

新《反垄断法》解析系列文章之七 — 公平竞争审查制度与统一大市场构建

作者：公司合规部

《反垄断法》修正草案（二次审议稿）已于 2022 年 6 月 24 日由全国人大常委会正式审议通过，将于 2022 年 8 月 1 日起正式实施（“新《反垄断法》”）。这是《反垄断法》立法近 15 年以来的首次修订，也是自 2018 年起国务院反垄断委员会将《反垄断法》修订工作列入工作计划后，酝酿近四年的立法成果。此次《反垄断法》修订总结了反垄断执法经验，借鉴国际经验，并结合国内市场发展现实，对反垄断相关制度规则作了进一步完善，体现了国家制定和实施与社会主义市场经济相适应的竞争规则，健全统一、开放、竞争、有序的市场体系的决心与方向。

为了帮助大家了解立法动态与变化，对于本次《反垄断法》修订的主要内容，我们现以系列专题文章的形式进行逐一解读。本文将重点解读实务中一个备受关注的话题：公平竞争审查制度与统一大市场构建。

随着我国经济体制转轨与市场结构的完善，竞争政策逐渐走向前台，引发了一系列关于竞争政策地位与实现路径的讨论；其中，公平竞争审查制度被认为是竞争政策的重要抓手，而且其目的是限制政府行为的。对此，新《反垄断法》在法律层面增加了“强化竞争政策基础地位”，并且进一步规定“国家建立健全公平竞争审查制度”，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，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”，释放我国深入推行竞争政策和推进统一大市场构建的信号。本文将对公平竞争审查制度写入新《反垄断法》这一修订进行简要介绍及探讨。

一、公平竞争审查制度概述与发展历史

公平竞争审查指行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织对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，从维护全国统一市场和公平竞争角度，进行的自我审查。公平竞争审查的出台旨在从源头遏制政策制定机关从事排除限制竞争的行为。

公平竞争审查制度在我国的基本发展脉络如下：

- 2015 年 3 月，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》提出，探索实施公平竞争审查制度；
- 2015 年 6 月，国务院《关于大力推进大众创业万众创新若干政策措施的意见》明确提出，加快出台公平竞争审查制度；

- 2016年6月，国务院发布《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》，实现了公平竞争审查制度从无到有的“蜕变”，初步形成了公平竞争审查制度的基本框架；
- 2017年10月，国家发展改革委、财政部、商务部、国家工商行政管理总局、国务院法制办会同有关部门研究制定了《公平竞争审查制度实施细则（暂行）》，明确了公平竞争审查的程序和流程，在《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》的基础上进一步细化妨碍市场竞争的政策措施的审查标准，并明确了监督举报和责任追究问题；
- 2019年2月，市场监督管理总局出台《关于发布公平竞争审查第三方评估实施指南的公告》，鼓励支持政策制定机关在公平竞争审查工作中引入第三方评估，提高审查质量，确保审查效果，推动公平竞争审查制度深入实施；
- 2019年10月，十九届四中全会强调“落实公平竞争审查制度”；同月，国务院出台《优化营商环境条例》，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、行政规范性文件的，应进行公平竞争审查；
- 2020年5月，中共中央、国务院《关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》将公平竞争审查制度视作市场经济基础性制度，要求完善竞争政策框架，完善公平竞争审查制度；
- 2020年10月，十九届五中全会明确提出“健全公平竞争审查机制”；
- 2021年1月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发《建设高标准市场体系行动方案》，提出“增强公平竞争审查制度刚性约束”，“破除区域分割和地方保护”、“推进要素资源高效配置”；
- 2021年3月，国务院编制的《国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》对强化竞争政策基础地位作出专题部署：要求统筹做好增量审查与存量清理、强化公平竞争审查制度刚性约束、完善公平竞争审查细则、持续清理废除妨碍统一市场和公平竞争的规定及做法；
- 2021年7月，市场监督管理总局等五部门修订并发布了《公平竞争审查制度实施细则》，优化了审查机制和程序，完善和细化审查标准的内容和表现形式，以专章形式就公平竞争审查第三方评估进行规定，与《公平竞争审查第三方评估实施指南》相衔接。

虽然近几年来国家对公平竞争审查工作重视程度逐年增强，但在新《反垄断法》出台之前，公平竞争审查制度还仅停留在规范性文件层面。新《反垄断法》在法律层面增加了“强化竞争政策基础地位”，并且明确要求在“国家建立健全公平竞争审查制度”，大大提升了公平竞争审查制度的法律位阶和权威性。

二、公平竞争审查制度的核心规定

虽然新《反垄断法》规定了要建立健全公平竞争审查制度的基本原则，但目前关于公共竞争审查的具体规定都体现在2021年市场监督管理总局等五部门发布的《公平竞争审查制度实施细则》中，本文仅就公平竞争审查制度的核心规定予以简单介绍。

（一）公平竞争审查方式

根据《公平竞争审查制度实施细则》，公平竞争审查主要通过政策制定机关的自查实现。其中，

- 以县级以上地方各级人民政府名义出台的政策措施，由起草部门或者本级人民政府指定的相关部门进行公平竞争审查。

- 以多个部门名义联合制定出台的政策措施，由牵头部门负责公平竞争审查，其他部门在各自职责范围内参与公平竞争审查。

此外，国家建立联席会议工作机制，在中央层面，由市场监管总局、发展改革委、财政部、商务部会同有关部门，建立部际公平竞争审查联席会议，统筹协调和监督指导全国公平竞争审查工作；在地方层面，由县级以上地方各级人民政府负责建立本地区公平竞争审查工作联席会议，统筹协调和监督指导本地区公平竞争审查工作，并向本级人民政府和上一级联席会议报告本地区公平竞争审查制度实施情况，接受其指导和监督。

（二）公平竞争审查标准

根据《公平竞争审查制度实施细则》，公平竞争审查标准包括四个方面的内容，分别是：

1. 市场准入和退出标准，包括：

- 不得设置不合理或者歧视性的准入和退出条件。
- 未经公平竞争不得授予经营者特许经营权。
- 不得限定经营、购买、使用特定经营者提供的商品和服务。
- 不得设置没有法律、行政法规或者国务院规定依据的审批或者具有行政审批性质的事前备案程序。
- 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。

2. 商品和要素自由流动标准，包括：

- 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。
- 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。
- 不得排斥或者限制外地经营者参加本地招标投标活动。
- 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。
- 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。

3. 影响生产经营成本标准，包括：

- 不得违法给予特定经营者优惠政策。
- 安排财政支出一般不得与特定经营者缴纳的税收或非税收入挂钩。
- 不得违法违规减免或者缓征特定经营者应当缴纳的社会保险费用。
- 不得在法律规定之外要求经营者提供或扣留经营者各类保证金。

4. 影响生产经营行为标准，包括

- 不得以行政命令、行政授权、行政指导等方式或者通过行业协会商会，强制、组织或者引导经营者达成垄断协议、滥用市场支配地位，以及实施具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中等行为。

- 得违法披露或者违法要求经营者披露生产经营敏感信息，为经营者实施垄断行为提供便利条件。
- 得超越定价权限进行政府定价。
- 不得违法干预实行市场调节价的商品和服务的价格水平。

三、公平竞争审查制度入法的重要意义

本次《反垄断法》修订引入公平竞争审查制度，将该制度法律化，有望进一步释放该制度的威力；这是我国经济政策调整背景下，基于公平竞争审查的实施情况、行政性垄断的执法现状产生的合理结果。

首先，竞争政策的基础性定位逐步确立。为使市场在资源配置中起决定性作用，竞争政策是顶层设计层面的必然要求。有鉴于此，新《反垄断法》中明确界定了竞争政策与其他经济政策的关系，即竞争政策的基础性地位。要巩固该定位，有赖于公平竞争审查制度这一政策工具的运用：即通过公平竞争审查的事前预防，促进市场竞争友好型产业政策的出台¹；通过公平竞争审查制度的例外规定，协调竞争政策与产业政策。新《反垄断法》引入公平竞争审查制度，展现出我国完善竞争政策，切实强化其基础地位的决心。

其次，现行的公平竞争审查制度存在局限性。公平竞争审查制度的适用仍面临一定困境，例如自我审查的特点导致其实施效果不足、例外规定的适用存在误用等问题²。通过公平竞争审查制度入法，可以提升制度的权威性，从而倒逼政策制定机关有效落实该项制度、并推动后续配套规则的出台或修改。

针对行政性垄断的执法亟需事前审查的补足。“公平竞争审查”与《反垄断法》第五章规制的“滥用行政权力排除限制竞争”联系密切，第五章主要针对已经发生的行政垄断行为，监管模式为事后执法³。在这种情形下，竞争损害已然产生，对垄断行为的规制较为滞后。相较之下，公平竞争审查针对政策制定机关制定中但尚未出台的政策措施，乃事前审查，可以从源头防范行政垄断。在《反垄断法》中引入公平竞争审查制度，完善了竞争政策的体系结构，为后续公平竞争审查与行政垄断的执法之间的衔接与协调作了铺垫⁴。

但是，业界对这一制度的有效性还是有一些疑虑的，主要是该制度的督导和执法单位（主要是国家市场监督管理总局）在中国行政部门序列中的地位还不够高，执法效果目前看还不够理想，法律的威慑力有可能无法充分发挥。

四、公平竞争审查制度赋能全国统一大市场构建

2022年4月，中共中央、国务院出台《关于加快建设全国统一大市场的意见》，明确提出要进一步规范不当市场竞争和市场干预行为，要求完善公平竞争审查制度，研究重点领域和行业性审查规则，健全审查机制，统一审查标准，规范审查程序，提高审查效能；及时清理废除妨碍统一市场和公平竞争的政策，对新出台政策严格开展公平竞争审查；以及制定招标投标和政府采购制度规则要严格按照国家有关规定进行公平竞争审查、合法性审核。公平竞争审查制度的落实本身有利于打破地方保护和区域封锁，因此是“加快建设全国统一大市场”的重要内容，同时促进“内循环”和“双循环”的贯彻落实。

¹ 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——兼议《反垄断法》的修改》，载《政法论坛》2019年第37卷第2期，第5页。

² 吴太轩、杨婉琪：《我国公平竞争审查例外制度的适用困境与对策》，载《西南石油大学学报（社会科学版）》2022年第24卷第3期。

³ 王晓晔：《反垄断法（修正草案）》的评析》，载《当代法学》2022年第3期，第37页。

⁴ 参见《“公平竞争审查制度”写进反垄断法之后》，访问地址：
http://zqb.cyol.com/html/2022-07/05/nw.D110000zgqnb_20220705_1-06.htm。

可以预见，在该意见的引导下，相关部门会借此契机深入开展对具有地方保护色彩、影响商品与服务自由流通的各种政策和法规的清理工作。未来，相关部门将如何协调运用反垄断执法和公平竞争审查制度，助力长远发展的市场环境的形成，值得持续关注。

五、结语

十四年磨一剑，新《反垄断法》的出台是对《反垄断法》实施以来所出现问题的总结回应，也是国家在制定和实施与社会主义市场经济相适应的竞争规则，健全统一、开放、竞争、有序的市场体系的有益探索，势必对未来企业合规、反垄断执法等产生重要影响。企业也应加强合规意识，应对新《反垄断法》带来的挑战。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

马辰

电话： +86 10 8525 5552

Email: chen.ma@hankunlaw.com

解石坡

电话： +86 10 8524 5866

Email: angus.xie@hankunlaw.com

仕达

电话： +86 10 8525 5549

Email: da.shi@hankunlaw.com