

# 公平竞争审查制度中的第三方评估主体

张淑彦

宁波大学, 浙江 宁波

Email: shuyzhangx@163.com

收稿日期: 2021年5月18日; 录用日期: 2021年7月2日; 发布日期: 2021年7月9日

## 摘要

公平竞争审查第三方评估制度是对公平竞争自我审查制度的补充与完善, 由于第三方评估主体的中立性和客观性, 能够为政策制定机关提供更加客观真实的评估报告。然而第三方评估主体的法律地位、权利义务、法律责任等问题均没有得到明确, 使得在实践中第三方评估制度的引入存在一定的困境。第三方评估主体辅助政策制定机关的公平竞争审查工作, 享有独立评估权、获取信息权和退出权, 同时也负有保密义务、中立义务、恪尽职守义务和公开义务。虽然第三方评估主体不对政策措施的制定起决定作用, 但深入了解第三方评估主体的相关问题, 是维护公平竞争的市场秩序, 推动公平竞争审查制度深入实施

## 关键词

公平竞争审查, 第三方评估, 评估主体, 遴选机制

# The Third Party Evaluation Subject in the Fair Competition Review System

Shuyan Zhang

Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Email: shuyzhangx@163.com

Received: May 18<sup>th</sup>, 2021; accepted: Jul. 2<sup>nd</sup>, 2021; published: Jul. 9<sup>th</sup>, 2021

## Abstract

The third-party evaluation system of fair competition review is a supplement and improvement to the self-review system of fair competition. Due to the neutrality and objectivity of the third-party assessment subject, it can provide decision makers with a more objective and true assessment report. However, the legal status, rights and obligations, and legal responsibilities of the

third-party assessment subject have not been clearly reflected. Therefore, it is difficult to introduce a third-party evaluation system in practice. Third-party assessment bodies assist decision-making bodies in conducting fair competition reviews, enjoy independent assessment rights, information access rights and withdrawal rights, and assume confidentiality, neutrality, due diligence and disclosure obligations. Although the third-party assessment subject has no decisive role in the formulation of policies and measures, it is necessary to understand the relevant issues of the third-party assessment subject to maintain fair competition in the market order and promote fair competition, and in-depth implementation of the fair competition review system.

## Keywords

Fair Competition Review, Third Party Assessment, Appraisal Subject, Selection Mechanism

Copyright © 2021 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

公平竞争审查第三方评估能够弥补自我审查专业性受限和客观性不足的缺陷，无论是《公平竞争审查制度实施细则》，还是《公平竞争审查第三方评估实施指南》，都对第三方评估的重要性予以了充分的肯定，厘清第三方评估主体相关问题是实施第三方评估制度的重要前提。但是《实施指南》对于第三方公平竞争审查主体的规定篇幅较小，对于以下几个问题还有待厘清：第三方评估主体的性质是从属性还是独立性；是否所有市场主体都能成为第三方评估主体；第三方评估主体依何种程序产生，享有何种权利和负有何种义务；第三方评估主体在违反义务的情况下承担何种责任。这些问题都没有在《实施指南》中得到明确，有待进一步探讨。

## 2. 第三方评估主体的属性

根据《实施细则》第十三条及《实施指南》第二条的规定可知，第三方评估主体辅助政策制定机关的公平竞争审查工作，辅助完善未公布实施的政策措施，其所制作的评估报告对政策措施的修改或废除仅产生参考作用，其外部监督和外部约束是有限的。<sup>1</sup>也就是说，第三方评估机构的评估结果并不完全会被政策制定机关采纳，而只是将其作为政策制定的考虑因素，第三方评估机构对于政策措施的制定、增加或删除不会起到决定作用。本文认为，该条规定在一定程度上否定了第三方评估机制的意义。因此，虽然在功能属性上第三方评估主体定位于辅助属性，但是政策制定机关应对不予采纳的第三方评估报告作出合理说明。此外，第三方评估主体应将独立性作为其主体属性，既独立于第三方评估的委托者，也独立于受到政策措施影响的自然人、法人和其他社会组织[1]。这种独立性使得市场主体广泛受益，第三方评估主体应该是一个公益性的组织机构，但是第三方评估机构并非无偿为委托主体提供评估服务，而是获得与其劳动量相对价的报酬。为保证第三方评估机构的独立性，其评估报酬不应完全依靠政策制定机关的资金支持，应尽可能地寻求专项资金的支持。

对于第三方评估主体与政策制定机关之间的关系，根据《实施指南》，政策制定机关作为服务购买方，通过政府购买的方式购买第三方评估主体的评估服务，并在合同中约定评估工作的相关事宜。目前

<sup>1</sup>《公平竞争审查制度实施细则》第十三条：鼓励各地区、各部门委托第三方专业机构，协助对政策措施进行公平竞争审查和定期评估。

学界对于政府购买的法律性质有不同观点[2]。本文赞同民事行为说，第三方评估机构为政策制定机关提供第三方评估报告与咨询意见并获取一定的报酬，是民法上的平等主体，而不是行政法律关系，否则第三方评估报告将丧失客观性；公平竞争审查评估工作的委托实质上是一种政府事务性业务外包，双方是服务提供方和服务购买方的关系。因此，第三方评估主体与政策制定机关之间是民事法律关系。

### 3. 第三方评估主体的市场准入

《实施指南》第二条对第三方评估的定义进行了明确<sup>2</sup>，由该条文可知，《实施指南》不承认个人作为公平竞争审查第三方评估的主体，只有组织机构才能成为《实施指南》所指的第三方评估机构。其次，进行第三方评估的组织机构与评估事项没有利害关系，否则将对评估报告的客观性产生影响。对于如何在众多的第三方评估机构中进行选择并确定，本文认为应建立一个规范的遴选机制，遴选程序首先剔除与评估报告有利害关系的评估机构，评估机构中的评估人员与政策制定机关或者受政策措施影响的自然人法人和其他社会组织中的人员是亲属关系的，该评估机构不符合遴选规则。此外，评估机构从事有专业性的评估工作时，应取得专业资质，政策制定机关在综合考量第三方评估机构的专业性、客观性之后择优选取，同时对于遴选的结果进行公开，并且政策制定机关应对选择的原因作出一个合理的说明[3]。在公平竞争审查第三方评估机构的遴选程序上，政策机关将与评估事项有利害关系的评估机构予以排除，通过考察评估机构的专业资质与能力，在合理范围内确定备选的第三方评估机构。在综合考虑评估事项的公共利益、政策目标、经济效益等因素后，确定第三方评估机构[4]。

### 4. 第三方评估主体的权利

#### (一) 独立评估权

第三方评估主体应遵循独立性与客观性的原则，独立评估权使得第三方评估主体对于政策制定者可以畅所欲言，不受评估委托者和自然人法人及其他社会组织的束缚，自由地发表自己的意见，在此基础上所作出的评估报告也更为真实可靠。政策制定机关与第三方评估机构之间的关系应该是“委托-代理”关系，而不是“恩庇-侍从”关系，也就是说，第三方评估机构有权独立开展评估工作，而政策制定机关也积极配合评估工作[5]。独立性是指勇于怀疑的精神，探求证据的态度和不受他人影响、不回避地指出问题的能力[6]。由此可见，独立评估权还赋予第三方评估机构对政策措施提出质疑和建议的权利，不受政策制定机关和市场主体的影响。如果第三方评估主体在评估工作中不被赋予独立评估权，就会丧失作为第三方的客观性，尤其是政策制定者可能会利用其公权力对第三方评估机构施压，那么第三方评估报告也会失去其应有的价值，最终可能会沦为形式主义的产物。

#### (二) 获取信息权

第三方评估机构要开展评估工作，只有获得充分、有效、真实的信息，该第三方评估报告才具有可参考的价值。这些信息来自两个方面，一方面是第三方评估机构将政策措施对自然人、法人和其他组织的影响和反馈集中起来所获得的信息，另一方面是政策制定机关所掌握的信息。深入市场调研获得的信息相对来说是具有易获取性的，只要第三方评估主体选择正确的调查方法就能获得真实有效的数据。而政策制定机关掌握的信息通常具有保密性难以为外界所获取，但是为了第三方评估工作的顺利开展，第三方评估机构应有权获得相关信息。只有在两方面均获得充分、有效的信息，在此基础上的第三方评估报告才可以产生参考价值。

#### (三) 退出权

<sup>2</sup> 《公平竞争审查第三方评估实施指南》第2条：本指南所称第三方评估，是指受政策制定机关委托，由利害关系方以外的组织机构，依据一定的标准和程序，运用科学、系统、规范的评估方法，对有关政策措施进行公平竞争评估，或者对公平竞争审查其他有关工作进行评估，形成评估报告供政策制定机关决策参考的活动。

如果第三方评估机构在开展评估工作的过程中发现难以胜任评估工作，为了不影响评估工作的效率以及评估报告的真实性，其有权选择退出。这样的情况包括，在开展评估工作的过程中，第三方评估机构与评估工作产生了利害关系，第三方评估机构发现评估工作专业性较高而无法胜任等。在第三方评估机构退出评估工作之前，应将所有工作数据都转交给政策制定机关，防止数据泄露或第三方评估机构以此牟利。在第三方评估机构退出该公平竞争审查涉及的第三方评估后，仍然可以参与下一次第三方评估工作的遴选，政策制定机关不得因评估机构曾有退出情况而对其产生歧视，也不得利用公权力限制该评估机构正常的市场竞争活动。

## 5. 第三方评估主体的义务

### (一) 保密义务

第三方评估机构应该对在评估工作中涉及到的有关信息严格保密，由于涉及公平竞争审查，如果第三方评估主体将尚未公布实施的政策措施透露给其他人，提前得知将要施行政策措施的人相对于其他市场主体更具有竞争优势，这将产生限制竞争的后果，与公平竞争审查工作的目的背道而驰。第三方评估机构在评估工作中获取到的属于不应该公开的信息，应当严格保密，不得将这些信息用于自己的经营或者营利活动。保密义务对于第三方评估主体的约束包括评估工作开始前、评估工作进行时以及评估工作结束后。评估工作开始前，第三方评估机构不得向外界透露其将要评估的事项；评估工作进行时，第三方评估机构应对其正在评估的事项、评估方法等进行保密；评估工作结束后，第三方评估机构经政策制定机关的同意才可使用评估成果及有关信息<sup>[7]</sup>。这在《实施指南》第十六条中也有所体现。<sup>3</sup>

### (二) 中立义务

第三方评估机构保持绝对的中立性，这既是一项权利，也是一种义务。由于评估机构本质上亦属于市场主体，不可避免地具有趋利性。第三方评估机构接受其他市场主体所给予的利益，或者其他市场主体与第三方评估机构产生某种利害关系，这些情形都会使第三方评估机构丧失其中立性，此时第三方评估机构应自觉履行回避义务。同时，当第三方评估主体接受政策制定者的委托开展评估工作时，其会分享部分的公权力，第三方评估主体是否会利用这种公权力进行寻租也同样值得警惕。《实施指南》第二十一条的规定也是第三方评估机构应当遵守中立义务的体现，<sup>4</sup>遵守中立义务要求第三方评估机构不参与任何可能影响评估报告客观性的活动。

### (三) 恪尽职守义务

第三方评估机构受政策制定机关的委托对政策措施开展评估工作，要认识到评估工作的重要性和严谨性，必须恪尽职守，以负责任的态度认真谨慎地完成评估工作。第三方评估机构接受评估任务时，应当在保证评估报告质量的前提下尽可能地提高效率，不应玩忽职守，利用自己的特殊地位属性获取非法利益。在遇到模棱两可的问题时，不应依赖经验做出判断，而是深入市场作更多的调研以及与政策制定机关作更多的交流<sup>[8]</sup>。第三方评估机构在开展评估工作时，要重点评估社会效益、未实施的政策措施可能带来的影响以及现行政策措施实施的困境与不足、利益群体的相关评价及其他与市场公平竞争相关的重要因素<sup>[9]</sup>。同时，第三方主体开展评估工作要本着专业性的原则，严格遵守第三方评估的程序、标准和方法进行评估，得出全面、真实、科学的评估报告，不弄虚作假。

### (四) 公开义务

第三方评估机构有义务将其评估工作的过程包括评估手段、评估时间、评估方式等通过政府网站向

<sup>3</sup> 《公平竞争审查第三方评估实施指南》第16条：评估成果所有权归政策制定机关所有。未经政策制定机关许可，第三方评估机构和有关个人不得对外披露、转让或许可他人使用相关成果。

<sup>4</sup> 《公平竞争审查第三方评估实施指南》第21条第2款：公平竞争审查第三方评估机构及其工作人员不得干扰政策制定机关正常工作，不得参与任何影响评估真实性、客观性、公正性的活动。

社会公众公开,接受社会公众的监督,一方面,如果自然人、法人和其他社会组织对其有异议,可以提出质疑;另一方面可以对第三方评估主体起到监督作用,公开义务可以防止其在开展第三方评估工作时滥用职权、谋取私利。第三方评估机构原则上应对其评估工作相关信息进行公开,但如果相关信息属于国家秘密、商业秘密及个人隐私,则不予公开。

## 6. 第三方评估主体的法律责任

《实施指南》第二十二条可以视作对第三方评估机构责任的规定,但该规定的可操作性却不强,例如第三方评估机构若存在失信行为将承担责任,而何为失信行为,则没有明确。此外,在第三方评估工作中的失信行为与其他领域中的失信行为是存在一定的区别的,除了弄虚作假以外,评估报告是基于第三方评估机构收集大量的信息和数据,依据自己的专业水平做出的,第三方评估机构只能在主观上做到评估报告的中立,难以保证客观上的绝对中立。因此,在认定评估机构存在失信行为之前,应该听取第三方评估机构的陈述申辩,考虑其主观因素,不应一律纳入到信用档案中,因为这种惩戒措施对于评估机构所造成的影响是巨大的。如果政策制定机关在参考第三方评估报告的情况下,其所制定的政策措施被认为违反公平竞争审查,应将监督权赋予联系工作会议或反垄断执法机构而不是政策制定机关,原因在于如果政策制定机关掌握这种监督报告权,则评估委托双方的权利义务关系将极不平衡[2]。联席会议的监督权限较大,监督的发起不受主动或被动的限制,只要政策措施存在违反公平竞争标准的情况,均可进行追责。责任主体并不总是确定的,联席会议和反垄断执法机构应当对政策制定机关和第三方评估主体进行询问,听取陈述和申辩,根据过错进行责任承担的划分。

## 7. 结语

我国公平竞争审查制度实施已经四年多,各地对于第三方评估制度的引入也进度不一,究其原因各地对于第三方评估制度的认识还不够充分,其中最核心的就是第三方评估主体的相关问题。明确第三方评估主体的范围、属性与准入条件,第三方评估主体是具有公益性的与评估工作无利害关系的组织机构,具备专业资质,能够就评估工作做出公平公正的评估报告,恪尽职守,遵守法律法规与职业道德。第三方评估主体享有独立评估权、获取信息权、退出权,承担保密义务、中立义务、恪尽职守义务和公开义务。这些权利义务使第三方评估主体能够不受外界干扰独立做出判断,也能够积极接受政策制定机关和社会公众的监督,提供有价值且具有参考性的第三方评估报告。第三方评估工作的顺利开展也能够最大限度地将对市场的限制作用降到最低,规范政策制定过程中政府的行为,使第三方评估制度真正发挥其应有的价值,达到物尽其用的效果。

## 参考文献

- [1] 黄彦钦. 公平竞争审查制度中的第三方评估[J]. 经济法论丛, 2020(1): 33-58.
- [2] 周鑫. 论公平竞争审查中第三方评估的法律定性与责任问题[J]. 经济法研究, 2019, 23(2): 244-260.
- [3] 徐则林. 论第三方评估在公平竞争审查制度中的引入[J]. 广西政法管理干部学院学报, 2017, 32(6): 51-56.
- [4] 恽劫. 公平竞争审查第三方评估机制研究[D]: [硕士学位论文]. 合肥: 安徽大学, 2019.
- [5] 曾凡宇. 论公平竞争审查第三方评估机制的构建[J]. 法制与经济, 2020(5): 49-52.
- [6] Picciotto, R. (2013) Evaluation Independence in Organizations. *Journal of Multidisciplinary Evaluation*, 9, 20.
- [7] 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(3): 82-87.
- [8] 孙晋, 阿力木江·阿布都克尤木. 公平竞争审查引入第三方评估的重要性及其实现[J]. 江海学刊, 2020(2): 158-164.
- [9] 孙考利, 刘澜晶. 如何保障公平竞争审查制度更好地实施[N]. 中国市场监管报, 2019-12-17(005).