政策，即可以认为合法的情况下给予政策优惠没有问题，但是《意见》对于存量政策要求按照“谁制定、谁清理”的原则逐步清理，同时也规定对于已实施的政策法规采取“不溯及既往”的原则，这其中存在这样一种逻辑问题，即当我们判断一项政策法规具有排除、限制竞争的可能性时，由于审查不溯及既往，又如何认定依据该政策法规实施的优惠政策是“违法”的呢？“公平竞争审查制度既需全面判断规范性文件对竞争的影响程度，又由于审查标准的规定，囿于现有政策法规，无法给予基于原有规范性文件作出的政策否定结论”³，这种逻辑悖论显然与公平竞争审查制度全面审查规范性文件的要求相违背。

三、例外规定需要精细化

（一）例外规定的重要性

《意见》及《实施细则》（暂行）中对公平竞争审查制度的例外情形作出了规定和进一步的说明。公平竞争审查制度例外规定是公平竞争审查制度的重要组成部分，其存在具有合理性和必要性，主要体现在例外规定是市场经济多元价值得以实现的重要制度保障。《意见》的出台是对政策制定机关在市场领域的行为实行“控权”，对其起草、出台和实施的反竞争的政策法规予以清理的制度，目的在于维护市场竞争，维护市场的完整性，保持市场的高效性，但是国家治理、市场经济的发展不会只有一种价值目标，而应当是多元价值目标，社会公益等同样十分重要，因此，“公平竞争审查制度在维护市场竞争之时，同样看到了国家安全、社会公共利益等的重要性，它在诸多价值目标中起到了良好的协调、平衡作用，是当前对市

¹ 《甘肃省人民政府 2020 年立法计划》，http://www.gansu.gov.cn/art/2020/3/13/art_4786_449039.html，访问时间：2021 年 4 月 3 日。

² 见北大法宝法律数据库，<https://www.pkulaw.com/>，访问时间：2021 年 4 月 3 日。

³ 李慧敏. 日本竞争评价制度考察及对我国公平竞争审查制度的相关建议. 经济法论丛, 2017, 2: 184-185.

场领域、社会领域进行治理的有效工具”¹，而在这其中，例外规定能够起到调和、连接的作用，是多元价值目标实现的重要保障。

（二）例外规定需细化、完善

但是仔细阅读《意见》和《实施细则》（暂行）中“例外规定”的内容，结合上述提到的“例外规定”的重要保障功能，笔者认为，当前我国公平竞争审查制度例外规定仍有需要细化、完善的地方，主要体现在以下两个方面：

一方面，例外规定的具体内容需要细化。公平竞争审查制度的功能在于将具有排除、限制竞争效果的政策措施“筛查”出来，防止其出台，为避免在这个过程中有“漏网之鱼”，影响公平竞争审查制度的实施效果，需要对例外规定予以细化，“在对例外规定的体系进行建设之时，我们并非追求一个精致的体系，而是希望这一制度能够准确识别不同情形，对于确实需要成为例外规定的情形精准识别，而不需要的仍继续纳入竞争影响的考量”²，而当前国家安全、社会保障、社会公益的列举较为笼统，缺乏具体化、动态化。

另一方面，公平竞争审查的对象包含行政法规，而例外规定中又提到“属于法律、行政法规规定的其他情形”，结合这两项规定，可以看出行政法规可以自行设定豁免的情形，使得对行政法规的约束力大大下降，最终流于形式。

四、缺乏有效的保障机制

（一）监督机制形式化

我国公平竞争审查制度采取的是以自我审查为主的方式，但是制度的运行只依靠政策制定机关能够积极主动审查显然有些“异想天开”，因此，需要外部监督机制进一步对其施压，助推自我审查的开展，助推制度的运行，“目前的公平竞争审查制度并非只有自我审查这一种声音，制度在构建时考虑到了自我审查会存在低效的问题，因此积极吸纳反垄断执法机构、社会公众等主体，共同对制度的实施施加正向压力，共同构成完整的公平竞争审查制度”³。《意见》及《实施细则》（暂行）中确有这方面的规定，充分发挥了反垄断执法机构的能动作用，规定了政策制定机关的上级机关在制度中应当扮演的角色，同时鼓励公众积极参与到制度运行的监督

¹ 黄彦钦. 公平竞争审查例外规定的功能定位与完善路径[J]. 深圳社会科学, 2020, 4: 83-91.

² 黄彦钦. 公平竞争审查例外规定的功能定位与完善路径[J]. 深圳社会科学, 2020, 4: 83-91.

³ 侯璐. 我国公平竞争审查制度的构建及其完善[J]. 价格理论与实践, 2016, 7:43.

工作中，由三者共同形成对于公平竞争审查的外部监督机制，但是这一机制仍存在不足之处。

一方面，公众缺乏知情权。若要调动公众参与到公平竞争审查制度的建设与实施之中，首先应当保障公众知晓公平竞争审查制度，既要知悉公平竞争审查制度的规定，也要对目前公平竞争审查制度的实施情况有所了解，但是目前，信息公开透明度不够、公众对此类事情漠不关心使得公众对于相关信息的知情情况不尽如人意。

另一方面，缺乏有效的审核机制。政策制定机关在进行公平竞争审查时，无论竞争问题究竟是什么，完全由其独立进行审查后出具结论而后存档，此种情况下产生的审查结论的正当性、有效性存疑，在这种情况下，尽管我们规定了反垄断执法机构进行外部监督，但是究竟何时以什么方式进入公平竞争审查程序进行监督，制度并未给出答案。

（二）第三方评估制度存在不足

第三方评估是指政策制定机关选取与该项政策措施、与政策制定机关本身无利害关系的组织机构，由其依据规范的评估程序，采取科学的评估标准，对政策措施进行公平竞争审查，最终形成评估报告交由政策制定机关，政策制定机关将参考此项评估报告进行决策的活动。¹。《意见》中首先提出“鼓励委托第三方开展评估”²，而后在2019年市场监管总局正式颁布《公平竞争审查第三方评估实施指南》（以下简称《评估实施指南》），为实际工作中引入第三方评估提供指导。这一制度内嵌于公平竞争审查制度，其出台确有必要，它既能够帮助政策制定机关开展审查，弥补其专业性、中立性的不足，又能够通过评估报告的形式对政策制定机关施加一个正向压力，使得政策制定机关要充分考虑报告意见，同时也明确了政策制定机关中决策者的责任，这一制度为公平竞争审查制度的开展注入了新的活力³，但是仔细研究《评估实施指南》并结合当下公平竞争审查制度的实施情况来看，笔者认为，当前第三方评估机制存在如下问题，有待进一步完善。

一方面，《评估实施指南》的法律效力有待明确。虽然《评估实施指南》的制

¹ 见《公平竞争审查第三方评估实施指南》第2条。

² 《意见》：四、推动公平竞争审查制度有序实施（三）定期评估完善：对建立公平竞争审查制度后出台的政策措施，各级人民政府及所属部门要在定期清理规章和规范性文件时，一并对政策措施影响全国统一市场和公平竞争的情况进行评估。鼓励委托第三方开展评估。评估报告应当向社会公开征求意见，评估结果应当向社会公开。经评估认为妨碍全国统一市场和公平竞争的政策措施，要及时废止或者修改完善。

³ 孙晋，阿力木江·阿布都克尤木. 公平竞争审查引入第三方评估的重要性及其实现[J]. 江海学刊，2020，2:158-164.

定颁布者为国家市场监督管理总局，但“指南”并不是《立法法》中规定的法律规范的形式¹，所以《评估实施指南》究竟属于什么性质的法律文件尚且存疑，那么各级政府是否应当按照要求实施公平竞争审查第三方评估制度，来委托第三方评估机构进行评估？这个问题似乎无法得到明确的答案。

另一方面，《评估实施指南》的具体内容缺乏操作性。《意见》和《实施细则》仅对开展引入第三方评估作出了鼓励性的规定，而具体如何操作则没有给出说明，直到《评估实施指南》的出台。《评估实施指南》的具体内容似乎对第三方评估作出了较为完备的规定，但总体上看还是激励性的规则，政府可以自由选择引入还是不引入、适用还是不适用，实践中容易产生观望状态。

（三）缺乏强有力的责任机制

要保障公平竞争审查制度得以有效实施，措施之一就是要具备有效的责任机制，其功能在于“通过对不当行为施加不利后果而倒逼政策制定机关规范审查行为并促进审查的实质化运行”²，《意见》³和《实施细则》⁴中均有关于责任机制的规定，但是这些规定存在如下问题：一方面，责任机制的规定偏柔性，“责令改正”“给予处分”的法律责任并不具有强有力的惩罚效果，无法有效倒逼公平竞争审查制度的有效实施；另一方面，法律责任内容并不完善，如并未对政策制定机关违法审查程序的法律任作出规定。

五、法律依据层级低

自2016年我国建立公平竞争审查制度以来，制度运行的主要依据是《意见》及《实施细则》（暂行），未形成更正式及更规范的行政法规乃至法律，导致公平竞争审查制度的法律依据层级较低。目前仅《优化营商环境条例》中有关于公平竞争

¹ 《立法法》第2条规定：法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的制定、修改和废止，适用本法。国务院部门规章和地方政府规章的制定、修改和废止，依照本法的有关规定执行。

² 张一武. 公平竞争审查制度的形式化问题研究[J]. 中国价格监管与反垄断, 2020, 8:18-22.

³ 《意见》：五、健全公平竞争审查保障机制（四）强化责任追究。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责任的，要及时将有关情况移送纪检监察机关。

⁴ 《实施细则》第五章“社会监督和责任追究”第24条：政策制定机关未进行公平竞争审查或者违反审查标准出台政策措施的，由上级机关责令改正；拒不改正或者不及时改正的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依据《中华人民共和国公务员法》、《行政机关公务员处分条例》等法律法规给予处分。违反《中华人民共和国反垄断法》的，反垄断执法机构可以向政策制定机关或者其上级机关提出停止执行或者调整政策措施的建议。相关处理决定和建议依据法律法规向社会公开。

审查制度的规定¹，但是规定较为粗略，具体实施时仍需按照《意见》及《实施细则》（暂行）的规定，各地颁布的相关规定仍以非正式性规制为主。换言之，目前我国的公平竞争审查制度仍是非正式化的，未正式纳入我国的法律体系，“公平竞争审查制度作为一项非正式性规则，其灵活性、不确定性较为突出，这种特性使得制度易流于形式，制度效力弱化”²。依据相关规定，目前我国的公平竞争审查制度采取自上而下、分阶段推行的方式，各地分散式审查，且公平竞争审查制度目前自成体系，缺乏与现行有效制度的衔接，因此，运动化、碎片化问题较为严重。

公平竞争审查制度作为经济体制改革下的一项举措，其科学性、先进性不言而喻，其肩负着规制行政垄断、统一全国市场、维护市场竞争的重要任务，在新制度推行伊始，以政策等行使具有高效的显著优势，使得公平竞争审查制度在我国快速推广开来。但是经济体制的改革需要在法治的轨道上进行，一直以《意见》《实施细则》（暂行）等为依据推行公平竞争审查制度，恐怕无法使制度长期、有力地运行。自公平竞争审查制度建立至今也已经有5年的时间，在法律层面构建科学、系统、合法的公平竞争审查制度也应当被提上日程了。

¹ 《优化营商环境条例》第63条规定：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。

² 王炳. 公平竞争审查的合宪性审查路径[J]. 法学评论, 2021, 2:81.

第三章 域外竞争评估制度考察及启示

经济合作与发展组织（Organization for Economic Co-operation and Development, 简称 OECD）的建立旨在为其成员国经济社会的发展提供帮助，促进各国经济增长，促进世界经济的良性发展，近年来更是在其成员国及世界范围内倡导竞争评估制度，并以出台竞争评估工具、指南等文件的方式，为想要建立竞争评估制度的国家和地区提供助益，为各国的竞争评估制度的建立与实施提供指导。

美国、欧盟、澳大利亚等一些发达国家和地区的市场体制建立较早，有着深刻的规制政府反竞争行为的意识，纷纷结合国情建立起了属于本国的竞争评估制度，制度本身经过理论和实践的反复打磨较为成熟，并且有着各自的独到之处。我国的公平竞争审查制度也是一种竞争评估制度，作为本土的一项新生制度，多多汲取他国制度中的营养为自己所用不失为良策。因此，本章选取澳大利亚、美国、欧盟、日本这四个国家和地区的竞争评估制度予以介绍和分析，并结合本国制度指出对于我国制度发展的有益之处。

第一节 域外竞争评估制度介绍

一、澳大利亚竞争支付制度

在九十年代中期至九十年代末这段时间里，澳大利亚的在 OECD 中的经济位次排名从第 3 名下降至第 15 名，原因在于国内经济领域缺乏竞争，使得企业缺乏削减成本、降低价格、技术革新、节约资源的动力。1991 年，澳大利亚政府召开特别州长会议，会上首次提出国家竞争政策的改革，并出台了四项原则：首先，市场参与者从事的市场活动不能违背公共利益，不能存在反竞争的行为；其次，实施统一的政策和法规，对所有市场参与者一视同仁，以此来规范市场行为¹；第三，如若存在反竞争行为，但是符合公共利益，对此类行为应当进行公开、透明、有效的评价和审查；第四，对现行政策进行改革，对原有的不必要的贸易障碍和竞争障碍逐步取消，

¹ OECD Guidelines on corporate governance of State-owned Enterprise , Available via www.oecd.org/daf/corporate-affairs/soe/guidelines.

对联邦和州政府当前的复杂关系，着手建立统一开放的市场¹。直到1994年，澳大利亚政府通过颁行三项协议²，在国内正式确立并开始实施国家竞争政策，与国家竞争政策实施相关的国家机构包括两个，一个是澳大利亚竞争和消费者委员会（Australian Competition and Consumer Commission, 简称 ACCC），另一个是澳大利亚国家竞争委员会（The National Competition Council, 简称 NCC），前者具备权威性和独立性，是执行管理国家竞争政策的唯一机构，后者仅承担咨询的责任，同时肩负着监督各地政府实施国家竞争政策情况的任务。

澳大利亚的国家竞争机制中最有亮点的地方，当属它的竞争支付（Competition Payments）制度。依托《执行协议》，澳大利亚建立起了科学完备的竞争支付制度。首先，依据情况不同采取不同的支付方式。一般情况下，只要地方政府实施了竞争评估，履行了相应的审查义务，联邦政府就会对其给予一定的财政补助，弥补其在实施竞争评估之时付出的成本，不至于使当地人民因制度的审查降低生活质量，并使当地人民共享制度实施后的红利，支付金额主要依据人口数量、物价水平等综合考量，每年重新制定金额标准。而在特殊情况下，由于在实施竞争评估时考虑不周或者客观情况当时不存在而后又造成不良影响，对于特殊群体，以具体问题具体分析、不妨碍改革顺利进行的方式予以特殊支付。其次，明确金额发放的条件。若地方政府能在规定的时间内完成竞争评估并对相关规定进行改革，在实际工作中落实竞争评估的相关行为准则，积极落实澳大利亚政府委员会制定的协议，则可对其进行支付金额的发放。最后，由 NCC 管理竞争支付款，管理竞争支付的评估制度。NCC 依照发放金额的标准对各地的竞争评估实施情况予以审查，并依据审查结果向联邦财政部长提出是否拨款的建议，审查过程结果公开透明³。在竞争支付制度下，各地能够因为实施竞争评估制度而获益，纷纷有了积极实施竞争评估的内在动力，从而推动了本国竞争评估制度的实施。

二、日本竞争评价制度

日本的竞争评价制度起步较晚。2009年，日本在 OECD《竞争评价工具书》的基

¹ 苏浩开. 澳大利亚推出国家竞争政策[J]. 全球科技经济瞭望, 1996, 2: 11-13.

² 三项协议分别为：《竞争原则协议》、《行为准则协议》以及《执行国家竞争政策和相关改革的协议》（简称《执行协议》）。

³ Jose, Chris and King, Stephen P. and Samuel, Graeme, An Agenda for Australia's National Competition Policy Inquire (November 11, 2013). Available via SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2353806>.

基础上，汲取他国的有益经验，在本国的土壤上谨慎地开始着手建立适合国情的竞争评价制度。2010年，日本总务省行政评价局在日本公正交易委员会（Japan Fair Trade Commission，简称JFTC）的协助下，公布竞争影响评价的实施方案，至2011年，日本的竞争评价制度最终建立。

日本的竞争评价制度并不是一套单独的制度，而是与政策评价制度、政策的事前评价制度共同构成了一套完整的政策评价体系。政策评价制度于2001年成立，由于时代的发展变化，政策一定会有与时代不相适应的部分，政策评价制度就是对这一不相适应的部分予以协调的制度，根据政策的实施效果积极调整政策。政策的事前评价制度是日本在借鉴多国实施的RIA制度分析方法的基础上建立的，即客观分析一项政策实施时可能会带来的成本及收益，并将分析结果向社会公开，使政策制定客观、透明化。竞争评价制度是在政策事前评价时，以竞争状况为标准进行考量，当政策的设、改、废会对竞争状况造成影响时，该影响应当纳入政策的考虑范围，以提高政策的质量。三者之间的关系表现在：政策评价制度分为政策的事前评价和政策的事后评价，竞争评估制度的实施前提是政策的事前评价制度，而政策的事前评价制度前提则是政策评价制度，在对政策的成本收益中的“其他社会成本”分析时，将竞争状况作为一项重要的社会成本纳入考量。

日本竞争评价制度有着坚实的法律基础及完善的政策配套措施，如《政策评价法》、《竞争评价 Checklist 活用手册》、《规制事前评价实施指南》等等，使各部门在制度落实时有科学、完善、权威的依据，同时又注重信息公开，接受相关部门及公众的监督，由此促进制度的良性运作。

三、欧盟国家援助控制制度

1957年，在原欧洲煤钢共同体基础上，法国、荷兰等六国签署《建立欧洲经济共同体条约》，即“罗马条约”，罗马条约中吸纳了公平竞争的理念，后成为欧洲各国构建市场机制、参与市场活动的重要原则之一，依据公平竞争的理念，各国合理构建起竞争高效的市场机制，欧盟也第一次以法律的形式确立了公平竞争¹。目前关于竞争政策的规定主要见于现在欧盟运行条约的第107-109条。其中的欧盟国家援助控制制度则是竞争政策中的亮点。

国家援助（State Aid）是指一国通过对企业提供国家资源的方式，使得该企业

¹ 靳静. 公平竞争审查制度的欧盟路径[J]. 中国价格监管与反垄断, 2016, 2:25-28.

的运行成本降低，在竞争中获取了优势地位。某一国家的这一行为因为会扭曲竞争，影响成员国之间的公平交易，割裂统一市场，从而成为竞争法规制的对象¹，也是国家援助控制制度的建立初衷。一国如果对某一特定的企业或者行业提供财政补贴、实施控股、提供优惠政策等，并使该企业或者行业因此受益，对竞争机制造成了扭曲，则构成了实施国家援助行为的条件，要受到国家援助控制制度的制约。

国家援助控制制度的特征表现为：一是实行外部审查、直接审查。成员国不得直接实施国家援助的相关行为，在实施前需要向欧盟提交申报，由欧委会竞争总司依照标准及程序对成员国的申报进行审查，成员国不得在未获取欧委会竞争总司批准前实施国家援助行为。二是采取原则禁止和豁免实施相结合的实施方式。原则上，欧盟禁止各成员国实施国家援助行为，此处援引了“本身违法”原则，只要成员国实施的行为满足了国家援助的条件，除非该行为符合欧盟运行条约中关于法定豁免以及经审批可以豁免的规定，否则即视为其该项援助制度违法。但是国家援助控制制度也设置了豁免的情形，一个是法定豁免，在三种情形下国家援助可以法定豁免：援助具有社会公益性质，在尊重商品原产地的基础上对特定消费者实行的援助；为赈灾、挽救因意外事件造成的损失施行的援助，但是援助金额应以损失补偿的最低规模为限；对因德国分裂造成的地区经济落后提供的援助。成员国经自查属于法定豁免的情形即可自行开展国家援助。另一个是经审批可以豁免的情形，包括但不限于失业援助、出于对文化遗产的保护进行的援助、出于对某国严重经济动荡的援助等。

欧盟的国家援助控制制度不仅保证了国家援助的良性开展，也为欧盟这个超级大市场各成员之间、成员国与共同体之间可能产生的诸多问题提供了好的解决工具，对于欧盟及各成员国的经济发展起到了良好的推动作用。

四、美国竞争评估制度

美国 1890 年制定了规制反竞争行为的法律——《谢尔曼法》，这为其制定竞争相关的法律提供了有益经验，同时该法律并没有将政府机关排除在规制对象范围之外，这可以作为规制政府干预市场行为的法律依据。美国以竞争倡导作为落实竞争政策的方式之一，竞争倡导包括提倡发布真实信息、发布竞争影响评估报告等等，竞争评估制度也是其中的一种工具。美国在权力配置上奉行权力的分立与制衡，受

¹ 孔少飞. 欧盟的国家援助制度及其借鉴[J]. 欧洲研究, 2006, 3:88-102.

其影响，美国在构建竞争评估制度时对于权力主体的设置也是采取“双机构”的模式。

美国“双机构”模式下的权力主体分别为：联邦贸易委员会（Federal Trade Commission，简称FTC）和司法部（Department of Justice，简称DOJ）。FTC以《美国联邦贸易委员会法》中的相关规定为依据，对于州和联邦的立法机构作出的已生效或者即将颁布的法律法规进行审查，凡涉及市场准入门槛的法律法规一律审查，评估结果以法律意见书或者竞争影响报告的方式发布。DOJ以联邦司法部的相关组织法为依据，对于其他联邦机构及相关部门涉及限制竞争的行为主动开展竞争评估，并发布相关的评估意见。在进行评估时，会对政策的成本和效益采取系统性的分析，成本是关键，只有政策的实施可以产生正向效益时，这一制度才是合理的、可以出台并实施的。当然，尽管两个机构各有分工的，但也会存在职能冲突的情形，为协调职能冲突，美国规定，对于该事项双方须列举各自在该领域内五年的经验，最终决定由谁负责该事项。

美国竞争倡导涵盖的多项制度中，竞争评估制度是其中唯一一个直接针对立法行为予以规制的制度。短期内美国的法律制度将会受到竞争评估制度的影响而发生一系列的改变，但是长远来看，则有利于美国建立起公平公正的市场竞争秩序，为消费者带来更多的福祉，促进美国经济的发展。

第二节 对我国公平竞争审查制度完善的启示

无论是普通法国家还是大陆法国家，无论是发达国家还是发展中国家，解决“市场失灵”“政府失灵”的问题，协调政府与市场之间的关系，都是各国面临的共同难题。基于此，各国纷纷结合国情建立起属于本国的竞争评估制度，各国的制度设计对于完善我国的公平竞争审查制度也有一定的借鉴意义。

一、建立利益激励机制

一般而言，利益激励机制会调动政策执行者实施制度的积极性，推动制度的正常、有效运行。当前我国的公平竞争审查制度是国务院及其各部委、地方政府及其各部门采取以自我审查为主的方式运行的，这种方式尤其需要上述部门积极主动地

进行自我审查以推动制度的运行，但是现实却是上述部门尤其是地方各级政府缺乏审查意愿（详见“上文第二章第一节”，此处不再赘述）。因此，要调动相关部门的积极性，引入利益激励机制或许是一个好的选择。此时可以借鉴澳大利亚的竞争支付制度，由中央机关审核各地审查工作的履行情况是否得当，如果履行得当，则获得一定的财政资金，反之则不能，也可结合我国的实际情况，给予部门工作人员的绩效考核奖励等。

利益激励机制的引入能够打破公平竞争审查制度实施中利益博弈的局面，促进制度的推行和实施，从长远来看也能够使国家、消费者、社会等享受到制度实施的成果。

二、建立科学、完善的竞争评估制度

日本在借鉴他国经验，结合本国国情后，逐步建立起属于本国的政策评价先相关制度，政策评估制度、政策的事前评价制度以及竞争评价制度三者相互关联，一个制度是另一个制度的前提和基础，共同构成一个完整的政策评价体系，并在其中引入 RIA 制度，使得制度设计层层递进，更具科学性。美国也建立起属于本国的竞争倡导体系，竞争评估制度中引入 RIA 制度，对政策的竞争状况进行成本及收益分析，决定政策是否推行。这对我国公平竞争审查制度的完善无疑有着指导意义。

自 2016 年我们正式建立公平竞争审查制度后，这一制度建立和推行已经经历了五个年头，制度设计和实施方面均有了改善，但是审查标准等方面仍缺乏科学性，未来我国的公平竞争审查制度需要在更高层面加强顶层设计，可借鉴日本科学严谨的制度架构并结合我国国情，使我国公平竞争审查制度更具科学性，与我国的国情相契合。

三、在全面审查之下针对重点领域进行审查

欧盟实行国家援助控制制度，在竞争政策的全面实施下，突出对国家援助这一领域的审查，这种方式值得我们借鉴。我国的公平竞争审查制度对存量政策法规及增量政策法规均进行审查，但有所侧重，将增量政策法规作为重点进行审查，这一方面还有可以进一步完善的地方，即我们可以针对问题较多、与民生相关的重点领域进行审查，如政府补贴、税收优惠等等。我国在实施公平竞争审查之时，既要始终坚持全面审查原则，也应当注重针对重点领域进行优先审查，以此提升审查效率，

推动公平竞争审查制度的运行。例如之前各地均颁布相关规定限制网约车的发展其实有限制竞争的嫌疑，对于这类与民生相关的重点领域可纳入重点审查的范围，为消费者带来福祉。

第四章 完善我国公平竞争审查制度的建议

第一节 提高政策制定机关审查意愿及能力

尽管学界存在诸多质疑自我审查方式的声音，但是笔者认为，我们的公平竞争审查制度在相当长的时间内仍需以自我审查的方式为主，原因在于：一方面，我国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储量较大，如果交由其他的专门机构负责，则必然会陷入审查效率低的局面，而政策制定机关本身对自己出台的规章、规范性文件和其他政策措施较为熟悉，能够提高审查效率；另一方面，让政策制定机关自我审查，也是其竞争意识提升和政策制定能力提升的过程，有利于政策制定机关更好地尊重市场规律，促进市场竞争。“自我审查方式符合我国当前法律、行政管理体系的现实情况，在二者之间建立了有效沟通，使制度运行的人力物力财力大幅降低，也使制度能够快速发挥其应有的功效，是对行政机关立法活动的规制，也是解决行政垄断的有效举措”¹。因此，当前我们更需要对自我审查的方式予以完善使其更好地运行下去。

一、建立有效的激励机制提高审查意愿

针对政策制定机关“不想”开展公平竞争审查，缺乏审查意愿的问题，需要建立有效的激励机制。由于公平竞争审查制度的实质在于使政策制定机关主动发现自己的错误并予以纠正，因此需要以激励机制赋予政策制定机关积极主动审查的动力。公平竞争审查制度确实会使政策的实施更加高效、合理，但是那是间接利益、长远利益，在GDP与绩效考核挂钩的情形下无法给予政策制定机关的公职人员以足够的动力，因此，必须构建能使政策制定机关及公职人员从实施公平竞争审查中直接获益的激励制度。

一方面，既要注重对政策制定机关的奖励，也要注重对公职人员的奖励。因目前政策制定机关与公职人员各有单独的评价体系，惩罚机制各自独立，奖励机制也应分开设置。对于政策制定机关，应当给予财政的补助与奖励，在针对政策制定机

¹ 孙晋，阿力木江·阿布都克尤木. 公平竞争审查引入第三方评估的重要性及其实现[J]. 江海学刊，2020，2:158-164.

关的公平竞争审查情况进行全面评估后，对于政策制定机关实施公平竞争审查制度的成本进行适当补助，同时对于实施较好的情况应当给予相应的奖励，后续则每年重新评估确定具体金额，同时在政府绩效考核中也应当纳入相应的奖励机制。对于公职人员，可以采取物质奖励与非物质奖励¹并重的方式，设置奖金机制，同时采取表彰的方式，给予公职人员荣誉称号等。

另一方面，结合公平竞争审查制度，设置完备的奖励条件。具体可从如下方面予以考量：存量政策的清理比例，增量政策的审查情况，审查及清理的信息公开情况，委托第三方评估的情况，政策实施后的逐年评估情况等等。并依据上述条件，设置不同的奖励等级，以此激励政策制定机关积极实施公平竞争审查制度。

二、提高审查能力

针对政策制定机关“不能”进行自我审查的情况，亟需提升政策制定机关审查能力，在这一方面，OECD 已有了相关方面的工作经验，在《竞争评估工具书》中专门有关于培训工作的规定，称其为“最佳实践培训”（Best-practice training），认为公平竞争审查制度得以成功实施离不开最佳培训实践，公平竞争审查涉及许多经济学领域的知识，而大多数政策制定机关不具备这一方面的专业知识，如果不对其进行相关培训，则审查后无法得出有效的评估结论。我国自公平竞争审查制度实施后，从中央到地方已经在实践中开展了一定的培训工作，如公平竞争审查制度培训班、培训会等等。这些培训对于制度的普及以及审查水平的提升，但还有需要进一步完善的地方。

一方面，要重视对政策制定机关人员的培训。目前的培训多为反垄断执法机构针对地方反垄断执法部门开展，真正得到提升的是从事反垄断执法工作的相关人员，而在审查一线的政策制定机关却没有得到相应的培训，因此，应当重视对政策制定机关工作人员开展培训工作。

另一方面，应当邀请经验丰富的人员来进行培训。目前的培训工作是学者介绍制度、执法系统相互交流为主，缺乏有丰富公平竞争审查实践经验的人担任老师进行培训。鉴于国外在相关领域已取得较为丰富的经验，我们可以邀请国外专门机构的人或者专门研究并实践公平竞争审查制度的人来担任培训老师，在我国制度开展深入后，便可在部门间进行公平竞争审查工作的交流学习。

¹ 我国《公务员法》第 48 条规定，对公务员的奖励，坚持精神奖励与物质奖励相结合、以精神奖励为主的原则。

第二节 对存量及增量政策一并审查

针对公平竞争审查制度在审查时区别对待存量政策和增量政策以及由此产生的逻辑悖论问题，笔者认为，应当在审查时同等对待存量政策和增量政策，兼顾对上位法的审查，以及在全面审查的前提下重视对重点领域相关政策的审查。

首先，同等对待存量政策和增量政策。由上文分析可知，当前我国存量政策的数量远超出增量政策，很多政策的实施时间较长，对于竞争秩序、市场经济发展的阻碍已经根深蒂固，因此，当下许多对于存量政策加紧审查，对二者区别对待的态度要逐步向同等对待转化，对于废止的相关规定也应当及时公布，保护公民的合法权益。

其次，兼顾对上位存量政策的审查。许多政策法规的出台往往有着上位政策法规的依据，如只对某一项政策法规进行审查，缺乏对其上位依据的审查，实际上并未完全起到规制垄断行为的作用。“对上位存量政策进行审查，是从源头上控制了影响市场竞争的行政垄断行为，也使得增量政策出台时因缺乏上位法的依据而无法出台限制竞争的规定，因此应当尽量废止那些严重影响竞争的上位存量政策”¹。

最后，在全面审查的前提下，突出对重点领域的审查。我们可以借鉴欧盟的国家援助控制制度，对于我国重点领域进行着重审查，如我国的政府补贴领域。同时，应当多加听取民意，对于与民生相关的领域，也应当着重审查。

第三节 规范例外规定的情形及设定权

一、调整例外规定的情形

首先，国家安全应当归为豁免的情形。当前《意见》列举了四类例外规定情形，其中之一便是国家安全，国家安全的政策置于任何一个政策体系中都应该处于基础性的地位，只有国家安全得以实现，其他的政策才能有实现的条件和环境，而目前例外规定中将国家安全置于公平竞争审查中，同时还提出了制约性的要求，需逐年评估、要有实施期限、要适当性限制竞争等等，这一做法并不利于国家安全的实现。且公平竞争审查制度作为对行政垄断的事前规制，应当与《反垄断法》做好对接，

¹ 李慧敏. 日本竞争评价制度考察及对我国公平竞争审查制度的相关建议[J]. 经济论丛, 2017, 2: 200-201.

涉及国家安全的考量时，应当参考《反垄断法》的相关规定，《反垄断法》中承认了部分领域国家垄断的合理合法性，那么公平竞争审查制度应当与其保持一致，而不是将国家安全纳入竞争机制的审查中。

其次，例外规定具体化、动态化。一方面，公平竞争审查制度在作出例外规定时应当更加具体化，既要对外例规定的具体情形详细列举，如社会保障、科技创新、环境保护等，也要明确判断的标准，而不是笼统列举，给予政策制定机关较大的自由裁量权。另一方面，例外规定需动态化，不断调整。当前时代发展速度快，国内国际形势多变，政治、经济、文化、社会、生态等领域在不同时期对于国家利益和社会利益的影响是不同的，因此，对于公平竞争审查的例外规定来说，也应当动态化地调整，而非一成不变，要跟随时代、局势发展变化动态调整；此外，可以采用“成本-收益分析法”，分析政策出台前的所产生的收益，对比政策出台后产生的收益，同时考量实施的成本，综合三项来看以决定是否对政策予以调整。

最后，强化替代方案的运用。政策制定机关肩负着维护公共利益、增进社会福利的重要责任，在出台政策时也应当慎重，要运用科学的标准制定，将对竞争的影响作为成本考量，从多个角度进行分析，与多个替代方案进行比较，从中选取最佳方案才可以推出该政策。政策制定机关应当尽量平衡社会利益与市场竞争，而不是在触及例外规定的情形时直接将一项政策排除在审查范围之外。

二、限缩例外规定情形设定权

当前，公平竞争审查制度的目的在于对政策制定机关的行政权力予以控制，但是在例外规定之中又允许行政法规设置例外规定的矛盾情形，解决的办法要么是将公平竞争审查不再审查行政法规草案等文件，将其排除在审查范围之外，要么限缩例外规定的“设定权”，行政法规只能依照法律的规定，不能自行设置例外规定。公平竞争审查制度的出台是规制行政垄断行为的勇敢且有益的尝试，既然已经迈出这一坚实的一步，就应当继续收紧行政垄断的口子。因此，笔者认为，应当不再允许行政法规设置例外规定的情形，将这一权力交由且仅由法律行使。实际上，通过对于例外规定的不断完善，允许行政法规设置例外规定也确无必要。

第四节 健全制度实施的保障机制

一、完善外部监督机制

一方面，建立完善的自我审查审核机制。我们可以借鉴韩国“两步走”的审查模式：先由管制机构对于政策影响竞争的情况进行评估，而后交由韩国公正交易委员会（Korean Fair Trade Commission，简称KFTC）进行深入评估；如在第一步认为该政策不会产生排除、限制竞争的效果，则由KFTC审核该结果的合理性，如果该结果正确则终止程序，如若KFTC认为具有排除、限制竞争的效果，则由KFTC对该制度进行深入评估。这种审查模式保证了审查结果的合理性、专业性。笔者认为，我们应当充分发挥我国反垄断执法机构的能动性和专业性，使反垄断执法机构积极参与到公平竞争审查制度的审核环节中，可由反垄断执法机构在政策制定机关形成评估报告后进行随机抽查，对评估结果进行二次、深入审核，由此起到监督作用。

另一方面，做好对公众的宣传、教育工作，相关信息公开透明化，畅通多渠道的举报机制。要对与政策息息相关的公众，尤其是从事市场活动的上下游的经营者、相关的消费者，做好公平竞争审查制度的宣传教育工作，明晰工作的内容及效果，使其知晓其中的利害关系，鼓励公众积极参与到对公平竞争审查制度的监督工作中，并为公众开设多渠道的举报机制，对于群众反映的问题应当重点关注、及时处理。做好对公平竞争审查相关信息的公开透明工作，对于透明化较低的政策制定机关应当追究其责任。

二、优化第三方评估机制

一方面，应当将第三方评估机制强制化、法律化。第三方评估机制对于公平竞争审查制度实施确有裨益，但是目前鼓励性的运作方式易使其形式化。应当使第三方评估机制强制化、法律化。目前应当在《意见》《实施细则》（暂行）中做出强制性的规定并吸纳《评估实施指南》的相关内容，而后在《反垄断法》修改之时将其纳入法律之中，作为强制实施的一项制度保障公平竞争审查制度的有效落实。而在对第三方评估制度予以强制化、法律化后，也应当明确实施第三方评估制度的责任主体以及实施不力的相应措施。

另一方面，构建跨区域的第三方评估队伍。当前我国开展公平竞争审查时的专业力量分配不均，总体而言东部发达地区集中了绝大部分的专业力量，因而会使得第三方评估队伍的建设层次不齐，我们可以利用互联网等建立起跨区域的第三方评

估队伍，各区域之间做好信息的交流与分享工作，政策制定机关也应当及时为第三方评估机构提供国家秘密、商业秘密除外的相关信息。

三、建立有效的惩罚机制

较低的违法成本下违法成本易发生，因此需要建立加大处罚力度，建立有效的惩罚机制。欧盟的国家援助控制制度就是采取有力的惩罚机制与之制度相配，如果相关主体不配合提供有效信息，则该主体的责任将增大；对于已实施的国家援助行为，如果产生了扭曲竞争的效果，则要求暂停甚至追回援助等等，这些都是我国构建惩罚机制的有益经验。

我国在构建公平竞争审查制度时，一方面应当对于责任内容进一步完善，政策制定机关“不想”实施公平竞争审查，消极审查、拒绝审查，故意出台扭曲竞争的政策法规等行为且拒不改正的，以及严重违反公平竞争审查程序的行为纳入责任范围，对于责任的设置必须到位，可先引入免责、引咎辞职、罢免等机制，并对于处罚结果要及时公布，还可以在未来制度纳入法律之时，在现有立法的基础上确立行政垄断的国家赔偿责任等；另一方面，对于违法实施的对于企业补贴等行为，对于给予的优惠应当及时追回，防止政策制定机关以财政补贴及优惠等形式使政策措施逃离公平竞争审查制度的审查。

第五节 实现公平竞争审查制度法律化

一、在《反垄断法》中纳入公平竞争审查制度

目前我国的《反垄断法》正在修改，许多学者认为应当在新《反垄断法》中纳入公平竞争审查制度¹，2020年公布的《反垄断法》修正案征求意见稿中也确有公平竞争审查制度的规定。笔者对此持赞成观点，目前我国的《反垄断法》中已有关于规制行政垄断行为的相关规定，但是属于事后监管，而公平竞争审查制度是对行政垄断行为的事前控制，二者应当结合起来形成一套规制行政垄断行为的全流程制度。在将公平竞争审查制度纳入《反垄断法》中时应当注意做好现有规定的对接，在审查对象、责任形式等方面应当做到统一一致。另外，在修改《反垄断法》时，对于

¹ 参见戴龙，黄琪，时武涛。“庆祝《反垄断法》实施十周年学术研讨会”综述[J]. 竞争政策研究，2018，4.

第 51 条第 2 款应予以修改，当前《反垄断法》规定法律、行政法规对行政垄断行为另有规定的遵其规定，而《反垄断法》是为规制垄断行为而专门出台的法律，在规制行政垄断行为方面也应当更具权威性、效力也应当最高，因此笔者认为，在《反垄断法》吸纳公平竞争审查制度、进行法律修改之时，对于此款应重新考量或予以删除。

二、完善配套规则体系

目前各国均有自己的《反垄断法》，但是立法时采取的立法模式都是原则性的条款，我国在选取立法模式时也是采取的此种模式，原因在于规制垄断行为具有极强的专业性，往往需要用到一些经济学、统计学的知识如一些分析方法等，在《反垄断法》中对这些予以明确会使得执法时缺乏灵活性，而原则性立法的模式则可以保有一定的灵活性，但是这种方式也有其弊端，即缺乏一定的操作性。即使未来《反垄断法》修订后将公平竞争审查制度纳入其中，也只是原则性的规定，目前公布的《反垄断法》修订草案即是如此。

因此，要弥补缺乏操作性的弊端，可以在《反垄断法》修订后出台《公平竞争审查条例》具体化公平竞争审查制度的适用规则，或将现有的《实施细则》（暂行）对照新修订的《反垄断法》予以修缮，作为未来开展公平竞争审查的配套规则，成为公平竞争审查制度实施的重要支撑。

结 语

公平竞争审查制度有着深厚的控权理论、竞争理论等的理论根基，其出台源自控制政府干预经济的权力、弥补当前行政垄断不足的需要，且这一政策的出台有利于协调竞争政策与产业政策。然而公平竞争审查制度在我国还处于刚起步的阶段，其自身存在着许多不足。以自我审查为核心的审查方式对于我国国情而言确有其合理性和可行性，但是也存在政策制定机关缺乏审查意愿及能力的不足；在审查对象方面未能同等对待存量政策和增量政策，并由此造成了一定的逻辑悖论；例外规定方面存在着需要细化和完善的问题；监督机制流于形式，第三方评估制度缺乏强制性、操作性，法律责任力度较弱；公平竞争审查制度因依据的规范性文件层级较低而导致运动化、碎片化的问题，效力弱化。

未来我国的公平竞争审查制度需要进一步的完善。在审查方式方面，通过开展实务培训等提升政策制定机关的审查能力，制定激励机制促进政策制定机关积极开展审查；在审查对象上应当对存量政策和增量政策同等对待，对于例外规定应当更加精细化，调整例外规定的情形并限制只允许法律制定公平竞争审查制度例外情形；做好保障公平竞争审查制度实施的工作，多方位完善外部监督机制，加大法律责任的力度，将第三方评估制度强制化、法律化。在未来，通过将公平竞争审查制度纳入相关法律，制度将会更具科学性、权威性，也将进一步发挥好其规制行政垄断行为的效果。

参考文献

一、著作类

- [1] 汪江华. 中国行政法（总论）[M]. 武汉：武汉大学出版社，2012.
- [2] 徐士英. 竞争政策研究——国际比较与中国选择[M]. 北京：法律出版社，2013.
- [3] 刘桂清. 反垄断法中的产业政策与竞争政策[M]. 北京：北京大学出版社，2010.
- [4] 丁茂中. 竞争维护的路径及其实施问题[M]. 北京：中国法制出版社，2017.
- [5] 丁茂中. 竞争秩序的法律治理问题研究[M]. 北京：中国法制出版社，2018.
- [6] 段宏磊. 产业法与竞争法二元互动视阈下的反垄断法适用除外制度研究[M]. 武汉：武汉大学出版社，2019.
- [7] 董笃笃. 竞争政策法制化研究[M]. 北京：法律出版社，2017.
- [8] 邓志松. 论行政垄断成因、特点及法律规制[M]. 北京：法律出版社，2017.
- [9] 丁茂中. 竞争中立政策研究[M]. 北京：法律出版社，2018.
- [10] 吴小丁. 反垄断与经济发展：日本竞争政策[M]. 北京：商务印刷社，2006.
- [11] 彭海涛. 公平竞争制度选择[M]. 北京：商务印刷社，2006.

二、期刊类

- [1] 张占江. 中国法律竞争评估制度的建构[J]. 法学，2015，4.
- [2] 王贵. 论我国公平竞争审查制度构建的基准与进路[J]. 政治与法律，2017，11.
- [3] 孟雁北. 中国竞争倡导制度对国际经验的借鉴与创新——以公平竞争审查制度为例[J]. 中国市场监管研究，2018，9.
- [4] 黄彦钦. 公平竞争审查例外规定的功能定位与完善路径[J]. 深圳社会科学，2020，4.
- [5] 焦海涛. 公平竞争审查制度的实施激励[J]. 河北法学，2019，10.

- [6] 张玉洁, 李毅. 公平竞争审查制度构建的价值维度与实践进路[J]. 学习与实践, 2018, 6.
- [7] 王健. 政府管制的竞争评估[J]. 华东政法大学学报, 2015, 4.
- [8] 张连海. 公平竞争审查制度的学习思考[J]. 中国价格监管与反垄断, 2020, 6.
- [9] 李俊峰. 公平竞争自我审查的困局及其破解[J]. 华东政法大学学报, 2017, 1.
- [10] 时建中. 强化公平竞争审查制度的若干问题[J]. 行政管理改革, 2017, 1.
- [11] 孙晋, 阿力木江·阿布都克尤木. 公平竞争审查引入第三方评估的重要性及其实现[J]. 江海学刊, 2020, 2.
- [12] 陈灿祁, 叶蜜. 公平竞争审查制度的优化路径研究[J]. 中国价格监管与反垄断, 2018, 2.
- [13] 丁茂中. 论我国公平竞争审查制度的建立与健全[J]. 竞争政策研究, 2017, 2.
- [14] 张一武. 公平竞争审查制度的形式化问题研究[J]. 中国价格监管与反垄断, 2020, 8.
- [15] 吴汉洪, 权金亮. 日本、韩国的竞争评估制度及对中国的启示[J]. 中国物价, 2016, 4.
- [16] 周海涛. 欧盟国家援助制度的现代化及其借鉴[J]. 河北法学, 2016, 8.
- [17] 郑鹏程, 黎林. 澳大利亚公平竞争审查中的竞争支付制度及其启示[J]. 价格理论与实践, 2017, 11.
- [18] 苏浩开. 澳大利亚推出国家竞争政策[J]. 全球科技经济瞭望, 1996, 2.
- [19] 樊瑛. 澳大利亚的国家竞争政策及其启示[J]. 国别经济, 2002, 6.
- [20] 叶高芬. 澳大利亚行政性垄断规制及其启示——基于“国家竞争政策”的解读[J]. 中国社会科学院研究生院学报, 2015, 3.
- [21] 周丽霞. 澳大利亚竞争政策及其审查机制给我国带来的启示[J]. 价格理论与实践, 2016, 9.
- [22] 王一平. 简析竞争推进的域外实践及对我国实施公平竞争审查制度的借鉴意义[J]. 中国价格监管与反垄断, 2017, 2.

- [23] 朱凯. 对我国建立公平竞争审查制度的框架性思考[J]. 中国物价, 2015, 8.
- [24] 靳静. 公平竞争审查制度的欧盟路径[J]. 中国价格监管与反垄断, 2016, 2.
- [25] 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[J]. 价格理论与实践, 2016, 4.
- [26] 孔少飞. 欧盟的国家援助制度及其借鉴[J]. 欧洲研究, 2006, 3.
- [27] 王健, 汪望宇. 美国竞争倡导制度研究——兼论我国如何导入竞争倡导制度[J]. 经济法论丛, 2014, 2.
- [28] 叶光亮. 公平竞争审查制度: 统一政府调控与市场规律的润滑剂[J]. 中国价格监管与反垄断, 2016, 1.
- [29] 史际春, 赵忠龙. 竞争政策: 经验与文本的交织进化[J]. 法学研究, 2010, 5.
- [30] 王先林. 竞争政策的基础性地位及其主要实现路径初探[J]. 中国价格监管与反垄断, 2016, 5.
- [31] 孙晋, 钟瑛嫦. 竞争政策的理论解构及其实施机制[J]. 竞争政策研究, 2015, 11.
- [32] 马锋, 唐经伦. 公平竞争审查制度实施下竞争政策与产业政策关系问题研究[J]. 中国价格监管与反垄断, 2017, 6.
- [33] 孙晋. 新时代确立竞争政策基础性地位的现实意义及其法律实现——兼论《反垄断法》的修改[J]. 政法论坛, 2019, 2.
- [34] 于立, 刘玉斌. 中国市场经济体制的二维推论: 竞争政策基础性与市场决定性[J]. 改革, 2017, 1.
- [35] 黄勇. 论中国竞争政策基础性地位的法治保障[J]. 经贸法律评论, 2018, 1.
- [36] 孟雁北. 产业政策公平竞争审查论[J]. 法学家, 2018, 2.
- [37] 王先林. 强化竞争政策基础地位背景下的公平竞争审查和竞争执法[J]. 中国市场监管研究, 2020, 6.
- [38] 王先林, 丁国峰. 反垄断法实施中对竞争政策与产业政策的协调[J]. 法学,

2010, 9.

[39] 丁茂中. 公平竞争审查的激励机制研究[J]. 法学杂志, 2018, 6.

[40] 王磊. 比例原则下公平竞争的深入审查[J]. 西安交通大学学报·社会科学版, 2017, 6.

[41] 孙晋. 新时代确立竞争政策基础性地位的现实意义及其法律实现——兼论〈反垄断法〉的修改. 政法论坛, 2019, 2.

[42] 郑和园. 公平竞争审查制度中自我审查的理论逻辑及实践路径[J]. 价格理论与实践, 2017, 12.

[43] 谢素芳. 立法监督“利剑出鞘”[J]. 中国人大, 2015, 7.

[44] 丁茂中. 公平竞争审查的激励机制研究[J]. 法学杂志, 2018, 6.

[45] 戴龙, 黄琪, 时武涛. “庆祝《反垄断法》实施十周年学术研讨会”综述[J]. 竞争政策研究, 2018, 4.

[46] 王炳. 公平竞争审查的合宪性审查路径[J]. 法学评论, 2021, 2.

[47] 李慧敏. 日本竞争评价制度考察及对我国公平竞争审查制度的相关建议[J]. 经济法论丛, 2017, 2.

[48] 戴龙, 黄琪, 时武涛. “庆祝《反垄断法》实施十周年学术研讨会”综述[J]. 竞争政策研究, 2018, 4.

三、报纸类

[1] 吴敬琏. 确立竞争政策基础性地位的关键一步[N]. 人民日报, 2016-6-22.

[2] 李韶辉. 推动公平竞争审查制度“落地生根”[N]. 中国改革报, 2017-5-10.

[3] 万静. 公平竞争审查制度落实情况不平衡[N]. 法制日报, 2017-6-14.

[4] 孙晋. 我国反行政垄断立法的最新成果——评《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为暂行规定》[N].

[5] 黄群慧. 竞争政策应居于市场主导地位[N]. 中国经济时报, 2019-9-25.

[6] 戎素梅. 让公平竞争审查制度更好地落地[N]. 中国政府采购报, 2019-9-27.

[7] 孙考利, 刘澜晶. 如何保障公平竞争审查制度更好地实施[N]. 中国市场监管报, 2019-12-17.

[8] 郝身永. 加强竞争政策与产业政策协同[N]. 学习时报, 2020-8-5.

四、外文类

[1] Jose, Chris and King, Stephen P. and Samuel, Graeme, An Agenda for Australia' s National Competition Policy Inquire (November 11, 2013). Available via SSRN:<http://ssrn.com/abstract=2353806>.

[2] Biondi, Andrea, Piet Eeckhout and James Flynn (ed). The law of state aid in the European Union[M]. Oxford: Oxford UP, 2004.

[3] Bishop, S. and Walker, M. . Economics of EC Competition Law[M]. London: Sweet and Maxwell, 1999.

[4] OECD Guidelines on corporate governance of State-owned Enterprise , Available via www.oecd.org/daf/corporate-affairs/soe/guidelines.