

引领反垄断法体系完善的典范立法

郝俊淇

摘要:公平竞争审查制度是反垄断法体系的组成部分,而非与反垄断法平行的另一套制度体系。《公平竞争审查条例》兼备合规律性与合需要性,不仅基于既有公平竞争审查实践,将行之有效的经验做法提炼上升为基础性法律规定,而且基于公平竞争审查的实践需求和基本原理,在规范构建方面有所突破,使公平竞争审查制度体系趋于健全。《公平竞争审查条例》的出台开拓了反垄断法体系完善的“新范式”,可供反垄断法其他重要领域参考借鉴。

关键词:公平竞争审查;行政性垄断;反垄断法完善

在法治轨道上全面建设社会主义现代化国家的时代宏图下,《公平竞争审查条例》(以下简称《条例》)的出台可谓意义重大。《条例》不仅进一步筑牢了加快建设全国统一大市场、完善高水平社会主义市场经济体制、培育和发展新质生产力、激发各类经营主体发展活力等重大战略的法治保障,而且使全面深化经济体制改革、供给侧结构性改革、“放管服”改革等各类重大改革有了更坚实的法律依据和抓手,形成了改革与立法同频共振、协同共进的良好格局。《条例》所蕴含的上述重大意义值得深入探讨和阐释。本文着眼于相对微观的视角,尝试论析《条例》对于反垄断法体系完善的重要意义。为此,下文将依次辨析公平竞争审查制度和反垄断法的关系,探析《条例》推动反垄断法体系完善的基本路径,解析《条例》对促进反垄断法体系完善的示范引领作用。

一、公平竞争审查制度和反垄断法的关系

竞争政策是反垄断工作的“纲”,反垄断法以及公平竞争审查是竞争政策实施的主要工具,这一点几乎不存在争议。但是,在公平竞争审查制度和反垄断法的关系问题上,却存在不同认识。分歧主要在于,二者是竞争政策项下平行的制度,抑或公平竞争审查制度是反垄断法规范逻辑的延伸,即隶属于反垄断法制度。前者可被称为“平行说”,后者可被称为“隶属说”。

眼下平行说更为流行,多数人认为,公平竞争审查制度和反垄断法是我国竞争政策的两大政策工具,公平竞争审查制度着重于从事前预防行政性垄断,反垄断法着重于从事后制止行政性垄断。然而,平行说对事实的洞察、对功效的感知远胜于对法理的阐释。因此,无论在事实或功效层面如何强调公平竞争审查制度之重要性,都无法改变其隶属于反垄断法、作为一项反垄断法制度的规范定位。

从实然法上看,我国《反垄断法》第五条规定“国家建立健全公平竞争审查制度”,明确了公平竞争审查制度的反垄断法属性。《条例》第一条也明确,制定本条例的核心依据是《反垄断法》。可见,公平竞争审查制度是反垄断法体系的组成部分,而非与反垄断法平行的另一套制度体系。此外,虽然2020年施行的《优化营商环境条例》和2019年施行的《重大行政决策程序暂行条例》已有公平竞争审查的规定,但我们不宜撇开反垄断法、舍弃“公平竞争”这一关键词而将其解释或定位为行政主体落实优化营商环境要求的行政立法“合规”机制。相反,以上两个条例有关公平竞争审查的规定,原本贯彻的仍是竞争政策的价值宗旨和反垄断法的实质要求。

从应然法上看,公平竞争审查制度旨在从源头上规范政府行为,防止滥用行政权力排除、限制竞争,其所承载的价值、目标、功能与反垄断法的内在逻辑高

* 本文系国家社科基金项目“新发展阶段资本规范健康发展的经济法保障研究”(22CFX037)的阶段性成果。

作者:郝俊淇,中国社会科学院法学研究所副研究员。

度契合,因而理应属于反垄断法体系的组成部分。在我国《反垄断法》制定之初,是否应当将行政性垄断纳入规范的问题,一度引起巨大争议。反对者的核心理由之一是,行政主体不是经营者,相互间不可能“竞争”更不可能“垄断”市场,将规范经营者竞争行为的法律用于规范行政主体行为,逻辑上错配,效果上堪忧。然而,正如哲学家维特根斯坦在《札记》中所言,“问题是与我们的表达方式相伴随的,一旦我们用一种新的形式来表达自己的观点,旧的问题就会连同旧的语言外套一起被抛弃”。如果我们把“行政性垄断”“滥用行政权力排除、限制竞争”换一种表达,如表达为“有行政主体组织、帮助、强制的经营者垄断行为”——简称“有行政主体参与的垄断行为”,逻辑不通等疑虑顿然消减。申言之,反垄断法是一套治理垄断势力的规范体系,旨在预防和制止经营者通过不正当的方式形成、维持、加强垄断势力,而这些不正当的方式既可以是经营者策略性的反竞争行为、共谋限制竞争行为,也可以是行政主体过多过度或不当插手经济、扭曲市场竞争的政策措施或具体行为。如果经营者从事垄断协议、滥用市场支配地位、具有或者可能具有排除限制竞争效果的经营者集中等垄断行为,形成、维持、加强了垄断势力,而其根源在于行政主体的不当行为——无论是具体行政行为还是抽象行政行为,那么反垄断法都应当实行“穿透式监管”,揭开垄断行为和垄断势力的“面纱”,揪出幕后的行政性垄断并对其予以处理,否则反垄断法就会沦为“治标不治本”,其预防和制止垄断行为、保护市场公平竞争等目标也会落空。一言以蔽之,现实中不存在纯粹的、孤立的滥用行政权力排除、限制竞争行为,它总是已经或即将与经营者的垄断行为发生直接或间接的关联;反垄断法将行政性垄断(无论抽象或具体)纳入规范之所以是正当和必要的,核心理由在于行政性垄断是经营者垄断势力的不当来源之一。从这个角度看,《条例》是对《反垄断法》第五章极大的补强,使反垄断法预防和制止行政性垄断以及相应经营者垄断行为的制度体系更加健全。

二、《条例》推动反垄断法体系完善的基本路径

任何法律要产生现实效力,实现良法善治,都必须遵循两项铁律:一是合规律性,即所规定的内容不能背离客观规律;二是合需要性,即所规定的内容与社会发展和人民需要相符合。《条例》兼备合规律性与合需要性,是一部推动反垄断法体系完善的重要行政法规。

合规律性主要体现在《条例》基于既有公平竞争审查实践,将行之有效的经验提炼上升为基础性法律规定。例如,在公平竞争审查机制方面,鉴于“自我审查”存在动机悖论、能力不足等局限,不少地方对此进行了改良探索,形成了起草机构分别审查、内部特定机构统一审查、起草机构初审与内部特定机构实质复核相结合等变通审查模式,有的还施行公平竞争集中审查、独立审查改革试点,推动公平竞争审查从自我审查向相对集中审查转变。《条例》吸收了以上有益经验,一方面严把起草关、强化主体责任,即要求“拟由部门出台的政策措施,由起草单位在起草阶段开展公平竞争审查”“拟由多个部门联合出台的政策措施,由牵头起草单位在起草阶段开展公平竞争审查”;另一方面增设市场监督管理部门的外部审查监督机制,即要求“拟由县级以上人民政府出台或者提请本级人民代表大会及其常务委员会审议的政策措施,由本级人民政府市场监督管理部门会同起草单位在起草阶段开展公平竞争审查。起草单位应当开展初审,并将政策措施草案和初审意见送市场监督管理部门审查”。再如,由于公平竞争审查工作涉及领域广、部门多、情况比较复杂,需要建立常态化的协调机制来推进,因此2016年国务院批准建立了公平竞争审查工作部际联席会议机制(2018年牵头单位调整为国家市场监督管理总局),该机制随后推广到地方。在联席会议机制的统筹协调和监督指导下,我国公平竞争审查工作成效显著,截至2024年6月,全国累计审查的政策措施161.8万件,清理存量文件447万件,废止和修订了排除、限制竞争的政策措施9.3万件^①。《条例》对上述机制予以肯定,并在总则中规定,“国务院建立公平

^① 《公平竞争审查制度实施以来取得了哪些成效》,2024年6月21日,中国政府网,https://www.gov.cn/xinwen/jdzc/202406/content_6958660.htm。

竞争审查协调机制,统筹、协调和指导全国公平竞争审查工作,研究解决公平竞争审查工作中的重大问题,评估全国公平竞争审查工作情况”;同时规定,“国务院市场监督管理部门负责指导实施公平竞争审查制度,督促有关部门和地方开展公平竞争审查工作”。此外,实践中行之有效的公平竞争审查工作交叉互评机制、考核评价激励机制等,也经提炼上升为《条例》中的规定。

合需要性主要体现在《条例》基于公平竞争审查的实践需求和基本原理,在规范构建方面有所突破,使公平竞争审查制度体系趋于健全。例如,《条例》扩大了公平竞争审查的范围,在原有要求对规章、规范性文件、其他政策性文件以及“一事一议”形式的具体政策措施进行审查的基础上,对起草涉及经营者经济活动的法律、行政法规、地方性法规也要求纳入审查。其关切在于,法律、行政法规、地方性法规同样可能对市场竞争造成扭曲,并且由于它们的适用范围更广、效力层级更高,对竞争带来的不利影响可能更大。因此,即便制定数据(信息)保护等私益本位色彩较为明显的法律、行政法规或地方性法规,在起草时也应当进行公平竞争审查,因为数据权益的不合理配置,可能影响数据要素的公平获取和高效流通,从而可能扭曲数据要素市场竞争。再如,《条例》在建立涵盖经营主体生命全周期、经营全链条的审查标准体系的同时,积极回应党中央关于“加快实现高水平科技自立自强”的战略部署和实践需求,对例外规定予以优化设计,即在原有规定的基础上补充“为促进科学技术进步、增强国家自主创新能力的”,将其作为一项例外事由。这样,竞争政策与科技政策、创新政策可以更好协调,竞争利益与创新利益特别是科技创新利益能够实现更好平衡。

三、《条例》对促进反垄断法体系完善的示范引领作用

我国《反垄断法》具有粗线条、框架性立法的特点,其体系完善、制度健全是一项长期性、系统性工作。《条例》的出台不仅筑牢了预防和制止行政性垄断的规范基础,而且在一定程度上为《反垄断法》其他规范领域的制度完善起到了示范引领作用。其实,诸如

垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中控制乃至涉嫌垄断行为的调查、法律责任等规范领域,都可以效仿行政性垄断规范领域的制度完善路径,出台相应的行政法规,进而形成“《反垄断法》—行政法规—部门规章—反垄断指南—合规标准”组成的由抽象到具体、由简单到翔实的金字塔形制度体系。行政法规在其中起着承上启下、填补规范罅隙、铺垫规范延伸基础的关键作用。实际上,倘若没有《反垄断法》第五条有关“国家建立健全公平竞争审查制度”这一隐含的授权规范,进而没有《条例》的出台,作为部门规章的《公平竞争审查制度实施细则》根本无法将审查范围扩展到法律、行政法规、地方性法规,也很难将促进科学技术进步、增强国家自主创新能力增列为公平审查的例外事由。不过,如果不是制定“反垄断法实施条例”,而是就上述规范领域或其中的特定重要事项创制行政法规,那么通常以《反垄断法》有明确授权即预留创制行政法规的规范接口为宜。然而,我国《反垄断法》为创制行政法规所预留的“明接口”极为有限,仅仅在第二十六条明确授权国务院制定经营者集中申报标准。相比较而言,我国《证券法》涉及“具体办法由国务院规定”等类似授权规范的表述多达9处。尽管我们不宜将这种反差全然归因于《反垄断法》立法技术,但缺少明确的创制行政法规的授权规范,无疑会制约反垄断法体系的健全,可能使垄断协议豁免、市场支配地位认定推定、经营者集中救济等重要制度的繁衍,陷入“断层”状态。

总之,《条例》的出台开拓了反垄断法体系完善的新范式,可供反垄断法其他重要规范领域参考借鉴。或许只有制备了足够强健的反垄断行政法规集群,《反垄断法》第十一条关于“国家健全完善反垄断规则制度,强化反垄断监管力量,提高监管能力和监管体系现代化水平”的宣言才能实现。

责任编辑:张 维、杨 文