

建立公平竞争审查制度 规制抽象行政垄断行为

作者: 孔焕志 / 余丹

国务院于2016年6月14日正式发布了《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》(下称“《意见》”),确立了公平竞争审查制度在全国范围内的实行。作为首部针对抽象行政垄断行为的规定,《意见》被寄望于在约束行政垄断行为、防止政府过度和不当地干预市场、排除竞争方面发挥巨大的作用。

“公平竞争审查制度”简述

《意见》中针对公平竞争审查制度的标准和实施中涉及的重要事项进行了明确:

- 明确审查对象范围。**根据《意见》的规定,适用公平竞争审查制度的范围应当包括:(1)涉及市场准入、产业发展、招商引资、招标投标、政府采购、经营行为规范、资质标准等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,以及(2)行政法规和国务院制定的其他政策措施、地方性法规。《意见》全文引用“政策措施”一词概括指代前述审查对象。尽管相关法律对“政策措施”以及“规范性文件”的范畴并无明确规定,但我们理解,通过从政策和法规的层级和涉及内容两个维度入手,《意见》中将公平竞争审查适用范围规定得十分广泛,不但涵盖了《立法法》下规定的行政法规和地方性法规以及《立法法》下未涉及的国务院颁布的各种政策措施,还概括性地包涵了由行政机关颁布的其他全部与市场主体经济活动相关的规范性文件及政策类文件。
- 确定“自我审查”原则。**公平竞争审查将通过政策制定机关自我审查的形式实现,这也是由于目前无对口执行机构以及我国地方政府层级复杂、地方政策多样的实际情况所决定的。但同时,

如您需要了解我们的出版物,请与
下列人员联系:

郭建良: (86 21) 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所
www.llinkslaw.com

建立公平竞争审查制度 规制抽象行政垄断行为

为了发挥社会督促作用，政策制定机关应听取利害关系人意见或征求社会意见，并将政策措施在其出台后向社会公开。

三. **明晰的审查标准。**《意见》以“市场准入和退出”、“商品和要素自由流动”、“影响生产经营成本”及“影响生产经营行为”四个标准作为审查角度，列举了相应标准下共计十八项禁止的可能影响公平竞争的情形。以该等详细列举的审查标准，便于政策制定机关在实施公平竞争审查时逐一比对。同时需要注意的是，《意见》并未将公平审查标准限定于前述范围，而是增加了一个“兜底条款”，即便未落入前述具体标准范围内，如果政策措施具有减损市场主体合法权益或增加义务的情形，或违反《反垄断法》的规定，仍然应予纠正。

四. **明确实施时间表。**考虑到实际情况中，公平竞争审查制度的实施以及对以往文件的清理难以做到一步到位，《意见》采取分步实施的办法。审查制度将首先于 2016 年 7 月起在国务院各部门和省级政府及所属部门开始实施，而后自 2017 年起在省级以下市、县两级政府实施。对于现存的政策措施，按照“谁指定、谁清理”的原则有序清理，并应当优先处理、尽快废止那些反应比较强烈、影响比较其中、影响比较突出的政策措施。特别值得注意的是，在对以往与企业获得优惠政策相关的政策措施的清理过程中，《意见》明确了已兑现的优惠政策不溯及既往的原则。

五. **制度实施保障措施。**《意见》同时就实施公平竞争政策的保障措施进行了原则性规定。对于违反公平竞争制度出台的政策措施，反垄断执法机构可提出处理建议，相关部门可追求相关人员的党纪政纪责任等。《意见》同时强调，任何单位和个人均可就涉嫌违反公平竞争审查标准的政策措施向有关部门进行举报。

律师评述

公平竞争审查制度是对我国现有行政垄断法律体系的重要补充，有助于在从源头遏制行政垄断现象，并尝试针对抽象行政垄断行为提出一种新的救济途径。

我国对于行政垄断行为早有相关法律规定。2008 年实施的《反垄断法》中专设一章“滥用行政权力排除、限制竞争”对行政垄断行为进行规范，并在其中明确禁止了利用行政权力从事限制经营自由、设定歧视性限制条件、本地保护等行为。特别是，《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”。这一条文的存在为我国规制抽象行政垄断行为提供了明确法律依据。

但是相较于具体行政垄断行为，抽象行政垄断行为无论从事前审查、事后监督还是法律救济方面都几近空白。

具体而言，对于某一具体行政执法行为中遭受行政垄断侵害的相对人，我国现有法律体系下保证了其可

建立公平竞争审查制度 规制抽象行政垄断行为

通过申请行政复议或提起行政诉讼的方式寻求救济，近年实践中亦不乏行政垄断领域成功的“民告官”的行政复议或行政诉讼案件。除了行政复议和行政诉讼外，反垄断执法机构也会介入有影响力的行政垄断案件，并提出改正的相关建议(如 2014 年河北省交通厅对于本省客运班车实行“通行费”优惠一案中，国家发改委根据举报要求河北省人民政府纠正该案中的具体行政垄断行为)。

反观抽象行政垄断行为，《行政复议法》明确排除在没有具体行政行为时仅针对行政法规和规定申请复议，而《行政诉讼法》第十三条也明确规定，人民法院对公民、法人提起的“行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令”的诉讼不予受理。这决定了抽象行政垄断行为在我国现行行政法律体系下事实上具有“不可诉性”。因此，当作为市场活动主体的公民或法人因为具有行政垄断性质的政策措施(例如各地政府多如牛毛的“红头文件”)而权益受损时，实践中只能面对“束手无

策”的窘境。除非政策措施制定机关的上级主管部门或者反垄断行政执法机构主动介入(实践中极少发生)，这些抽象行政垄断行为事实上处于法律监管的空白地带。

在难以通过事后救济规制抽象行政垄断行为的情况下，《意见》为那些可能涉及行政垄断的政策措施的制定与出台设置了强制的事前审查机制，从而确保其中不存在排除、限制竞争的情形，有助于从源头上遏制行政垄断行为的发生。

更重要的是，《意见》赋予了针对抽象行政垄断行为的一种新的救济手段，即针对涉嫌违反公平竞争审查标准的政策措施，直接向有关部门进行举报并要求及时对此进行处理。《意见》将有权进行举报的主体界定为“任何单位和个人”，无论其自身与该等政策措施是否存在利害关系。这一规定，无疑将为可能遭受排除和限制竞争的政策措施“不公平”对待的市场经济主体提供一种有效的救济途径。

尽管《意见》对于原有行政垄断法律体系进行了补充与调整，但我们也看到，相关举报机制并未突破上述关于抽象行政行为不可诉的原则，且《意见》暂未就举报受理部门、举报程序这些与操作相关的重要事项予以明确，因此对于市场经济主体而言，可以预见该等举报机制目前仍为较弱、且相对模糊的救济手段。希望公平竞争审查制度可在日后通过立法的形式予以落实，同时出台具体实施细则、设立对口执法监督机构、明确相应处罚机制并赋予市场经济主体更大的寻求救济途径的空间。

建立公平竞争审查制度 规制抽象行政垄断行为

如需进一步信息, 请联系:

作者

孔焕志

电话: (86 21) 3135 8777

kenneth.kong@llinkslaw.com

余丹

电话: (86 21) 3135 8690

bella.yu@llinkslaw.com

上海

俞卫锋

电话: (86 21) 3135 8686

david.yu@llinkslaw.com

刘赞春

电话: (86 21) 3135 8678

bernie.liu@llinkslaw.com

余铭

电话: (86 21) 3135 8770

selena.she@llinkslaw.com

娄斐弘

电话: (86 21) 3135 8783

nicholas.lou@llinkslaw.com

北京

俞卫锋

电话: (86 21) 3135 8686

david.yu@llinkslaw.com

刘赞春

电话: (86 21) 3135 8678

bernie.liu@llinkslaw.com

香港(与张慧雯律师事务所联营)

吕红

电话: (86 21) 3135 8776

sandra.lu@llinkslaw.com

张慧雯

电话: (852) 2969 5316

vivien.teu@vteu.co

本篇文章首次发表于《中国法律透视》电子版第 71 期(总第 106 期)。