

财政补贴、产业促进与公平竞争审查

叶卫平*

目次

- | | |
|------------------------|---------------------|
| 一、财政补贴涉嫌反竞争的规范性文件条款情形 | 三、财政补贴公平竞争审查的违法判断标准 |
| 二、财政补贴公平竞争审查的实施现状与实施逻辑 | 四、财政补贴公平竞争审查的政策协同机制 |
| | 五、结语 |

摘要 财政补贴是政府频繁使用的用以促进产业发展或实现其他社会公共利益目标的政策工具,但地方利益的狭隘视角或官员职务晋升的利己主义行为动机,导致了产业领域涉嫌反竞争的财政补贴政策措施的出台。着眼于本地企业和规模企业扶持发展的财政补贴,人为扩大了本地企业与外地企业、规模企业与中小企业等之间的市场力量对比,干扰了市场机制的良性运行,恶化了市场公平竞争环境,缺乏必要的行为正当性基础,亟待规范。准确把握正负面经济效果兼具的财政补贴的审查尺度,并就审查中所面临的竞争政策与产业政策等经济公共政策之间的冲突建立有效的协同机制,是破解当下财政补贴公平竞争审查裹足不前现状的关键。

关键词 财政补贴 公平竞争审查 违法判断标准 政策协同机制

2016年6月,国务院出台了《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》),要求对行政机关和法律、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”进行公平竞争审查。《意见》实施之后能否对政府排除、限制竞争行为形成有效约束,值得关注。考虑到财政补贴是政府频繁使用的用于扶持和促进产业发展的政策工具,下文就以财政补贴的公平竞争审查为切入点,探讨财政补贴公平竞争审查过程中所面临的主要问题及其应然处理路径,以期管中窥豹,更好回应公平竞争审查制度施行中的一般性问题。

* 深圳大学创新发展法治研究院教授、法学博士。本文系国家自然科学基金一般项目“反垄断法分析模式的选择和适用研究”(项目编号:18BFX144)、国家自然科学基金重点项目“强化反垄断促进平台经济健康发展研究”(项目编号:21AZD017)和深圳市哲学社会科学规划重点课题“财政资金监管体系制度完善研究”(项目编号:SZ2019A009)的阶段性研究成果,并受武汉大学网络治理研究院资助。

一、财政补贴涉嫌反竞争的规范性文件条款情形

《宪法》《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》等法律法规赋予了中央和地方各级政府组织经济建设的基本职能。如《宪法》第89条规定国务院行使的职权包括“编制和执行国民经济和社会发展规划和国家预算”“领导和管理经济工作和城乡建设、生态文明建设”等内容,第107条规定“县级以上地方各级人民政府依照法律规定的权限,管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化……计划生育等行政工作”。中央和地方政府如何行使其经济管理职权,行权效果如何,是人们普遍关注的问题。从政策学的角度看,在公共政策施行过程中,由于治理逻辑差异,可能产生政策阻滞或政策外部性等问题,如政治体制的结构分层导致纵向主体政策目标的分化、背离,从而产生了政策协同的纵向阻滞问题;政策外部性可能表现为政府间的政策外部性、政策间的政策外部性、公共政策的制定和实施所导致的利益群体外部性等。^{〔1〕}

具体到产业领域的财政补贴,该政策措施的初衷很大程度上是为了鼓励投资和引导产业发展,但是治理逻辑差异导致中央和地方政府在政策目标上存在着一定程度上的错位:中央政府希望通过财政补贴实现重点产业和整体经济的发展,地方政府更关注财政补贴对本地产业发展和地区生产总值的贡献。政策目标的错位,使得不同层级政府对于财政补贴的作用领域、补贴对象、补贴方式有着不同的定位,对存在外部性的补贴措施的容忍程度也显著不同,进而诱发了政策冲突的可能。

为了分析和考察地方政府通过财政补贴促进产业发展的政策措施的规范现状,笔者以“产业发展资金”为关键词在北大法宝数据库检索出标题含有该关键词的地方规范性文件共61份,排除已经失效的规范性文件9份和无法阅读附件内容的规范性文件2份,在余下的50份地方规范性文件中,涉嫌影响市场公平竞争的规范性文件条款主要有以下情形:

第一,给予本地企业财政补贴。将财政补贴的扶持对象限定为在当地注册的企业,将未在当地注册的企业排除在优惠政策之外,是很多地方性产业促进规范性文件的通行做法,如G市《产业发展资金管理暂行办法》规定:“发展资金的支持对象是在我市行政辖区内依法注册的企事业单位、社会组织,以及市政府依法决定和分项资金管理暂行办法规定的其他支持对象。”实践中,规范性文件可能将注册登记、税务关系和统计关系等作为给予产业发展资金扶持的前提。

第二,给予落户本地的企业财政奖励。不少地方政府为吸引投资,在其规范性文件中明确承诺对落户本地的企业给予资金或其他方面的支持。如Z市《关于印发加快供给侧结构性改革促进民营经济发展若干措施的通知》规定:“对新设立或迁入我市的总部企业,注册资金1000万元以上的奖励30万元;注册资金3000万元以上的按注册资金1%予以奖励,奖励总额最高不超过300万元。”为了保证落户奖励政策的有效性,落户奖励政策措施往往与限制迁出的要求相配合以强化其锁定投资的政策效应,如要求接受资助的企业书面承诺获得扶持资金后注册登记地址不迁出等。

第三,给予特定企业或特定类型企业财政补贴。地方政府在招商引资或者扶持本地企业发展的过程中,可能通过“一事一议”的方式,给予特定企业财政补贴,或者通过出台规范性文件给予符合条件的特定类型企业财政补贴。如对“世界500强”“中国500强”企业直接给予财政支持;通过出台专门的认定标准将一些企业认定为龙头企业、领军企业或总部企业,并给予财政支持;或者根据经营规模等指标要求,给予达到门槛条件的企业财政支持;等等。

〔1〕 参见周英男、柳晓露、宫宁:《政策协同内涵、决策演进机理及应用现状分析》,载《管理现代化》2017年第6期,第124页。

第四，给予差异化财政补贴。即使是扶持规模企业，也并不意味着给予同等力度的财政支持，补贴标准通常依据经济规模大小和财政贡献程度等指标确定。如W市《动漫产业发展资金管理暂行办法》规定：“对行业内具有龙头地位和明显竞争优势的新引进企业，自注册之日起2年内在W市实际投资额1亿元以上的，最高按实际投资额的10%给予资助……自注册之日起2年内实际投资额1000万元以上的，最高按实际投资额的5%给予一次性奖励。”S市某区《加快数字文化产业发展扶持办法（试行）》对数字文化企业的财政奖励标准是：“该企业对地方经济发展贡献达到2000万元/年以上的，按60%的标准给予奖励；该企业对地方经济发展贡献达到1000万元—2000万元/年的，按50%的标准给予奖励；该企业对地方经济发展贡献达到200万元—1000万元/年的，按照40%给予奖励。”

除上述财政补贴类型外，地方规范性文件的财政补贴类型和补贴对象名目繁多，显著没有上位法或上位政策依据的财政补贴也不鲜见。

二、财政补贴公平竞争审查的实施现状与实施逻辑

着眼于本地企业和规模企业扶持发展的财政补贴的反竞争性是显而易见的：当地注册条款和落户支持条款，增加了外地企业的经营成本，使得外地企业、商品和服务处于不利的市场竞争地位，对消费者利益和全国统一大市场建设也造成了不利影响；违法给予特定企业财政补贴或差别化财政补贴，使得接受财政补贴的企业不当获得市场竞争优势，同样扭曲了市场机制的运行。正是考虑到上述行为的反竞争影响，《意见》做出了“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”“不得对外地经营者在本地的投资或者设立的分支机构实行歧视性待遇”“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企业缴纳的税收或非税收入挂钩”等禁止性规定。考虑到前文列举的条款情形都出自现行有效的规范性文件，《意见》实施后的实际规范效果如何，需要做更全面的考察。

从公开披露的信息看，《意见》实施以来，尽管已审查的规范性文件总体数量非常可观，但在财政领域没有显示出明显的审查进展。

如根据国家市场监管总局和省一级市场监管局网站披露的信息，上海市市场监管局对2019年12月31日前制定的规章、规范性文件和其他政策措施进行清理，共梳理政策措施7475件，清理26件（拟修订7件、废止19件）；^{〔2〕}山东省共梳理各类政策措施62292件，其中涉及市场主体经济活动的政策措施8574件，发现存在妨碍统一市场和公平竞争问题的政策措施109件，其中修改19件、废止74件、适用例外规定16件。^{〔3〕}截至2020年11月17日，广东省共梳理文件近3万份，核查出问题文件419份，其中拟废止307份，拟修订91份，适用例外规定保留21份。^{〔4〕}遗憾的是，上述报道都没有披露废止、修订的规范性文件或其他政策措施违反公平竞争审查制度的具体行为情形。不过，考虑到实践中着眼于本地企业和规模企业扶持发展的规范性文件仍然大量存在的基本事实，财政补贴公平竞争审查的具体进展可想而知。

〔2〕《首次引入第三方评估 重点审查1296件 上海市公平竞争审查联席会议晒出成绩单》，载国家市场监督管理总局反垄断局网站2020年7月17日，http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/gpjzsc/202007/t20200717_319888.html。

〔3〕《山东省政策措施清理工作取得阶段性成效》，载国家市场监督管理总局反垄断局网站2020年7月17日，http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/gpjzsc/202007/t20200717_319889.html。

〔4〕《广东省公平竞争审查工作部门间联席会议召开第三次全体会议》，载广东省市场监督管理局网站2020年11月18日，http://amr.gd.gov.cn/zwdt/xwfbt/content/post_3129821.html。

由于《反垄断法》第五章所规制的滥用行政权力排除、限制竞争的行为类型中包含了“制定含有排除、限制竞争内容的规定”(第37条),而《意见》对违法情形的兜底性规定是“不得违反《中华人民共和国反垄断法》,制定含有排除、限制竞争内容的政策措施”,所以,对于涉及排除、限制竞争的抽象性行政行为的规范,《反垄断法》和《意见》并无不同。滥用行政权力排除、限制竞争行为的查处情况,可以作为《意见》实施现状和实施逻辑的替代性观察视角。2018年6月22日至2021年3月16日国家市场监督管理总局反垄断局共公开了35宗滥用行政权力排除、限制竞争行为的执法案例(见表1)。〔5〕

表1 滥用行政权力排除、限制竞争案例情况

行为主体	查处单位	发布时间	行为定性
内蒙古自治区公安厅	市场监管总局	2018	限定交易;制定含有排除、限制竞争内容的规定
房山区燃气开发中心	北京市发展与改革委员会	2018	限定交易
晋中市住房保障和城乡建设局	山西省发展和改革委员会	2018	限定交易;制定含有排除、限制竞争内容的规定
上海市商务委	上海市发展和改革委员会	2018	限定交易
苏州市道路运输管理机构	江苏省工商行政管理局	2018	制定含有排除、限制竞争内容的规定
六安市安全生产监督管理局	安徽省工商行政管理局	2018	限定交易
新建区“营改增”工作协调推进领导小组	江西省发展和改革委员会	2018	地区封锁;制定含有排除、限制竞争内容的规定
宜春市盐务局、鹰潭市盐务局	江西省发展和改革委员会	2018	地区封锁;制定含有排除、限制竞争内容的规定
临沂市莒南县公共资源交易服务中心	山东省工商行政管理局	2018	制定含有排除、限制竞争内容的规定
济南市建委	山东省工商行政管理局	2018	制定含有排除、限制竞争内容的规定
封丘县人民政府	河南省发展和改革委员会	2018	限定交易;制定含有排除、限制竞争内容的规定
天门市人力资源和社会保障局	湖北省发展和改革委员会	2018	限定交易
部分市州经信部门	湖南省工商行政管理局	2018	限定交易;制定含有排除、限制竞争内容的规定
中山市住房和城乡建设局	广东省发展和改革委员会	2018	地区封锁;制定含有排除、限制竞争内容的规定
南充市西充县人民政府	四川省发展和改革委员会	2018	限定交易;制定含有排除、限制竞争内容的规定
西安市国土资源局	陕西省发展和改革委员会	2018	限定交易;制定含有排除、限制竞争内容的规定
庆阳市西峰区政府	甘肃省发展和改革委员会	2018	限定交易;制定含有排除、限制竞争内容的规定
淄博市淄川区人力资源和社会保障局	山东省市场监管局	2020	限定交易

〔5〕“滥用行政权力排除、限制竞争案件”栏目,载国家市场监督管理总局反垄断局网站,http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/qlpc/,2021年3月17日访问。

续表

行为主体	查处单位	发布时间	行为定性
荣成市海洋发展局	山东省市场监管局	2020	限定交易
怀化市住房和城乡建设局	湖南省市场监管局	2020	限定交易；强制从事垄断行为；制定含有排除、限制竞争内容的规定
亳州市应急管理局等部门	安徽省市场监管局	2020	限定交易；制定含有排除、限制竞争内容的规定
哈尔滨市交通运输局	黑龙江省市场监管局	2020	限定交易
双鸭山市住房和城乡建设局	黑龙江省市场监管局	2020	限定交易
肥西县城管局	安徽省市场监管局	2020	限定交易
滁州市住房和城乡建设局等部门	安徽省市场监管局	2020	限定交易；地区封锁
南昌市教育局	江西省市场监管局	2020	限定交易
荆门市自然资源和规划局	湖北省市场监管局	2021	限定交易
鄂州市住房和城乡建设局	湖北省市场监管局	2021	限定交易
武山县道路运输管理局	甘肃省市场监管局	2021	限定交易
古田县人民政府	福建省市场监管局	2021	地区封锁；制定含有排除、限制竞争内容的规定
福州市交通运输局	福建省市场监管局	2021	限定交易；制定含有排除、限制竞争内容的规定
日照市卫生健康委员会	山东省市场监管局	2021	限定交易
临沂市兰山区卫生健康局	山东省市场监管局	2021	限定交易
日照市城市管理局	山东省市场监管局	2021	限定交易
济宁市财政局	山东省市场监管局	2021	制定含有排除、限制竞争内容的规定

《反垄断法》第五章规定了限定交易、妨碍商品自由流通、排斥限制异地招投标、差别待遇、强制从事垄断行为和制定含有排除、限制竞争内容的规定共六种行为情形。从上述表格信息看，不同类型案件的查处数量呈现出显著差异：在公开的全部 35 宗执法案例中，27 宗涉及限定交易，18 宗涉及制定含有排除、限制竞争内容的规定，5 宗涉及地区封锁，1 宗涉及强制从事垄断行为。全部案例中，只有 1 宗涉及财政补贴，即山东省市场监管局纠正济宁市财政局滥用行政权力排除、限制竞争行为案。^{〔6〕} 不同类型案件查处数量差异巨大，究其原因，笔者认为：

首先，限定交易是执法机关查处数量最多的行为类型，这与该行为违法认定难度低以及有相对长期的规制历史密切相关。一方面，公权机关将市场交易机会直接赋予了特定企业，剥夺了其他企业的交易机会，完全排除了市场竞争，违反《反垄断法》殆无异议。另一方面，限定交易一直是

〔6〕 该案件的基本案情是：济宁市财政局在执行市政府发布的《济宁市公交投入和补贴资金管理办法》的过程中，给予该市国资委下属的公交公司财政补贴，但一直未给予民营企业同等待遇，因此被山东省市场监管局认定为制定含有排除、限制竞争内容的规定的违法情形。

《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》(1980)、《关于打破地区间市场封锁进一步搞活商品流通的通知》(1990)和《关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的规定》(2001)等行政法规和《反不正当竞争法》(1993)、《反垄断法》(2007)所重点规制的行为类型,执法经验相对成熟。针对此种行为类型的执法,风险小,争议少。

其次,制定含有排除、限制竞争内容的规定的案件查处数量大,很大程度上是得益于《意见》的制定与实施。《意见》及其实施细则的出台、公平竞争审查联席会议的建立、具体审查工作的推进,指向的都是“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”,《意见》的调整对象完全包含了《反垄断法》第37条规定的行为情形,《意见》的实施显著强化了反垄断执法机关查处“制定含有排除、限制竞争内容的规定”的力度。此外,制定含有排除、限制竞争内容的规定的案件查处数量大的另一方面原因是,此类行为与其他类型违法行为之间的兼容性强。国家市场监督管理总局公布的“制定含有排除、限制竞争内容的规定”的违法案件中,多数案件都同时涉及违法认定相对简单的限定交易等执法难度小和争议少的行为情形。

再次,财政补贴领域的执法案件非常罕见,与具有反竞争效果的财政补贴措施大量存在的事实状况是不相匹配的。究其原因,同样与此类行为违法认定的难易程度,执法可能面对阻力等因素不无关联:就违法认定而言,财政补贴可能兼具促进产业发展和反竞争的两方面经济效果,相关行为的违法认定难度显然高于只具有单方面经济效果的行为类型;就执法可能面对阻力的一面看,财政补贴可能有上位政策依据,财政补贴往往出于地方政府招商引资和推动地方经济发展的目的,审查机关在组织上隶属于地方政府等因素,都可能影响到执法机关的执法意愿。

所以,在财政补贴的行为规范中,一方面,《意见》对违法财政补贴的具体情形做了详细列举,另一方面,《意见》的禁止性规定在公平竞争审查实践中并没有被认真对待和有效施行,公平竞争审查的“纸面上的法”和“行动中的法”显著背离。考虑到实施机关的行为动机显著影响了实施进展,如何消解实施机关的制度实施阻力,提高其实施意愿,是破解制度实施困境的关键。下文就从财政补贴公平竞争审查的违法判断标准和政策协同机制两方面,对公平竞争审查制度实施困境的解决之道做进一步论述。

三、财政补贴公平竞争审查的违法判断标准

《意见》的实施已逾5年,为什么没有在财政领域形成有效的规范效果,个中原因值得探究。笔者认为,财政补贴的公平竞争审查出现“纸面上的法”和“行动中的法”显著背离的现象,与《意见》当下所选取的违法判断标准过于刚性不无关联。

从反垄断法学理论角度看,为了节省执法、司法成本和法律遵从成本,提高案件处理结果的可预见性,反垄断法在其长期实践过程中衍生出“基于形式的方法”和“基于效果的方法”等分析模式类型。^{〔7〕}“基于形式的方法”的优点在于规则明确,执法或司法判断成本低,行为法律后果的可预见性强,但只应该适用于反竞争效果显著,并且在绝大多数情况下没有显著正面经济效果的行为类型。对于兼具正负面经济效果的行为,则应该适用“基于效果的方法”这类全面分析的分析模式。《意见》确立的18项审查标准,用的措辞较为刚性,如“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”“不得违法

〔7〕 参见叶卫平:《反垄断法分析模式的中国选择》,载《中国社会科学》2017年第3期,第97页。

给予特定经营者优惠政策”等；在分析模式类型方面，更接近于“基于形式的方法”，而不是“基于效果的方法”。因此，《意见》所表述的审查标准，其对应的调整对象只宜定位为反竞争效果显著并且在绝大多数情况下没有显著正面经济效果的行为类型。

地方政府出于地方竞争考虑而出台的财政补贴政策措施，多为正负面经济效果兼具的公权干预行为。美国华盛顿大学经济学家查尔斯·蒂布特对地方竞争行为有过经典的研究，他认为地方政府在满足如下五项限制性条件时，其公共物品的供给会实现帕累托最优：公共商品、服务和规制行动按照最小平均成本提供；每个地方政府的公共物品供给是完全弹性的，可以复制其竞争对手的所有有吸引力的政策措施；家庭和商业机构对于财政和规制政策完全知情；家庭和商业机构跨地区流动没有成本；地方公共产品供给没有外部性和溢出效应。^{〔8〕} 不过也有观点认为：“社区间的竞争更多的是负面影响……不同的社区会为了吸引企业而就税基和就业机会展开竞争。一个社区的得益可能在一定程度上使其他社区受损。……从这个角度看，对社区来说，达成协议不进行竞争也许更可取。”^{〔9〕}

既然地方竞争行为可能正负面经济效果兼具，适用“基于效果的方法”，那么在全面分析的基础上做出基于个案的行为违法认定，才是公平竞争审查的恰当进路。如就行为的正面经济效果而言，任何政策措施的出台，都必须覆盖其可能导致的施行成本，政策措施只有在其能够实现特定社会公共利益的前提下，才是可欲的。基础设施建设，基础科学研究，都属于公共物品的范畴，考虑到其投资规模大、周期长、回报率低等客观情况，政府提供此类公共物品，能够显著增进社会公共利益。对于市场机制能够有效率进行资源配置的领域，政府则没有直接介入的必要。就行为的负面经济效果而言，一项政策措施的出台，不应该对社会公共利益造成显著侵害，包括不得排除或者限制市场竞争。而在行为正负面经济效果兼具的情形下，则需要综合考量其两方面经济效果，并根据净效果决定行为正当与否。

具体到财政补贴政策措施，财政补贴是否具有行为正当性，首先需要考察财政补贴能否带来积极的经济效果。需要注意的是，即使财政补贴政策措施出台的初衷是产业扶持促进，也不意味着该政策措施就当然具有正面经济价值。如前文提到的先进制造业，其与传统制造业的主要区别在于技术含量的不同，而技术含量的高低，可能体现在基础科学研究、底层技术和应用技术研发等不同层面，政府的扶持措施主要应该定位于存在市场失灵的基础科学研究和底层技术研发等方面，没有必要也不可能对先进制造业的全行业、全经济环节进行财政扶持。而服务业、电子商务等产业商业化程度很高，完全可以更多依赖于市场机制而不是公权干预进行相关资源配置。其次，考察财政补贴的行为正当性，还需要分析其可能的负面影响，以及进行必要的正负面经济效果权衡。当下地方政府推出的财政补贴措施，往往主要着眼当地企业的扶持发展和当地财政收入的增加，以地域歧视、差别待遇为特征的财政补贴措施，必然带来损害市场竞争的政策后果。对于这些有显著反竞争效果并且没有明显正面价值的政策措施，应该被认定为具有排除、限制竞争影响，不予出台。上述分析框架有助于为正负面经济效果兼具的财政补贴措施的公平竞争审查提供科学的违法判断标准。

〔8〕 Charles M. Tiebout, *A Pure Theory of Local Expenditures*, 64 *Journal of Political Economy* 416, 419 (1956), as cited in: Robert P. Inman & Daniel L. Rubinfeld, *Making Sense of the Antitrust State Action Doctrine: Balancing Political Participation and Economic Efficiency in Regulatory Federalism*, 75 *Texas Law Review* 1203, 1219 (1997).

〔9〕 [美] 约瑟夫·E.斯蒂格利茨：《公共部门经济学》，郭庆旺译，中国人民大学出版社2005年版，第627页。

主张“基于效果的方法”的适用,与《意见》的核心理念是一致的。《意见》文本将是否具有排除、限制竞争效果,确立为公平竞争审查的核心标准。如《意见》规定:“政策制定机关在政策制定过程中,要严格对照审查标准进行自我审查。经审查认为不具有排除、限制竞争效果的,可以实施;具有排除、限制竞争效果的,应当不予出台,或调整至符合相关要求后出台。没有进行公平竞争审查的,不得出台。”是否具有排除、限制竞争效果,是决定规范性文件和其他政策措施能否出台的关键尺度,《意见》中的具体审查标准,只是排除、限制竞争效果标准的具象化要求。

主张“基于效果的方法”的适用,与当下学界对于行政性垄断违法判断标准的研究共识是相契合的。考虑到《反垄断法》第37条规定的行为情形与《意见》调整的对象是完全重合的,因此行政性垄断行为的违法判断标准与《意见》的公平竞争审查标准具有同一性。行政性垄断的构成必须同时具备主体、行为和效果三方面的要求,即在主体方面,行政性垄断行为的主体必须是行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织;在行为方面,行政性垄断行为必须滥用了行政权力;在效果方面,行政垄断行为必须排除或限制了市场竞争。^[10] 不过,由于政府“组织经济建设”的职能是被概括授予的,何为“滥用行政权力”,难以清晰界定,因此有学者主张:“若要评判政府行为的正当性,应当调整评判标准,以市场机制是否受到损害为基本标准,突破合法性审查的框架,凸显合理性审查的要求,而这恰恰是竞争政策的标准。”^[11]以市场机制是否受到损害为基本标准,就是效果标准。

主张“基于效果的方法”的适用,并不排除“基于形式的方法”的引入。《意见》在将是否具有排除、限制竞争效果,确立为规范性文件公平竞争审查的核心标准的同时,也规定了有法律、行政法规依据或者出于维护国家经济安全、为实现扶贫开发、救灾救助、为实现节约能源资源、保护生态环境等社会公共利益等例外情形。这说明《意见》所确立的违法判断标准是多元的,而不是一元的。客观上,出于地方竞争考虑而出台的财政补贴措施,其具体行为类型、行为依据和经济效果千差万别,完全有可能出现正面经济效果显著大于负面经济效果,或者负面经济效果显著大于正面经济效果的行为情形。在这样的前提下,针对特定的行为情形,引入豁免制度、安全港制度或本身违法原则,都是非常合理的制度安排。

所以,《意见》实施中的“纸面上的法”和“行动中的法”显著背离,部分导因于《意见》列举的审查标准表述过于刚性。从文义解释的视角看,前文述及的当地注册条款、落户支持条款、给予特定企业财政补贴、差别化补贴等做法都显著违反了《意见》的禁止性规定。政策制定机关在既承担着地方产业政策执行者的机构职能,又需要遵从《意见》“一概禁止”的明确规则指引的背景下,在财政补贴公平竞争审查的实际行动中裹足不前,是不难理解的。经济效果具有两面性的公权干预措施对应的违法判断标准需要更有弹性和包容性,可以在对不同类型公权干预行为进行分类处理的基础上,对相应的违法判断标准做进一步的细化及体系化规定。

四、财政补贴公平竞争审查的政策协同机制

除了行为违法认定本身的困难外,公平竞争自我审查机关的角色双重性、地方竞争主管机关在行政关系上隶属于地方政府等体制机制安排,也影响了《意见》的有效实施。因此,在科学确立

[10] 参见种明钊主编:《竞争法》(第二版),法律出版社2008年版,第325—327页。

[11] 徐士英:《竞争政策视野下行政性垄断行为规制路径新探》,载《华东政法大学学报》2015年第4期,第37页。

违法判断标准的同时,还需要充分考虑公平竞争审查制度施行的经济、社会和体制背景,并针对制度实施中面临的主要阻力,做相应的体制机制设计。

首先,地区锦标竞赛式的发展模式对《意见》的顺畅实施构成了现实阻碍。

改革开放以来中国经济建设的成功经验,既在于通过改变市场主体的行为动机和行为模式,释放了市场力量;也在于国家在改革开放之初通过财政管理体制改革,充分调动了地方政府发展经济的积极性。地方竞争是观察和分析改革开放成功经验的重要视角。复旦大学张军教授等认为:“经过40余年的改革开放,中国的经济发展取得了举世瞩目的成就。这一成绩的背后有诸多方面的原因,而地方政府多年来对经济不遗余力的推动则是其中一个不容忽视的关键因素。”^[12]不过,地方政府竞争在带来经济发展的同时,也带来了地区封锁、差别待遇等副产品。地区封锁、差别待遇等行为之所以长期以来屡禁不止,就在于地方政府没有动力去矫正这些行为。所以,地方政府滥用行政权力排除限制竞争行为,主要影响的是整体经济发展,制度应对的动力也必然主要来自中央,而不是地方。

其次,产业政策等经济公共政策影响了竞争政策作用的空间。

我国竞争政策肇始于1980年国务院制定的《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》,但直到2007年《反垄断法》出台,才标志着其完全体系化。而20世纪90年代中期,中国产业政策体系就已经完全形成。^[13]2016年《意见》的颁行,并不意味着竞争政策相对于产业政策在中国经济公共政策体系中取得了优先地位,从国务院同期及以后出台的相关政策文件的内容和影响力看,产业政策和竞争政策仍然处于并重的状态。产业主管部门的政策基点是借助财政补贴等政策措施促进特定产业更好更快发展,而竞争主管部门关注的焦点是维护市场公平竞争和提升资源配置效率。政策目标的不同,使得产业政策和竞争政策之间存在冲突的情形多有发生,政策冲突情形下该如何取舍,是公平竞争审查制度运行的价值所在。财政补贴的公平竞争审查,本质上要求审查机关对产业政策和竞争政策之间存在冲突的情形予以正面回应。既然竞争政策并没有必然优先于产业政策,在两者存在冲突的情形下,公平竞争审查的难度无疑将大幅提升。

消解经济、社会和体制背景对《意见》实施所造成的不利影响,完善公平竞争审查体制机制的设计,非常必要。《意见》的显著问题是没有建立起权威、独立和专业的审查机构和有效的政策协同机制。

例如,《意见》确立的是政策制定机关自我审查的审查模式。这种审查模式,虽然夯实了政策制定机关的主体责任,但是,考虑到政策制定机关审查专业性和审查力量的不足,其审查效果必然大打折扣。同时,由于政策制定机关在进行公平竞争审查的同时,还担负着产业发展、经济管理等其他政府职能,自身的角色冲突也影响了审查的独立性和公正性。在政策协同方面,考虑到经济公共政策之间的内在冲突和进行政策协同的必要性,2016年12月,国务院建立了由发展改革委等28个部门和单位组成的公平竞争审查联席会议,随后,地方省、市级政府也先后建立了相应层级的联席会议。但是,由于召集人单位是同级的政府部门,这使得联席会议在协调政策冲突时,难以发挥显著作用。

正是上述原因,导致了审查机关在面对《意见》要求与政府主导的经济公共政策存在冲突的情

[12] 张军、樊海潮、许志伟、周龙飞:《GDP增速的结构性下调:官员考核机制的视角》,载《经济研究》2020年第5期,第31页。

[13] 参见叶卫平:《产业政策法治化再思考》,载《法商研究》2013年第3期,第115页。

形下,没有足够的行为动机进行严格审查。改变政策制定机关和公平竞争审查机关的行为动机,建立有效的公平竞争审查体制机制,可以考虑从以下方面着力:

第一,建立独立于政策制定机关的公平竞争外部审查机制。

在《意见》制定的过程中,就审查模式是自我审查还是外部审查曾经发生过争论。《意见》选择自我审查模式,既是为了夯实政策制定机关的责任,也是出于担心规范性文件和其他政策措施数量过于庞大,外部审查机关可能难以全面和及时审查等现实考虑。不过,《意见》施行以来,由公平竞争审查联席会议的召集人单位(竞争执法机关)牵头组织的抽查和督查工作机制已经相对成熟,这些抽查和督查工作是在政策制定机关自我审查的基础上,进行的工作检查和再次审查。公平竞争的抽查和督查工作,与外部审查在本质上并没有根本不同,建立外部审查机制的条件日臻成熟。更为可喜的是,深圳建立独立的公平竞争审查机构,试点实施独立审查制度,已经得到国家市场监督管理总局和广东省人民政府的支持。^[14]可以预见,外部审查机制一旦全面建立,审查的专业性和独立性都将有望得到大幅提升。

第二,优化竞争政策与其他经济公共政策协同的组织和程序机制设计。

考虑到协调竞争政策与产业政策等经济公共政策之间的关系是《意见》的主要任务所在,如何通过恰当的制度设计,提升政策协同的有效性,至关重要。政策协同机制有结构性协同机制和程序性协同机制之分,“结构性协同机制侧重政策协同的组织载体……如中心政策小组、部际联席会议、专项任务小组、跨部门政策小组等等。程序性协同机制则侧重于实现政策协调的程序性安排和技术手段,如面临跨界问题时的议程设定和决策程序、制度化信息交流和沟通程序、促进政策协同的财政工具和控制工具的选择等等”。^[15]国务院同意建立公平竞争审查工作部际联席会议,就是结构性协同方面的制度安排。不过,联席会议召集人的行政级别显著低于国务院食品安全委员会、国务院反垄断委员会、国务院知识产权战略实施工作部际联席会议等结构性协同组织负责人或者召集人的行政级别,并且国务院办公厅函复发展改革委的明确指示是“联席会议不刻制印章,不正式行文”^[16],这说明联席会议的基本定位是非正式的组织机构。联席会议召集单位的影响力、会议成员之间的信息交流频度和意见整合程度必然被限制在相对低位的水平。当然,也需要看到,2021年6月国家市场监督管理总局等五部门印发的《公平竞争审查制度实施细则》已要求原则上由本级人民政府分管负责同志担任联席会议的召集人,这是公平竞争审查政策协同制度上的积极变化。在程序性协同机制方面,当下公平竞争审查的推进,多采取的是检查、督查等约束性机制,而没有采取过外部性内部化的激励性制度安排,这对调动地方政府落实《意见》要求的积极性是不利的。考虑到竞争政策与产业政策之间协调的难度和重要程度,提升召集人的行政层级,优化协同的组织和程序机制,非常必要。

此外,为了改变公平竞争审查机关的行为动机,在行政组织体制方面,可以探索异地审查或者借鉴最高人民法院“飞跃上诉”的做法由上级机关进行特定类型案件的飞跃审查,进一步提升审查的独立性;在官员考核指标体系方面,可以考虑将落实公平竞争审查纳入官员考核指标体系,调整地方主政官员执政业绩预期,使得相关制度设计更能激励相容;等等。

[14] 《广东省进一步推动竞争政策在粤港澳大湾区先行落地的实施方案》,粤府函〔2021〕34号,2021年2月22日发布。

[15] 周志忍、蒋敏娟:《整体政府下的政策协同:理论与发达国家的当代实践》,载《国家行政学院学报》2010年第6期,第29页。

[16] 《国务院办公厅关于同意建立公平竞争审查工作部际联席会议制度的函》,国办函〔2016〕109号。

五、结 语

地方政府的财政补贴行为,多有着显著的产业政策导向或者旨在实现其他社会公共利益,但是地方利益的狭隘视角或官员职务晋升的利己主义行为动机,也导致了涉嫌反竞争的财政补贴政策措施的出台。在当下公平竞争审查和反垄断执法实践中,公权机关优先选择限定交易等违法认定相对简单的行为类型予以规制,符合《意见》实施的“分阶段、分步骤地推进和完善”的策略性要求。但是,考虑到涉嫌反竞争的财政补贴措施的广泛性及其对整体经济发展的不良影响,对此类行为的公平竞争审查亟待进一步推进。

推进财政补贴的公平竞争审查,是改革进入深水区和公平竞争审查进入新的发展阶段的表现。具有反竞争效果的财政补贴政策措施的治理,涉及国家经济治理模式的转型、产业政策与竞争政策的协调、官员激励制度的重塑、行政组织体制的改进以及公平竞争审查标准的完善,没有系统性的解决方案和解决措施的跟进,不可能对此种行为做出有效治理。近年来我国的经济治理模式显著开始了从“招商引资—产业政策范式”向“营商环境营造—竞争政策范式”的转型,党的十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》等文件也提出了“完善发展成果考核评价体系,纠正单纯以经济增长速度评定政绩的偏向”等要求,这些政策走向上的变化,为通过法治路径矫正公权干预措施的异化,实现政府经济治理能力现代化提供了有利契机。

Abstract Fiscal subsidies are frequently used by the government as a policy tool to promote industrial development or achieve other social public interest goals, but in practice, the narrow-mindedness of local interests or the officials' egoistic motives of promotion have led to some suspected anti-competitive fiscal subsidy policy measures. Those fiscal subsidy policy measures aiming at supporting the development of local enterprises and large-scale enterprises artificially expand the market power discrepancy between local enterprises and outside enterprises, and large-scale enterprises and small and medium-sized enterprises, interfere with the benign operation of market mechanism, deteriorate the fair competition environment, and lack the necessary justification basis. Thus there is an urgent need to regulate them. One key issue for solving the current stagnation of fiscal subsidy fair competition review is how to accurately exercise the review scale of fiscal subsidy policy measures which have both positive and negative economic effects, and establish effective coordination mechanisms regarding the policy conflicts faced in the review.

Keywords Fiscal Subsidies, Fair Competition Review, Criteria for Illegality, Policy Coordination Mechanisms

(责任编辑:黄韬)