

公平竞争审查第三方评估的地方实施困境及其路径优化

冯凯琦

江苏大学法学院, 江苏 镇江

收稿日期: 2024年4月15日; 录用日期: 2024年5月10日; 发布日期: 2024年6月24日

摘要

公平竞争审查制度作为规范竞争政策的重要制度, 对促进建立全国统一大市场与优化营商环境具有重要意义。为保障该制度效能最大化, 应充分发挥第三方评估对内部审查模式的矫正和监督功能。然而, 就其地方实践现状来看, 第三方评估机制并未得以规范、全面地落实, 其所暴露出的制度规则不明确、保障机制不完善等不足, 使得预设的制度效果难以期至。对此, 消弭公平竞争审查第三方评估机制实施阻力的路径主要包括: 一方面, 应基于规范构造视域, 完善公平竞争审查第三方评估的地方法规体系并健全与保障机制; 另一方面, 消除行政体系与第三方评估机构的利益冲突, 建立地方政府与第三方评估机构的良性互动。

关键词

公平竞争审查, 第三方评估, 审查机制, 优化路径

Fair Competition Review of the Third Party Evaluation of Local Implementation Dilemmas and Its Path Optimization

Kaiqi Feng

School of Law, Jiangsu University, Zhenjiang Jiangsu

Received: Apr. 15th, 2024; accepted: May 10th, 2024; published: Jun. 24th, 2024

Abstract

As an important system to regulate competition policies, the fair competition review system is of great significance in promoting the establishment of a unified national market and the optimization of the business environment. In order to ensure the maximum effectiveness of the system, the

文章引用: 冯凯琦. 公平竞争审查第三方评估的地方实施困境及其路径优化[J]. 法学, 2024, 12(6): 3772-3781.

DOI: 10.12677/ojls.2024.126536

correction and supervision function of the third party evaluation on the internal review mode. However, in terms of the current situation of local practice, the third party evaluation mechanism has not been standardized and fully implemented, and the exposed deficiencies, such as unclear system rules and imperfect guarantee mechanisms, make the preset system effect difficult to achieve. The pathways to overcome the resistance to implementing the third party evaluation mechanisms for eliminating fair competition scrutiny primarily involve: on one hand, it is necessary to improve the local regulatory system for the third party evaluation of fair competition reviews based on a normative construction perspective, and strengthen the mechanisms for protection and guarantee; on the other hand, it is important to eliminate conflicts of interest between the administrative system and third-party evaluation agencies, and establish a positive interaction between local governments and third-party evaluation agencies.

Keywords

Fair Competition Review, The Third Party Evaluation, Review Mechanism, Path Optimization

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

2016年,国务院印发国发〔2016〕34号文件,即《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《审查意见》),我国的公平竞争审查制度自此诞生,时至今日,业已实现“国家、省、市、县”四级政府全覆盖,并建立配套审查保障机制。随着2022年修改的《反垄断法》的修改,公平竞争审查制度更是获得了法规地位。但囿于“谁起草,谁审查”的“内部审查”模式存在审查动力不足、审查能力缺乏等诸多固有弊端,公平竞争审查制度效果也在一定程度上打了折扣。例如,2016~2021年新出台政策措施的审查总量为85.7万件,但其中发现、纠正不符合公平竞争审查标准的政策措施仅4100余件,¹自我审查纠正率低至0.478%。但是,随着《公平竞争审查第三方评估实施指南》(以下简称《指南》)的出台与落实,2022年各地区、各部门审查新出台政策措施16.37万件,清理各类存量政策措施45.2万件,废止、修订、纠正排除、限制竞争的政策措施2.04万件,纠正率升至12.46%。²由此,学者开始更多地关注作为补充审查机制的第三方评估制度。2023年,国家市场监督管理总局对2019年发布的《指南》进行修订,以期完善《指南》,激活公平竞争审查第三方评估机制,充分发挥第三方机构中立、专业与客观的优势,弥补政策制定机关内部自我审查的缺陷。

然而,第三方评估的地方实践与《指南》的制度期许产生扞格。笔者通过梳理各省政策法律文本发现,第三方评估制度并未得到很好的地方落实。直至2022年,才仅在6个省(市、区)³首次开展国家层面公平竞争审查第三方评估,即国家市场监督管理总局以竞争性磋商的采购方式,依据《指南》开展对其落实公平竞争审查制度的总体情况及效果的第三方评估,但对评估结果并未公开。大部分省市缺乏具体落实第三方评估的地方规范:仅内蒙古自治区、宁夏回族自治区、中国(海南)自由贸易试验区、泰州市、南昌市出台了专门的“第三方评估”地方规范,⁴其余大多是在地方公平竞争审查文件中一笔带过,存在

¹ 参见国家市场监督管理总局反垄断局:《公平竞争审查制度实施细则解读》,载《中国价格监管与反垄断》2021年第8期。

² 参见《中国反垄断执法年度报告(2022)》。

³ 省(区、市)具体包括:内蒙古、辽宁、上海、安徽、重庆、陕西,详见《国家市场监督管理总局内蒙古等六省(区、市)公平竞争审查第三方评估项目成交公告》, https://www.ccg.gov.cn/cggg/zygg/cjgg/202110/t20211019_17040683.htm, 最后访问时间2024年4月12日。

⁴ 该数据仅包含适用于公平竞争审查且明确以“第三方评估”命名的规范文件,效力层级包含地方规范性文件与地方工作文件。

同质化严重、缺乏程序规范、定位模糊不清、成果效力不明等问题；此外，政府部门与第三方评估机构的配合衔接也存在问题，难以形成有效的外部监督。基于此，值得反思的是：如何使得第三方评估机制真正落实于地方公平竞争审查实践？以此问题为引领，需进一步深入探讨的是：第三方评估机制的地方实施的困境为何？困境产生的原因又是什么？地方政府作为推动公平竞争审查制度实施的主要力量，如何与第三方评估机构形成良性互动？本文欲尝试经由实证进路，通过对有关于公平竞争审查中第三方评估的地方规范性文本的梳理总结，探寻前述问题的答案，以便助益推进公平竞争审查第三方评估机制的地方实施，保障第三方评估机制效益最大化。

2. 我国公平竞争审查第三方评估制度的地方运行现状

从国家市场监督管理总局发布的《指南》中可以看出，依靠政府规范性文件逐步推进在全国范围内推广独立第三方机构进行公平竞争审查，对制度的改革与优化而言将是关键且必然之举^[1]。随着公平竞争审查第三方评估制度不断跟进，落实力度加大，近两三年取得的成果有目共睹。以重庆为例，自 2019 年起，连续三年开展公平竞争审查情况的第三方评估工作，伴随着对评估工作愈发重视，其审查质量亦大幅提升，2019 年被评估对象的内部审查率仅 30%，至 2021 年度已升至 100%。⁵同时，发挥第三方评估机构的独立性优势，能够极大程度规避政策制定机关“左手管右手”的风险。以江苏省南通市为例，其政府部门曾委托第三方机构进行评估，结果发现抽查文件的 8% 存在排除、限制竞争问题，10 份文件违反具体审查标准 7 项，⁶充分彰显了第三方评估机制有效强化公平竞争审查外部监督的制度效能。为能更直观反映公平竞争审查第三方评估地方实践现状，现将目前各省关于第三方评估的落实概况梳理如下(详见表 1)。

Table 1. Fair competition will review the implementation of third-party assessments in provinces, municipalities and autonomous regions

表 1. 公平竞争审查第三方评估在各省、直辖市、自治区落实情况

省份(含自治区、直辖市)	落实主体	落实概述
北京市	北京市市场监督管理局	出台《北京市进一步推进公平竞争审查工作的实施意见》，2021 年围绕该文件开展了政策措施专项检查与委托第三方评估机构检查，审查文件 1312 件，制发《整改建议书》29 件。
上海市	上海市人民政府	印发《关于贯彻〈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〉的实施意见》，鼓励在公平竞争审查中引入第三方评估制度。
河北省	河北省市场监督管理局	鼓励开展第三方评估优化审查方式；召开省级联席会议进行政策措施抽查评估，部署公平竞争审查工作。
内蒙古自治区	内蒙古自治区市场监督管理局	发布《内蒙古自治区公平竞争审查第三方评估实施指南》，规范落实第三方评估。
辽宁省	辽宁省人民政府	鼓励推行第三方评估，以此规范政府行为。
吉林省	吉林省市场监督管理厅	印发《关于健全工作机制推进公平竞争审查工作的实施意见》，鼓励引入第三方评估。
黑龙江省	黑龙江省发展改革委	强调各部门高质量配合省市场监督管理局完成公平竞争审查第三方评估工作。
江苏省	江苏省市场监督管理局	组建含第三方评估机构的指导组，赴相关地区和部门进行公平竞争审查专项辅导。
浙江省	浙江省市场监督管理局	对相关部门公平竞争审查情况进行第三方评估，将其与反行政垄断执法紧密结合。

⁵数据来源：重庆市市场监督管理局网，<https://scjgj.cq.gov.cn/>，最后访问时间 2024 年 3 月 25 日。

⁶详见国家监督管理总局网《江苏南通公平竞争审查第三方评估工作取得阶段性成果》，https://www.samr.gov.cn/zt/qhfldzf/art/2021/art_e1fbc401d09b42179dd79e9715ea468d.html，最后访问时间 2024 年 3 月 25 日。

续表

安徽省	安徽省市场监督管理局	通过座谈、访谈和社会调查等多种方式,开展全省公平竞争审查第三方评估。
福建省	福建省市场监督管理局	组织召开行政指导会,覆盖省、市、县三级,重视第三方评估工作机制健全。
江西省	江西省人民政府	根据《实施意见》,结合省情,出台地方实施意见,规范第三方评估机制的地方运行。
山东省	山东省市场监督管理局	2022、2023年,连续两年在济南召开山东省公平竞争审查第三方评估成果运用研讨会。
河南省	河南省市场监督管理局	召开公平竞争审查工作培训暨公平竞争审查第三方评估成果运用研讨会,对评估体系、评估成果进行探讨完善。
湖南省	湖南省市场监督管理局	湖南省公平竞争审查工作联席会议办公室组织召开专题会议,研究部署评估工作。
湖北省	湖北省市场监督管理局	2019年省公平竞争审查联席会议出台相关通知,决定在省公平竞争审查中引入第三方评估。
广东省	广东省市场监督管理局	印发相关文件,推动竞争政策在粤港澳大湾区先行落地,组建专家咨询组,提升第三方评估质量。
四川省	四川省市场监督管理局	印发《四川省公平竞争审查工作第三方评估方案(暂行)》,并按照此方案,通过竞争性磋商方式开展第三方评估。
贵州省	贵州省人民政府	贵州省政府办公厅下发地方实施意见,鼓励条件成熟时委托第三方开展评估工作。
西藏自治区	西藏自治区市场监督管理局	召开第三方督察评估动员会,推行第三方评估机制。
甘肃省	甘肃省市场监督管理局	召开省级部门联席会议,鼓励实施第三方综合评估。
宁夏自治区	宁夏自治区市场监督管理厅	公平竞争审查工作联席会议办公室印发《自治区公平竞争审查第三方评估实施办法》,推进第三方评估地方实施。
新疆维吾尔自治区	新疆维吾尔自治区市场监管局	针对公平竞争审查第三方评估工作,印发地方实施方案相关文件,推动第三方评估规范落实。
海南省	中国(海南)自由贸易试验区反垄断委员会办公室	印发《公平竞争审查第三方评估办法(试行)》,进一步推进公平竞争审查第三方评估工作。
重庆市	重庆市人民政府	形成“六专”模式,推动建立第三方评估交叉互评等川渝公平竞争审查协作机制,深化公平竞争审查一体化协作。

但在考察地方实践成效中笔者发现,各地所发布的有关第三方评估的规范性文件同质化严重,大多是对《指南》内容的照搬,就地方实施而言内容空泛、规定模糊,其“表明该地响应国家号召,鼓励开展公平竞争审查第三方评估”的政治意义远大于其推进地方第三方评估贯彻落实的指导意义。相较之下,2022年,江苏自贸区南京片区出台了《中国(江苏)自由贸易试验区南京片区公平竞争审查第三方评估实施办法》,为各地细化实施办法提供了极具价值的范本。在评估内容上,该文件针对不同政策措施,分别设置专门的评估重点;在评估方法上,鼓励将人工智能等现代科技手段应用于评估工作中,提升评估能力与评估结果的科学性;在评估程序上,对第三方评估简易程序的创新,使得地方政策制定部门被赋予适当简化评估过程的权利,以“专家咨询+一事一议”的模式提升评估效率[2]。

此外,各省对有关第三方评估的规范性文件实施程度相去甚远。在地方实践中虽有川渝建立第三方评估互评机制、广东省组建专家咨询组等创新形式的出现,但大多数地区还是以研讨会、联席会等会议形式推动公平竞争审查第三方评估地方实施,致使推进工作流于表面。通过差异性比较发现,公平竞争审查第三方评估地方实施推进受城市经济水平制约明显。浙江、四川、重庆、上海等经济较为发达的地区在推进第三方评估的质量与速度上都居于领先地位,而另外大部分省市还亟待大量研究成果与实践经

验助益公平竞争审查第三方评估地方实施的推进,更有甚者仍于起点徘徊。由此可见,全国范围的全覆盖的理想状态尚未达到,公平竞争审查第三方评估制度的地方实施推进工作道阻且长。

3. 公平竞争审查第三方评估地方推进之制约因素考察

3.1. 第三方评估制度缺乏法律依据

一方面,公平竞争审查第三方评估制度上位法依据尚不明确。江、浙、沪等多个省市虽有意推进公平竞争审查第三方评估工作的地方实施,但均未对其予以刚性约束,也未纳入地方政府绩效评价体系中[3]。究其缘由,即目前我国公平竞争审查第三方评估制度尚未以法律法规之渊源确定。于国家层面,2016年国务院出台的《审查意见》首次明确提出,鼓励适时组织开展第三方评估,目前公平竞争审查第三方评估工作实施的主要依据是《指南》,而《指南》法律层次较低、强制性弱。根据我国《立法法》规定,《指南》由国家市场监督管理总局颁布,不属于法律规范的形式,故其文件性质尚不明确[4]。2021年出台的《公平竞争审查制度实施细则》(以下简称《细则》)中虽已引入了第三方评估制度,但仅在出现第22条规定的极少特定情况时,⁷才属于应当引入第三方评估的情形。由此可见,《细则》仅将第三方评估视作鼓励性规定,2023年发布的《公平竞争审查条例(征求意见稿)》(以下简称《条例》)中也延续了这一定位,且《细则》与《条例》效力层级与《指南》相当,性质模糊,缺乏刚性强制法律效力。而2022年修订的《反垄断法》中虽引入了公平竞争审查制度,但对于第三方评估制度却并未提及。时至今日,公平竞争审查第三方评估仍在国务院的行政管理制度框架下运行,并无明确的上位法依据[5],既不能保障第三方评估工作在具体公平竞争审查中有效开展,也无法对内部审查模式下的政策制定机关形成长效制衡。

另一方面,公平竞争审查第三方评估制度的地方法规严重缺位。就国家层面而言,上位法依据的缺失影响第三方评估制度实效,使得该制度难以满足推进全国统一大市场建设与优化营商环境的需求;对地方实施来说,由于缺乏明确的上位法依据,地方政府在组织公平竞争审查第三方评估时,大多只能以“红头文件”的形式开展,而非制定地方法规,极大影响了评估和审查的效果。此外,通过比照既有的各省市出台的实施工条可明显发现:无论是从纵向维度与国务院出台的《审查意见》相比,还是横向维度与其他平行的同级政府实施文件相比,其同质化倾向十分明显[6],忽略了地方问题的特殊性和差异性,实施中政策制定部门自我审查面临问题差异化严重,简单效仿的一致评估对象、程序、标准等要素难以回应第三方评估地方实施的具体实际。由此带来的初步启示是:公平竞争审查第三方评估地方法规应在充分考察当地的地理条件、经济水平、民风民俗等因素的基础上制定,既要立足地方实情、符合地方实际,又要警惕以“因地制宜”为幌子制定实质暗含地方保护主义、行政垄断等色彩的地方法规。

3.2. 第三方评估制度缺乏规范运行机制

3.2.1. 第三方评估机构遴选程序不规范

第三方评估在公平竞争审查中充当“裁判员”的角色,评估机构的遴选结果直接影响到评估机构的独立性和公开性[7],遴选主体适格且评估专业的第三方评估机构,是保障第三方评估制度顺利运行、确保评估结果质量的基础,但目前《指南》并未对遴选规则予以明确,仅说明政府通过购买委托单位服务的方式开展第三方评估。在遴选制度不健全的前提下,评估市场的准入问题与评估单位的匹配度问题[8]都将直接影响遴选机构的专业性与评估结果的可参考性。

对于地方实施而言,第三方评估机构遴选标准和方式的不确定性,一者有悖于地方政府依赖“经验”⁷详见《公平竞争审查制度实施细则》第二十二条:对拟出台的政策措施进行公平竞争审查时,存在以下情形之一的,应当引入第三方评估:(一)政策制定机关拟适用例外规定的;(二)被多个单位或者个人反映或者举报涉嫌违反公平竞争审查标准的。

主义”的工作惯性，增加地方政府工作成本与风险，故而抑制地方政府开展第三方评估工作的积极性。再者，在自利性驱使下，第三方评估机构极易基于理性经济人的逻辑开展评估工作，以达到评估机构自身利益最大化[9]，进而引发第三方评估机构间的不正当竞争，倘若第三方评估机构为成功当选而积极或消极迎合政策制定机关，其评价结果就不会是独立的，也不会是客观的，第三方评估制度将被架空，更有甚者将导致第三方评估机构与政策制定机关间权力寻租问题的出现，一旦政策制定机关与评估机构的关系异化为“恩庇-侍从”关系[10]，为解决政策制定机关内部审查“左手管右手”的悖论而设立的第三方评估制度，也将沦为地方政府的“侍从者”，并最终反噬地方政府权威性与公信力。

3.2.2. 第三方评估结论的应用效果不明

评估的生命在于应用，只有将静态的纸面评估报告转化为动态的法律实施行为，才能真正发挥评估效能[11]。就目前第三方评估结果效力问题而言，由于《细则》与《指南》均未明确规定评估成果的效力，仅界定为“重要参考”，并未引起政策措施的修改或废止，削减独立评估制度的价值。在既有关于推进公平竞争审查的省级地方规范文件中，仅有4个省份对第三方评估成果效力作出规定，但也均使用的诸如“重要参考”“重要依据”这样的柔性效力表述，内蒙古自治区市场监管局2021年发布的《内蒙古自治区公平竞争审查第三方评估实施指南》的第30条，与重庆市人民政府办公厅2024年1月发布、4月1日其施行的《重庆市公平竞争审查制度实施办法》第24条，均明确界定第三方评估成果的重要参考地位，《内蒙古自治区公平竞争审查第三方评估实施指南》第三十条规定“评估成果作为政策制定机关或公平竞争审查工作联席会议办公室开展公平竞争审查、评价制度实施成效、制定工作推进方案的重要依据。”《重庆市公平竞争审查制度实施办法》第二十四条规定“第三方评估结果是各级公平竞争审查协调机制办公室或政策制定机关开展公平竞争审查、评价制度实施成效、制定工作推进方案的重要参考。”而更多的省份对第三方评估结果应用及效力问题甚至并无提及。

对于第三方评估成果，即使政策制定机关不予认可或采纳，也仅需书面说明原因即可，导致了评估成果采纳弹性大而约束力不足的问题，评估结果是否被采纳和应用，仍主要取决于政策制定机关其主观意愿[12]。此外，由于评估成果缺乏刚性适用效力，评估结果的采纳率无法得到保障，势必对第三方评估机构的工作动力与重视度产生影响，使其以消极懈怠的情绪对待评估工作，进而导致第三方评估流于形式。一旦第三方评估流于形式，丧失其科学客观的评估优势，其评估成果的价值也将大打折扣，其采纳率将更不容乐观，极易陷入此恶性循环中，最终导致公平竞争审查第三方评估机制的空转。

3.2.3. 第三方评估运行保障机制不足

要确保公平竞争审查第三方评估制度顺利运行且行之有效，一是要保障评估信息的准确、全面。政策制定机关对评估信息享有天然知情权，实践中由于信息共享与沟通机制的缺失，地方政策制定机关碍于难以把握信息共享与内部保密性的边界，导致第三方评估机构与政策制定机关信息不对称，而基于不完全掌握政策制定的基础性信息而作出的第三方评估结果，在客观性与权威性方面都大大降低。对第三方评估机构而言，与政策制定机关的地位不对等形成了信息不对等，评估信息与数据的获取是其痛点、难点所在[13]。甚至部分政策制定机关基于自身利益考量，为确保政策文件的出台，有意隐瞒或提供不实信息，这都会加大第三方评估工作的难度。

二是要保障对第三方评估机构充分的监督。规范赋予第三方评估主体独立性的应然价值，但作为市场主体，第三方评估机构也有自身的“趋利性”，而这种趋利性也会对公平竞争审查评估结果产生影响。《指南》第二十二条虽规定出现第三方评估机构出现严重违规违约行为的情形时，由部际联席会议进行通报的处理措施，但并未细化“严重违规违约行为”内涵。在地方实施中，监督方式和监督渠道也并未明确，因此缺乏实际可操作性，不能充分发挥对第三方评估机构的监督作用。

3.3. 地方政府的天然阻力

在我国政府的官僚制系统中，政府间上下级权责统一，整个政府系统由此成为一个强大而紧密的利益共同体[14]，这便形成了对第三方评估机构介入的“天然抵制”。

首先，就公平竞争审查第三方评估工作的启动与否而言，政策制定机关对此享有自由裁量权。而以GDP、财税收入水平作为政绩考核重要指标的地方政府部门，基于成本效益考量，认为其在短期内进行公平竞争审查的成本会大大超过其所获得的收益，因而缺少实质性推进第三方评估工作的内在动机[15]。此外，在地方政府长期的政策制定实践中，已经形成了依赖“经验主义”的“捷径”，对现有政策交由第三方评估机构进行公平竞争审查，将意味着挑战原有的政策秩序，地方政府可能面临较大的失序成本，对未出台新政策进行公平竞争审查第三方评估也将增加实施新的政策制度的初始成本[9]，高成本与政府权威考验便形成了公平竞争审查第三方评估制度地方实施的一大阻力。

其次，通过梳理公平竞争审查第三方评估地方实践情况可以发现，联席会议成为第三方评估地方实施的重要形式，联席会议作为一种主体性协调机制[16]，在地方政府面临存在较大争议或部门意见难以达成一致的问题时，均可提请同级公平竞争审查工作部门联席会议，进行第三方评估成果分享与探讨协商。但碍于行政机构体制的“纵向支配”的惯性思维，联席会议这一公平竞争审查工作的主要开展形式的权威性有所减益[12]，由于成员单位彼此同级，无隶属关系，故而审查配合协作程度较低。例如湖北省人民银行某分行曾表示，总行对其制定的竞争政策措施文件，不予批准参与省公平竞争审查第三方评估相关事项[17]。由于刚性约束不足的问题地方政府实际参与度不高，第三方评估制度借以公平竞争审查联席会议运行这一地方实施形式也是阻力重重。

最后便是经费这一现实掣肘。一方面，第三方评估经费由委托主体结算，纳入地方政府的预算管理中。换言之，第三方评估机构既要在恪守独立性，监督政策制定机关，又受制于赖以政策制定机关给付的经费开展评估，在这样的规范逻辑下形成利益冲突，极大限制了第三方评估机构开展公平且客观的评估工作。另一方面，政府预算管理规范严格，地方政府部门经费更是有限，中央政府层面也并未出台相关文件对公平竞争审查第三方评估作为地方政府经费支出的具体操作流程作出明确规定，大力开展公平竞争审查第三方评估势必会加大地方政府的财政负担，地方政府开展公平竞争审查第三方评估的动力与积极性直接受制于有限的地方政府经费，这也解释了第二部分实践现状梳理中，为何经济发达地区推进公平竞争审查第三方评估制度的成效更为显著。

4. 第三方评估制度地方实施的路径优化

4.1. 完善公平竞争审查第三方评估的地方规范体系

4.1.1. 完善公平竞争审查第三方评估的法律依据

就制度顶层设计而言，应适时将公平竞争审查第三方评估制度引入相关法律，以立法形式确立其法律地位，为第三方评估机制提供具有约束性的法律保障。有了上位法律依据的支持，公平竞争审查第三方评估机构的法律地位得以确立，其权威性得以提高、约束力得以增强。

具体操作上可效仿公平竞争审查制度入法方式：2022年我国《反垄断法》修订时在新增第5条中规定“国家建立健全公平竞争审查制度”，并进一步明确“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”的要求，其强制力伴随制度刚性得以同步增强，形成了“1+1>2”的制度合力，也实现了公平竞争审查制度由规范性文件升格为法律的“华丽转身”[18]。公平竞争审查第三方评估制度可作为完善公平竞争审查制度的一部分，与公平竞争审查制度一同被引入《反垄断法》中，以此获得更高位阶的法律依据。在设计公平竞争审查第三

方评估法律条文时，扩大应当适用公平竞争审查第三方评估的范围，修改“鼓励”“提倡”“可以”一类柔性效力用词，确保第三方评估机制在公平竞争审查工作中的强适用性。同时，明确第三方评估机构的权利义务统一性内容，以权利范围保障第三方评估机构在与政策制定机关不对等地位下有效开展评估工作，以义务内容约束第三方评估机构对审查质量负责、对涉及国家秘密的信息进行保密等。

4.1.2. 规范公平竞争审查第三方评估地方实施程序

为推进公平竞争审查第三方评估的地方实施，各省可在地方性法规或规章层面开展试验性立法，同时积极制定适宜本区域实际的第三方评估机制的具体实施指南，为各政策制定机关开展公平竞争审查第三方评估工作提供规范指引。

其一，应明确第三方评估机构的遴选规则，细化选择标准。现有遴选标准大多为空洞的泛泛而谈，政策制定机关需要对此细化，并辅以考核促使其有效适用^[19]。就遴选对象而言，为保证其独立性要求，应确保遴选对象与地方政策制定机关不存在任何利益关系，所选机构与市场主体不产生任何利益冲突。此外，该机构还需要具有独立承担民事责任的能力，提供保障评估结果客观性的前提条件。为保证第三方评估机构公平竞争审查的专业性，应对其评估资质、专业水平、工作经验、职业素养等因素制定标准，以对第三方评估机构能力进行全方位考察。同时，还可借鉴反垄断立法执法中对于行业特点全面考量的方法，⁸当被评估对象涉及某特殊领域时，则应优先考虑具有特定行业背景的专家组成的评估小组。就遴选方式而言，采取丰富多元形式，增加应用公开招标、邀标、竞争性谈判等方式，既能激发第三方评估机构优胜劣汰的工作活力，提升评估质量与效率，也能压缩政策制定机关在机构选择中谋取私利的空间。地方政策制定机关应将遴选过程公开，自觉接受社会监督，以保证遴选规则得以充分适用、遴选过程公正规范。

其二，应建立第三方评估结果采纳机制。由于缺乏对评估结果强制适用的法律依据，目前政策制定机关对评估结果的采纳适用拥有一票否决权，想要破除“参考作用”的桎梏，又要防范赋予第三方评估结果绝对权威性引发权力滥用和权力寻租的风险，在现行法律体框架下较为高效便捷的解决方案则是采用“内外双审”模式，即在对评估结果进行审议时，将对政策制定机关具有约束能力的外部机关作为共同审议主体，二者共同决定对评估结果的采纳与否与适用程度，规避孤立审查的潜在风险^[20]，形成对评估结果采纳率的有力保障。如若采取公平竞争审查第三方评估植入《反垄断法》的立法方式，则最适合的外部制衡机构乃反垄断执法机构，反垄断执法机构中立参与审议，立足地方实情，提供对第三方评估结果采纳与否的意见。

4.2. 建立地方政府与第三方评估机构的良性互动

最基于相关法律法规的完善，第三方评估启动的法定化、强制力将得以增强，其法律地位的提高也将提升联席会议的权威性与联席会议成员的配合度，前述地方政府的天然阻力将得以大大削减。要激活地方政府启动第三方评估的动力，建立地方政府与第三方评估机构的良性互动，还亟待解决的便是经费问题。建立积极导向的激励机制，激活地方政策制定机关主动开展公平竞争审查内生动力，是有效推进公平竞争审查第三方评估地方实施的可行之策。具言之，中央可以通过在省一级政府设立公平竞争审查第三方评估专项奖励基金，借鉴澳大利亚的竞争支付制度^[21]，对于重视引入第三方评估并积极运用评估成果的政策制定机关，提供一定的财政补贴，以减轻地方政策制定机关对第三方评估经费支出的财政负担。

另者，治理逻辑与财政分权体系制度使中央和地方政府之间存在政策目标的错位^[22]。中央推进建设全国统一大市场的要求，与地方不同地域间的“竞相效益”产生冲突^[12]，熔铸于经济竞争背景的晋升博

⁸ 参见《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第十一条、第十八条；《反垄断法》第七条。

弈极易引发地方政策制定部门决策者的对抗心理^[23],致使地方政府部门即使知道其制定的某项经济政策并未达到公平竞争审查标准时,仍选择出台,排除或限制不同区间市场主体的公平竞争,阻碍生产要素自由流动。要解决此问题,其一是要增强地方政策制定机关的竞争意识,在根源上优化政策制定机关传统的重视短期效益行政观念;其二则是将第三方评估落实水平与地方政策制定机关政绩、行政人员个人绩效考核挂钩,兼顾对政府部门和促成第三方评估成果运用的行政人员的绩效奖励,化解地方官员产生的对抗心理,在行政机关内营造倡导公平竞争的良好风气。

4.3. 健全公平竞争审查第三方评估地方实施的保障机制

4.3.1. 畅通信息沟通与共享渠道

评估信息的真实全面是保障评估结果准确有效的重要基础,畅通信息共享与沟通渠道,是保证政策制定机关与第三方机构的互通有无的关键。要转变地方政策制定机关与第三方机构的信息不对称局面,就要地方政策制定机关以更配合的态度促进信息共享。一方面,各地方政策制定机关应当及时、全面地将第三方评估所需资料整理至第三方评估机构以便其查阅,充分利用数字政务系统对评估工作中所需要的新数据与信息及时更新同步。另一方面,针对第三方评估机构在公平竞争审查过程中提出涉嫌排除、限制竞争的政策文件,政策制定机关应及时作出回应,主动对政策制定目的、出台背景进行补充说明,对政策合理合法性进行自证,对采纳的评估结果予以信息反馈。

构建地方公平竞争审查信息资源共享平台,不仅涉及地方政策制定机关与第三方评估机构的信息沟通,还应包括第三方评估信息的公开机制,保障社会公众的知情权和监督权。评估工作开展初期,公开信息应涵盖遴选评估机构过程、被评估对象、评估标准与方案、评估目的等相关内容;评估过程的公开,确保第三方机构工作的公正透明与前期评估规划得以落实;而对评估结果信息的公开,基于监督压力,可以从很大程度上避免虚假评估和形式化评估,保障评估成果的价值和运用。

4.3.2. 加强对第三方评估机构的监督

鉴于前文所述的第三方评估机构的自利性、以及政策制定机关权力寻租等问题,有必要加强对第三方评估机构的监督以保障第三方评估机构独立、客观地开展评估工作。由《指南》第22条可知,有关政策制定机关对第三方评估机构具有法律上的监督义务,对第三方评估机构评估信息的公开与评估过程的透明保障地方政策制定机关的内部监督同时,也让社会公众的外部监督有了实践空间。而举报机制作为外部监督的落脚点,社会公众的举报途径需要得以丰富和保障,对于“吹哨人”既要给予奖励以鼓励社会监督举报,也要注意保护以免受到恶意报复。

但由于责任追究机制的缺失,监督力度始终不强。对于违规的第三方评估机构缺乏所需承担责任形式的规定,以至于第三方评估机构近乎违规零成本,也让监督机制空转。因此,需加大追责力度,提高违规成本,倒逼第三方评估机构规范履行义务。譬如,对参与竞争政策公平竞争审查的第三方评估机构进行信用评级,对屡次发生违规评估行为或对社会公共利益危害重大的第三方评估机构,除了依照《指南》第22条规定将其记入信用档案外,还可视其违规严重性,对该机构及其主要负责人采取暂时或永久列入黑名单的惩罚措施,限制其进行评估工作。同时将惩处相关情况向社会公开。针对在评估工作开展过程中出现违规评估的情形,可采取未支付的评估经费不再支付,已经支付的评估费用依法或依合同追回的惩罚措施。此外,为便于地方操作实施,需细化惩罚性指标与责任形式,对不作为或履职不适当的直接责任人员给予相应的处分^[24]。

5. 结语

行文至此,本文开篇问题已有了相应的答案:优化公平竞争审查第三方评估制度地方实施,可从完

善公平竞争审查第三方评估的地方规范体系、建立地方政府与第三方评估机构的良性互动、健全公平竞争审查第三方评估地方实施的保障机制三条路径入手。诚然,实证研究结果处在动态更新过程中,其会随着法律法规的修改、经济社会的发展而变化,但毋庸置疑的是,这些路径可在一定程度上消解第三方评估在地方实施中所遭遇的困境,进而助力公平竞争审查制度意旨的实现。鉴于目前该制度立法缺失的现实,面对建立全国统一大市场与优化营商环境的重大决策部署,经由理论研究构建推进公平竞争审查工作第三方评估顺畅实施的路径刻不容缓,这也正是本文研究的旨趣所在。

参考文献

- [1] 邝磊. 公平竞争审查制度的规范困境和优化路径[J]. 经济法丛, 2021, 38(2): 28-41.
- [2] 倪斐, 逯鑫赫. 完善我国公平竞争审查第三方评估制度研究[J]. 中国市场监管研究, 2022(10): 66-70.
- [3] 李晓杰, 毕金平. 公平竞争审查的实践困境与优化路径——以第三方评估制度为例[J]. 当代经济, 2023, 40(10): 105-111.
- [4] 郑鹏程, 刘长云. 我国反垄断相关市场界定执法实践检讨与反思——兼论《关于相关市场界定的指南》的不足与完善[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2016, 22(5): 46-51.
- [5] 吕明瑜, 朱汝月. 优化我国公平竞争审查第三方评估制度的思考[J]. 河南财经政法大学学报, 2022, 37(5): 34-41.
- [6] 金善明. 公平竞争审查机制的制度检讨及路径优化[J]. 法学, 2019(12): 3-17.
- [7] 赵骏, 范良聪. 补偿博弈与第三方评估[J]. 法学研究, 2012, 34(3): 59-67.
- [8] 范卫红, 肖相玲. 我国公平竞争审查第三方评估主体制度研究[J]. 绍兴文理学院学报(人文社会科学), 2020, 40(5): 82-87.
- [9] 曹海军, 熊志强, 孙乙萌. 第三方评估破局公平竞争审查困境——以 L 省公平竞争审查第三方评估实践为例[J]. 辽宁行政学院学报, 2022(3): 12-18.
- [10] 陈尧. 政治研究中的庇护主义——一个分析的范式[J]. 江苏社会科学, 2007(3): 84-91.
- [11] 陈伟斌. 地方立法评估成果应用法治化问题与对策[J]. 政治与法律, 2016(3): 79-87.
- [12] 陈灿祁, 李敏嘉. 公平竞争审查第三方评估路径优化研究[J]. 经济法论丛, 2022, 40(2): 105-126.
- [13] 江国华, 刘新鹏. 法律制度实施效果第三方评估机制[J]. 江汉论坛, 2019(8): 138-144.
- [14] 周建国. 政策评估中独立第三方的逻辑、困境与出路[J]. 江海学刊, 2009(6): 117-121.
- [15] 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): 17-21.
- [16] 刘东辉. 行政联席会议制度刍论[J]. 人民论坛, 2012(35): 34-35.
- [17] 孙晋. 公平竞争审查制度——基本原理与中国实践[M]. 北京: 经济科学出版社, 2020: 299.
- [18] 孙晋. 规制变革理论视阈下公平竞争审查制度法治化进阶[J]. 清华法学, 2022, 16(4): 43-57.
- [19] 赵天涵. 优化海南自由贸易港公平竞争审查第三方评估研究[J]. 新东方, 2021(2): 6-11.
- [20] 侯利阳. 公平竞争审查的认知偏差与制度完善[J]. 法学家, 2021(6): 106-119+194.
- [21] 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): 38-42.
- [22] 叶卫平. 财政补贴、产业促进与公平竞争审查[J]. 交大法学, 2021(4): 5-15.
- [23] 周黎安. 晋升博弈中政府官员的激励与合作——兼论我国地方保护主义和重复建设问题长期存在的原因[J]. 经济研究, 2004, 39(6): 33-40.
- [24] 马乾. 公平竞争审查制度的实施困境与完善路径[J]. 厦门特区党校学报, 2018(5): 75-80.