

论市场竞争法的基础

邱 本

内容提要 市场竞争法有深广的基础。它根源于人的本性,是人的自我意识、经济人和自由等本性的必然要求,由人的生存环境所决定,已成为市场环境的主题和主词。市场竞争法具有特定对象、时代性、国家干预性和社会公共性等特征。它的调整方法是一种中合、否定和综合的方法。它具有促进经济发展、实现政治民主和弘扬人类文明等功能。它由反垄断法和反不正当竞争法构成。

关键词 市场竞争 反垄断法 反不正当竞争法

市场竞争法是调整市场竞争关系的法律规范的总称,是市场竞争秩序的法律调整机制,是经济法的核心内容之一。市场竞争法有深广的基础。

一、市场竞争法的根源

竞争,按其语义,一是“竞”,要竭力;一是“争”,要争取,合二为一,竞争就是竭力争取,具体来说,就是多个主体竭力争取某个可欲目标。竞争根源于人的本性。“物竞天择,适者生存”是一切物种的法则,自然也是作为物种之一的人类的法则。整个人类同其他物种的竞争,使人类脱颖而出,成为万物之灵长;人与人之间的竞争,使某些人卓越超群,成为人类之精英,竞争是物种进化也是人类起源的基因。人类的原始劳动是征服自然改造自然利用自然,是同自然界竞争,是达尔文所说的“生存斗争”,从这个角度看,人从竞争中走来,竞争创造了人本身。在从猿变成人的进化过程中,竞争与人类相伴,竞争注入了人的本性之中并成为了人的一种本性,人是一种竞争的动物。

人的竞争本性根源于人的自我意识。人的自我意识是意识自我,关注自我,肯认自我,突出自我,提升自我,发展自我。人的自我意识,使人反思,使人不满足于肉体需要,不局限于某种尺度,不甘安于现状,还有高远的理想和美的追求。而要实现这一点,人就必须不断地发挥自我意识的能动性去竞争、去奋斗、去创造。人的自我意识是自立意识,自强意识,超越意识和竞争意识,自我意识催人奋进,人有自我意识人就有竞争心理,“天行健,君子以自强不息”。一个有自我意识的人必然是一个竞争的人,真正的人,合乎人的本性的人,竞争性的人才是自强不息的人。“争强好胜”是人的心性,“出人头地”是人的愿望,“彼人也,吾亦人也,彼能是,吾乃不能是?”正是人的竞争心理的写照。上进心成就感是一种积极的竞争心理,而嫉妒心虚荣心是一种消极的竞争心理,但都说明人具有竞争心。

人是一种物质性的存在,必须首先解决衣食住行然后才谈得上其他一切,这就决定了人与经济有着内在的必然联系,或者说人具有经济性,是一种经济人,经济人“以牟取利润为惟一目的”,这一目的“支配指导着资本使用者的规划和设计,以及劳动者的一切最重要动作”。在一个由“唯利是图”的经济人所组成的社会里,利益的得丧变更是头等大事,趋利避害,事关宏旨,哪里有利益,哪里就有竞争,利益是竞争的根由,也是竞争的目的,竞争是利益的竞争,竞争是实现利益的方式,利益之于人的根本性至上性决定了竞争之于人的普遍性和重要性。人的经济人的本性决定了人的竞争的本性,一个经济人是

亚当·斯密:《国民财富的性质和原因的研究》下卷,商务印书馆1979年版,第27页。

同,第242页。

一个竞争者。

自由是人的本性,“人的类特性恰恰就是自由的自觉的活动”。但自由不是天赋的,自由不会自动地从天而降赋予人们,自由是竞争得来的,是同奴役专制长期斗争得来的,没有竞争斗争就没有自由。一个自由的人是一个充分发挥和运用自己能力的人,是一个竭尽全力、不懈奋斗、积极进取的人,因而也是一个竞争的人,只有竞争的人才是自由的人。此外,“自由虽是一个内在的观念,它所用的手段却是外在的和现象的。”自由的实现必须借助一定的手段,其中竞争就是重要的一种。竞争激发和维系人们的主动性积极性和创造性,提高增强人们的认识能力和实践能力,经过艰苦卓绝的斗争,更好地克服种种障碍,摆脱无数束缚,突破诸多必然,实现自由。不竞争,无自由,竞争的过程是自由的实现过程。自由与竞争密切相关,自由与竞争同义,自由意味着竞争,竞争要求自由,也正因为如此,人们把自由与竞争合二为一,总称自由竞争。从这里可以看出,人的自由本性决定了人的竞争本性。

人的竞争本性体现在许多方面。如经济方面,广泛存在竞争,竞争已经成为基本的经济制度和重要的经济法则。世界各国之所以普遍实行市场经济,我国之所以在搞了几十年的计划经济以后还必须承认市场经济不可逾越要回过头来搞市场经济,就是因为市场经济本质上是竞争经济,市场竞争使资源得到有效配置。再如政治方面,广泛实行选举,选举已成为民主自由法治实现的根本途径,是一切政治权威确立的基础,现代社会的人们,“不承认别的权威,只承认竞争的权威。”文明先进各国之所以实行民主政治乃是因为民主政治是选举政治。还有体育比赛,这是纯粹的竞争。体育比赛之所以有那么多人支持拥护,奥林匹克运动会之所以成为全球最大的盛会,一个根本原因就是体育比赛切合人的竞争本性,人们在竞争中超越自我,战胜对手,挑战极限,赢得胜利。人生如赛场,生活中的人们犹如比赛的运动员一样,不想拿冠军的运动员不是好运动员,不想竞争的人是生活的逃兵。体育比赛的重大意义在于它培植竞争精神,造就竞争氛围,树立竞争态度,成就竞争能力,这是人类社会发展的基本动力。因此,“一种事业若对社会有益,就应当任其自由,广其竞争。竞争愈自由,愈普遍,那事业亦就愈有利于社会。”只有合乎人的本性的东西才能得到人们的广泛拥护,持久认同和竭力捍卫,竞争就是这样。人们把竞争奉为圭臬。

人的竞争本性是由人的生存环境所决定的。人类的生存环境,由于一方面自然界并没有赋予人类取之不竭的丰裕的物质资源,另一方面人类自身的生产力也远没有达到能够完全满足人类需要的程度,因而是一个资源稀缺的环境,一个僧多粥少的环境。生活在这种环境中的人们必然对有限的资源你争我夺,结果,“人们便处在所谓的战争状态之下”,“这种战争是每一个人对每个人的战争”。这种战争与生俱来,后来发展为阶级斗争,并贯彻于人类历史,所以马克思恩格斯在《共产党宣言》中明确指出:“至今一切社会的历史都是阶级斗争的历史。”阶级社会的阶级斗争,乃至战争,同样是竞争的表现,只是表现形式不同而异,但这些都说明人类处于竞争状态中。

但反过来,竞争充分激发和维系人的主动性积极性和创造性,因而发展生产力,提高效益,增加财富,缓解稀缺,所以艾哈德认为:“竞争是提高生产率的最理想的手段。”繁荣来自竞争,进步来自竞争,“凡没有竞争的地方,就没有进步,久而久之就会陷入呆滞状态。”从此可以看出,竞争又是使人类走出稀缺环境进入丰裕社会的必由之路。要摆脱物资稀缺减轻生存竞争又不能放弃竞争而必须竞争。

《马克思恩格斯全集》第42卷,人民出版社1979年版,第96页。

黑格尔:《历史哲学》,商务印书馆1963年版,第58页。

《马克思恩格斯全集》第23卷,人民出版社1972年版,第394页。

亚当·斯密:《国民财富的性质和原因的研究》上卷,商务印书馆1979年版,第303页。

[英]霍布斯:《利维坦》,商务印书馆1996年版,第94页。

《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1995年版,第272页。

[德]艾哈德:《来自竞争的繁荣》,商务印书馆1983年版,第154页。

同,第153页。

这就是人类的矛盾。如果说阶级斗争是阶级社会发展的动力的话,那么利益竞争是阶级社会和非阶级社会进步的动力。

在当今时代,人类的生存环境具体来说,主要就是市场环境。在市场中,竞争已成为市场的内在要素和基本原则,并贯彻市场的各个方面。如产权,产权明晰,分清你我,相互尊重,这是竞争的前提条件之一,而竞争是产权的保障,也是产权的实现,还是对产权的监督和限制;再如契约自由,契约自由是形成竞争的前提,竞争只能在契约自由中存在,没有契约自由就没有竞争,而竞争是契约自由的核心和宗旨,有无竞争是检验是否契约自由的基本尺度。契约自由“属于竞争秩序,它服务于竞争秩序的确立,同时在竞争秩序的框架中它才具有意义。”还有风险责任,有风险才有竞争,趋利避害使然。风险责任有助于竞争秩序的确立,有竞争就有风险,“风险责任属于完全竞争的控制机制,它是竞争秩序的必不可少的秩序政策制度”。等等。从这里可以看到,市场与竞争密切相关,并无二致,说市场即是说竞争,说竞争即是说市场,竞争是当今时代也即市场环境的主词和主题,以至于“竞争成为工业家、银行家、政府商业贸易与产业行政机构最重要的目标。工业家、政治家、经济学家、金融经理、技术人员、工会都把竞争作为他们的信条。竞争的无上命令是他们辩论与建议的焦点。在政治讲话、报纸、书籍、管理讲座与研讨会上,‘竞争’这个词汇的使用频率超过了所有词汇。”

二、市场竞争法的特征

(一) 市场竞争法具有特定的调整对象

这种特定的调整对象就是市场竞争关系,市场竞争法是调整市场竞争关系的法律规范的总称。“市场基本上是一个可以无止境地追求便宜买卖的场所”,市场体制是“一套买者如何物色便宜货”的制度。市场的核心是竞争,以最少的成本,最低的价格,最高的质量,最优的服务争取买者争夺消费者,是市场经济的本义和宗旨。市场竞争是市场经济的优异之处,也是市场经济的价值所在,市场竞争使得市场经济成为配置资源的最佳经济形式。市场竞争是客观存在的。没有市场竞争就没有市场经济。

市场竞争是市场经济的基本因素,内涵在市场生产、分配、交换和消费之中,无处不在,无时不有;是市场经济的运行方式,市场经济在竞争中运行,应始终处于竞争状态,竞争的经济才是市场经济;是市场经济的基本原则,是评判市场经济的基本尺度和营运市场经济的基本遵循,应贯彻统率市场经济的整个领域和各个环节;是市场经济目标实现的首要条件,如效益与公平,竞争是效益之源,没有竞争就没有效益,竞争是公平竞争,没有公平就没有竞争,没有竞争也没有公平;市场竞争是市场经济管理的重点,市场经济管理的重点在于组织安排督促市场竞争,而其余的管理大都服务于它依归于它,管理好了市场竞争在很大程度上可以说就管理好了市场经济。

从这里可以看出,市场竞争在市场经济中具有根本地位,从而市场竞争关系是市场经济的基本关系,市场经济的各种关系几乎都可内涵在归结为市场竞争关系。正因为如此,所以调整市场竞争关系的市场竞争法也就具有市场经济基本法的地位,如它在美国被称为“自由企业大宪章”,在德国被称为“市场基本法”,在日本被称为“经济宪法”。

由于市场竞争的建立和维护主要是通过反不正当竞争和反垄断来实现的,因此,市场竞争关系具体可分为反不正当竞争关系和反垄断关系,反不正当竞争关系和反垄断关系具有非常丰富的内容,它们分别构成反不正当竞争法和反垄断法的调整对象。

参见何梦笔主编:《德国秩序政策理论与实践》,上海人民出版社 2000 年版,第 116 页。

同,第 117—118 页。

里斯本小组:《竞争的极限》,中央编译出版社 1999 年版,第 136 页。

[英]舒马赫:《小的是美好的》,商务印书馆 1984 年版,第 29 页。

同。

(二) 市场竞争法具有一定的时代性

市场竞争法只能产生于市场经济高度发达阶段,也即垄断阶段。市场经济的发展经历了资本原始积累、自由竞争和垄断三个阶段。由于资本原始积累,“对农业生产者即农民的土地的剥夺,形成全部过程的基础。”^⑧ 这些被暴力剥夺了土地、被驱逐出来而变成无产者的农民,无所事事,出于习性,也为环境所迫,他们大批地变成了乞丐、盗贼、流浪者,“15 世纪末和整个 16 世纪,整个西欧都颁布了惩治流浪者的血腥法律”,这些古怪恐怖的法律,通过鞭打、烙印、酷刑,来迫使他们习惯于雇佣劳动制度所必需的纪律。此外,资本原始积累的其他方法,如殖民制度、国债制度、现代税收制度和保护关税制度,“所有这些方法都利用国家权力,也就是利用集中的有组织的社会暴力”。资本原始积累,“大家知道,在真正的历史上,征服、奴役、劫掠、杀戮,总之,暴力起着巨大的作用”,与此相应,当时颁布的许多法律都是确认暴力的合法性,配合暴力的运用,甚至本身就是暴力,成为了“惩治被剥夺者的血腥立法”,这些法律是刑法或变相刑法,不是经济法,更不是市场竞争法。在资本原始积累阶段,还没有真正的市场,市场正在形成之中,并且是用暴力的方法而不是用竞争的方法去促成,因此,在那个时期,还没有产生市场竞争法。

经过资本原始积累,为市场经济的发展奠定了基础,创造了条件,市场经济进入了一个新的阶段。在这个阶段,由于人们刚刚“解放”,无论是一无所有的无产者,还是拥有资本的资本家,都才起步,在同一阶层中虽然有所差别,但差别不大,大都只能“独善自身”,不能支配他人,他们在形式平等的基础上展开了自由竞争,因此,这一阶段是自由竞争阶段。与其相应,衍生出一套自由竞争思潮,如在生物学方面有达尔文的物种进化理论,经济学方面有亚当·斯密的自由放任思想,在社会学方面有斯宾塞的社会进化观点,他们构成了那个时代的主旋律,几乎听不到别的旁音,这种思潮进一步强化了自由竞争,并形成了根深蒂固的观念:相信自己,“对于自己的才能甚至幸运,一切人或多或少地都有天生的自信心”;对于私人资本的运用,“每个人处在他当地的地位,显然能判断得比政治家或立法家好得多”;怀疑别人,“把这种权力交给一个大言不惭地、荒唐地自认为有资格行使的人,是再危险也没有了”;要求自由自治,“不让他以他认为正当的方式,在不侵害他邻人的条件下,使用他们的体力与技术,那明显地是侵犯这最神圣的财产”^⑩;国家的职责在于“确保每个人运用其各项机能的最充分的自由,只要它与所有人的同样自由相一致”^⑪,如果国家超出这一职责,那“不仅是自寻烦恼地去注意最不需注意的问题,而且是僭越了一种不能放心地委托给任何人、也不能放心地委之于任何委员会或参议院的权力”^⑫。这些思潮经由达尔文、亚当·斯密和斯宾塞进而统治着法律领域,以至于人们认为:“法律在各个方面和它的发展过程中表现出那么多的同生物界的相似之处”^⑬。把“物竞天择,适者生存”的自由竞争自然规律上升为法律,并加以具体化系统化。很显然,这样的法律主要就是私法,1804 年的《法国民法典》和 1896 年的《德国民法典》即是适时的产物,而别的法律则不合时宜。

马克思:《资本论》第 1 卷,人民出版社 1975 年版,第 784 页。

同,第 803 页。

同,第 805 页。

同,第 819 页。

同,第 782 页。

同,第 802 页。

亚当·斯密:《国民财富的性质和原因的研究》上卷,商务印书馆 1979 年版,第 98 页。

同,第 27 页。

同,第 28 页。

⑩ 同,第 115 页。

⑪ 斯宾塞:《社会静力学》,商务印书馆 1996 年版,第 132 页。

⑫ 亚当·斯密:《国民财富的性质和原因的研究》下卷,商务印书馆 1979 年版,第 27~28 页。

⑬ [美]施瓦茨:《美国法律史》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 127 页。

经过市场自由竞争,导致优胜劣汰,形成生产集中,最终演化为垄断,市场经济发展到了垄断阶段。这正如列宁所指出的:“资本主义最典型的特点之一,就是工业蓬勃发展,生产集中于愈来愈大的企业的过程进行得非常迅速”,“集中发展到一定阶段,可以说就自然而然地走到垄断”,“这种从竞争到垄断的转变,不说是最新资本主义经济中最重要的现象,也是最重要的现象之一”。垄断是独占专制,是寡头统治,“在产生垄断以后自由竞争就不可能了”。由于垄断限制自由竞争,导致了许多弊端。“同任何垄断一样,必然产生停滞和腐朽的趋向……技术进步因而也是其他一切进步的动因,前进的动因,就在一定程度上消失了……在经济上也就有可能人为地阻碍技术进步”。此外,“从自由竞争中生长起来的垄断并不消除自由竞争,而是凌驾于这种竞争之上,与之并存,因而产生许多特别尖锐特别剧烈的矛盾、摩擦和冲突”。正因为如此,所以恩格斯说:“任何一个民族都不会容忍由托拉斯领导的生产”。因此必然反垄断,而要反垄断就必须要有反垄断法。

可见,作为市场竞争法核心的反垄断法是市场经济发展到垄断阶段的产物。

(三) 市场竞争法具有国家干预性

自从市场万能的神话破灭以后,人们日益注意到国家(政府)在社会经济发展中的重要作用,认识到国家干预的必要性。其中重要的一点就是国家负有组织维护和监督市场竞争的职责。这正如艾哈德所指出的,为了“没有垄断和势力妨碍的自由竞争等功能秩序框架”,“我给自由市场经济体制加上定语‘社会的’”,“这并不是美化沉寂地继续进行的资本主义方式,而是坚决地脱离老的自由主义,这种主义众所周知地给国家在经济活动中的作用仅仅定为守夜人的角色”。他明确断言:“国家的职责必定是维护竞争自由”。没有规矩不成方圆,没有市场竞争规则就没有市场竞争;如同竞赛需要裁判,市场竞争也需要裁判,并且是具备至上权威的裁判,这些要求决定了国家干预的必要性,弗里德曼认为:“自由市场的存在并不排除对政府的需要。相反地,政府的必要性在于:它是‘竞赛规则’的制定者,又是解释和强制执行这些已被决定的规则的裁判者。”^⑩

市场竞争是切身利益之争,优胜劣汰之争,激烈残酷,会导致弱肉强食、贫富悬殊、快速折旧、生活紧张等严重弊端,关系重大,必须有理有节地进行,也就是说必须要有秩序,有序竞争,只有在有秩序的条件下才会有正当的竞争。这种秩序应由国家缔造和维护,瓦尔特·欧根指出:“为实现某些确定的秩序任务,既要看到极权主义国家的危险性,又要看到一个拥有足够权力的稳定的国家机器的必要性。”^⑪并认为,“在工业、现代技术、大城市和大众时代,国家不过问经济秩序的建立,是令人难以忍受的”^⑫,国家是建立市场竞争秩序的根本力量,“没有有活动能力的国家,不会有竞争秩序。”^⑬

市场中的人们大都是经济人,经济人的本性使得他们致力于追求利益的极大化,并因此而难免唯利是图,见利忘义,趋利避害,经济人是机会主义者。这一点也充分表现在对市场竞争的态度上,这种态度是自相矛盾的,当市场竞争对自己有利时,他们举双手赞成;当市场竞争对他们不利时,他们就设法规

《列宁选集》第2卷,人民出版社1995年版,第584页。

同,第585页。

同,第585页。

同,第674页。

同,第660页。

同,第650页。

《马克思恩格斯全集》第19卷,人民出版社1965年版,第239页。

[德]艾哈德:《社会市场经济之路》,武汉大学出版社1998年版,第143页。

同,第111页。

⑩ [美]弗里德曼:《资本主义与自由》,商务印书馆1999年版,第16页。

⑪ [德]瓦尔特·欧根:《经济政策的原则》,上海人民出版社2001年版,第355页。

⑫ 同⑪,第359页。

⑬ 同⑪,第361页。

避。这种矛盾的态度背后却有一贯的立场,那就是人们都只是盘算自己的私利,是否对自己有利决定是否市场竞争,如果能够不正当竞争而投机取巧,就不会通过正当竞争而谋求利益。此外,人有进取心,总想出人头地,卓尔不群,这其实是垄断的人性根源,人有垄断的本能和垄断的欲望,反垄断只是反对别人垄断,而不会反对自己垄断。这些都说明私人具有私性,存在破坏或影响市场竞争的可能性,不会自觉地始终地进行和维护市场竞争。市场竞争要出以公心,以大局为重,任重道远,应由国家来承担,要求国家干预。

市场竞争,优胜劣汰,生产集中,形成垄断,垄断者是市场竞争的优胜者,是市场强者,拥有市场霸权,控制和支配市场弱者。市场弱者自然会反垄断,但由于地位迥异,力量悬殊,这种反垄断犹如蚍蜉撼大树,鸡蛋碰石头,是不力的和无效的。要真正反垄断,必须以强权对强权,以国家的超然力量反垄断。反垄断是国家才能承担的神圣职责。没有国家的有力干预就不可能有效地反垄断。

为了维护和监督市场竞争,必须设立专门的国家机构,授予其独立的执法权,充当市场竞争的保护神。如反垄断机构,“只有这样—个反垄断机构才对监控垄断的一切有关问题负责”,而且“在现代工业国家中,这样一个反垄断机构应该是一个庞大的中央组织。没有这种反垄断机构,竞争秩序和现代法治国家将受到威胁。反垄断机构像最高法院—样不可缺少。”反垄断机构的设立和执法是市场竞争法国家干预性的集中表现。

以上这些都说明,市场竞争不是空穴来风,不是天然存在的,它需要国家去奠定基础,制定规则,维护秩序,常抓不懈,专职负责,市场竞争离不开国家干预,没有国家干预不会有市场竞争,市场竞争内在地要求国家干预,这也就决定了市场竞争法具有国家干预性。市场竞争法的国家干预性也是市场竞争法与其他法律部门如私法作为市场竞争法的区别所在。

(四) 市场竞争法具有社会公共性

市场竞争是经济发展、社会进步和人类文明的根本动力,艾哈德义正辞严地宣布:“我一贯的主张成了一种信念,这个信念是经过几年努力得来的,即为了促进普遍的繁荣,经济竞争是达到这个目标的惟一可能的途径。”市场竞争是社会发展的关键,关系国计民生,影响社会全局,涉及人类整体,这就决定了以市场竞争为对象的市场竞争法具有至关重要的地位,被奉为“经济宪法”或称为“小宪法”,这正是市场竞争法社会公共性的表现。

竞争最切合市场经济的本性,市场经济就是竞争经济,市场在资源配置中处于基础地位,也就意味着竞争在资源配置中处于基础地位,市场竞争是市场社会市场时代最本质最普遍的东西,竞争无处不在,无时不在,无事不在,竞争广泛化了,竞争社会化了。这就决定了以市场竞争为核心的市场竞争法必然社会化,是一种社会法。

对市场竞争的破坏,损害的不是某个人某些人的利益,不是局部的微观的利益,因为它损害了市场机制,扰乱了市场结构,破坏了社会秩序,因而损害的是社会公共利益,“凡没有竞争的地方,就没有进步,久而久之就会陷于呆滞状态。”由于缺乏竞争,人们没有了竞争精神,碌碌无为,不思进取,苟且偷生,精神的慵懒懈怠是对国民性格的极大腐蚀,是对民族进步的严重束缚,可谓是祸国殃民。因为没有竞争,效率低下,物资匮乏,普遍贫穷,人们没有选购自由,必须用较高的价格去购买较劣的商品和较差的服务,生活不如人意,不能保障消费者的合法权益,人人都是消费者,无人能外,这种损害极具社会性。

市场中的人们利害攸关,相互制约,在利害总量特定的情况下,有人得就有人失,利己可能损人,不能保证人们在追逐自己私利的同时必然会促进社会公共利益,而情况往往是,自己私利的扩大同时伴随社会公共利益的缩小。像某些垄断者之所以成为垄断者,是因为他们是市场强者,是市场竞争的优胜

[德]瓦尔特·欧根:《经济政策的原则》,上海人民出版社2001年版,第317页。

[德]艾哈德:《来自竞争的繁荣》,商务印书馆1983年版,第15页。

同,第153页。

者,就其个体来说是有效益的,实际上,垄断者就是自己私利的极大化者,但这种效益极大化是建立在恃强凌弱、以大欺小的基础上,是代价高昂的,有失公平。社会发展不是优胜劣汰,不能弱肉强食,而是优胜劣存,全面发展,共同进步,这就要求兼济弱者,扶助弱小,弱小者是社会多数,社会发展关键是弱小者的发展,他们发展了社会也就发展了,只有他们发展了社会才发展了。反垄断法是反对垄断者扶助弱小者的法,决定了反垄断法必须面向作为社会多数的弱小者,致力于扶助弱小者,提高其地位,增强其能力,加强其竞争,促进其发展,这样反垄断法就抓住了社会的核心问题,关注着社会的弱势群体,维护着社会大多数人的利益,具有社会公共性。

市场中的人们都是私人,追求私人利益,只是在这个基础上顺便促进社会公共利益,但不会先决地主动地去促进社会公共利益。人们常常把社会公共利益看作是私人利益的结果,是水到渠成,而没有注意到私人追求私人利益是有条件的,并且这种条件往往就是仅被视为结果的社会公共利益。社会公共利益包括许多方面,但最根本的起决定性的应当是社会制度利益,是自由公平的市场竞争秩序,有了自由公平的市场竞争秩序这个制度条件,人们才能真正实现私人利益,从这个角度看,只有促进了社会公共利益人们才能追求私人利益。如果没有自由公平的市场竞争秩序,广泛存在垄断,不正当竞争层出不穷,私人不可能实现私人利益。这就说明,要实现私人利益需要自由公平的市场竞争秩序,而这不是私人义务,不是私人所能做到的,而是一种社会义务,必须由国家去缔造和维护,艾哈德指出:“维持一种有竞争的经济,在任何意义上都是一种社会义务。”在市场失衡的情况下,如面对强大的垄断者,私人不要说促进社会公共利益,就连私人利益也实现不了,仅靠私力自助无济于事,还必须要有公力救济,寻求专门国家机关的支持。在这里,私人利益与社会公共利益是融为一体的,实现私人利益也是在促进社会公共利益,或者说,促进了社会公共利益才能实现私人利益。市场竞争法以缔造和维护自由公平的市场竞争秩序为职责,促进社会公共利益,进而为私人实现私人利益创造制度条件,每个私人都能追求实现私人利益才是从根本上全面地促进了社会公共利益。

三、市场竞争法的调整方法

从总体上说,法律就是调整社会关系的一种方法。由于有不同的法律,调整不同的社会关系,决定了不同的法律有不同的调整方法。市场竞争法亦然。

(一) 市场竞争法的调整方法是一种中合的方法

法律按照各种标准从根本上划分为私法和公法,这种划分意义重大。梅迪库斯指出,私法与公法之间的实质差异是:“在私法中,占据主导地位的通常是那些自由的、不需要说明理由的决定;而在公法中,占据主导地位的则是那些受约束的决定。”这种观点可谓高明之见。与之相应,法律的调整方法划分为私法方法和公法方法,私法方法本质上是意思自治,自己行使权利,自己履行义务,自己承担责任,凡是法律未禁止的,都是允许的,赋予私人以最广泛的自治;公法方法是约束他律,依法设立权力,依法行使权力,依法承担责任,凡是法律未允许的,都是禁止的,尽可能制约权力运用。这两种方法各有所长,各有所用,但并不能包揽一切。比如市场竞争法所调整的市场竞争关系,就不能完全照搬私法方法和公法方法。市场竞争,是切身利益之争,优胜劣汰之争,市场主体并非尽为尧舜,经常不正当竞争,这是自由任性,滥用权利,是不会意思自治,恰当的意思自治需要经过无穷的修炼,并非每个人都能做到;市场竞争,优胜劣汰,日益集中,形成垄断,在这种市场中,没有自由竞争,市场主体不能意思自治,广泛的意思自治需要得到有力的保障,并非每个人都能享有。因此,仅靠私法方法的意思自治是无法有效调整市场竞争关系的。那么公法方法呢?公法方法主要作用于政治领域,为了禁止权力滥用,保障自由民主,要求约束他律,贯穿隶属命令服从的方法。尽管要解决市场主体不会意思自治,不能意思自治的问题,

[德]艾哈德:《来自竞争的繁荣》,商务印书馆1983年版,第154页。

[德]梅迪库斯:《德国民法总论》,法律出版社2000年版,第7页。

要求公权力介入干预,实现市场主体意思自治,但这种介入干预是有限度的,它只是重新创造市场竞争的基础,让市场主体恢复市场竞争,并不自己参与市场竞争,它只是提供舞台,并不亲自上台表演,更不唱主角,充其量只是配角。加上市场竞争关系是经济领域,市场规律,不可命令;市场主体,独立自主;市场机会,瞬息万变;市场情形,纷繁复杂。如果径直套用公法方法,强制命令,就可能对市场规律发号施令;隶服从,就可能把市场主体变成附庸傀儡;按部就班,“凡事都得说明理由”,就可能坐失良机;束手束脚,就难以灵活因应。这些都说明仅靠公法方法也是难以调整市场竞争关系的。实践证明,要调整市场竞争关系必须要有一种中合的方法,这种方法具体说来就是,私法方法硬化(如果说私法的意思自治方法是软方法的话),即在意思自治中注入必要的强制约束,为意思自治提供必要的范式、划定大致的范围,这样才能防止市场主体不滥用意思自治,尤其是强制约束垄断者的恣意自治,使其他市场主体从垄断者的支配下解放出来,自主自治,扶植他们意思自治;公法方法软化(如果说公法的约束他律是硬方法的话),即在约束他律中引入自治因素,消解他律约束的僵硬性刻板化,这样就能审时度势,抓住机会,决策及时,灵活因应,如反垄断法就具有很大的灵活性,都规定有适用除外,同是垄断,时过境迁,要灵活执法,有时反对,有时维护,有时决定不需要说明理由,有时决定需要说明理由,区别对待。总之,市场竞争法的调整方法是私法方法和公法方法的中介,是意思自治与约束他律的综合,因而是一种中合的方法。

(二) 市场竞争法的调整方法是一种否定的方法

法律的调整方法以知识为基础,只有对所调整的对象具有充分的知识才能有效地加以调整,如果对欲调整的对象缺乏必要的知识就不应染指。这才是真正理性的调整方法。哈耶克认为,科学并没有确定所有个别事实的能力,科学不应仅限于研究是什么,真正有益的社会科学必须更多地研究不是什么。对于过分地夸大理性主张理性无所不知全知全能的理性主义,哈耶克深刻地指出这恰恰是反理性的,因为真正的“理性仅仅是一种戒律,一种对成功行为可能性限制的认识,它通常只告诉我们不能做什么。这种戒律是必要的,主要是因为我们的智力不能掌握事实的所有复杂性。”这就是我们对世界对象的认识,这就是我们的认识状况,这种认识和认识状况决定了法律调整方法从本质上说,不可能详尽地规定人们做什么,只能规定人们不做什么,也就是说法律调整方法乃至法律规则本质上是否定性的,所以哈耶克认为:“所有正义行为规则都是否定性的”,“正义行为规则通常是对不正义行为的禁止”。

市场竞争法的调整方法更应是否定的方法,这是由市场及市场竞争的性质所决定的。市场情形非常纷繁复杂,任何人都不可能详尽悉知,至于具体的市场细节,更是常常无知,所以市场经济从认识论的角度看是一种无知经济。人们对市场的无知决定了法律调整方法更应谨慎节制,尽量少为或不为,把法律调整方法限制在人们有所认知的方面,而不涉及人们一无所知的领域。就市场情形而言,人们对市场一般不准做什么是有确切充分的认识的,而对市场具体可以做什么却没有把握。这样,法律调整方法就应集中在市场不准做什么方面,规定不准做什么,成为一种否定的方法。

市场是新新不已的,有活力、有效益的市场是不断创新、不断突破、不断否定的,市场极具革命性,本质上是否定的,几乎不能固守什么肯定什么;市场是开放无疆的,大社会开拓出广阔的空间,展现出无穷的机会,寻求着一切的可能,市场要求让人们不断地试错,不要把空间机会可能扼杀在未有之前或萌芽之中;市场是自由域,是人们自由挥洒的天地,激发人们的聪明才智和自由创造,市场主体是自由自治的,不接受命令,不能指令人们应该做什么,只能指令人们不应该做什么;市场竞争是“八仙过海,各显神通”,需要出乎意料,出奇制胜,市场规则真是“游戏规则”——不能一本正经,循规蹈矩。市场的这些特性使得法律调整方法难以从正面加以规定,规定做什么,只能从反面加以规定,规定不做什么。当然

Hayek, Law Legislation and Liberty, Vol. 2, The University of Chicago Press, 1976, P. 17.

同, 1976, P. 32.

同, 1976, P. 36.

同, 1976, P. 35.

市场竞争并不是无政府状态,但市场竞争法只能为市场竞争划出大致的边界,确立基本的准则,规定必要的限制,并不能详尽具体地规定各种市场竞争模式,告诉人们怎样去市场竞争,只能告诉人们不能怎样去市场竞争。市场竞争法的调整方法把市场竞争一分为二,一个是反对的,一个是允许的,凡是未反对的,就是允许的,通过规定反对的,默认所有其他的。

其实,市场竞争法的这种否定的调整方法在其法律名称上就能体现出来,如《反不正当竞争法》、《反垄断法》即是如此,它们都带有一个“反”字。

(三) 市场竞争法的调整方法是一种综合的方法

法律采用什么调整方法取决于它所调整的社会关系和它的发展状况。当今社会关系纷繁复杂,并且越来越纷繁复杂,但能用来调整社会关系的方法,人们长期以来绞尽脑汁所发明(现)的还是那么有限的几种,要么民事的,要么行政的,要么刑事的。这就决定了,要充分发挥法律对纷繁复杂的社会关系的调整功能,必须综合现在已有的各种方法,多管齐下,综合调整,追求某种或某些独特的法律调整方法必将使法律的调整功能受损甚至丧失殆尽,这根本不是法律调整方法的追求目标和发展趋势。

法律调整方法就象不可再生的有限资源,先法占用了,后法就没份了。但法律调整方法并不是专利,先法占用了,后法就不能挪用。后法必须挪用,这也是后法的后发优势所在。后法必须向先法学习,其中包括学习先法的调整方法,综合起来,为己所用。

社会关系是综合的,是一个综合体,犹如人的身体,牵一发而动全身。用某种或某些调整方法调整社会关系,就像头痛医头,脚痛医脚,不能综合治疗,“此伏彼起”,无济于事。对于综合体的社会关系,有效的调整方法只能是综合的方法。

市场竞争关系较之许多其他社会关系更为纷繁复杂,且更具综合性,作为后法的市场竞争法要调整市场竞争关系就更应采用综合的方法。

市场竞争是利益之争,市场竞争法要求人们通过正当竞争去获取合法利益。只有正当竞争,才能实现各得其所,平等互利,双赢共赢;不正当竞争是损人利己,损公肥私,给他人造成损害。有损害就要赔偿,损害赔偿是法律调整利益关系的根本方法。我国《反不正当竞争法》第20条规定:“经营者违反本法规定,给被侵害的经营者造成损害的,应当承担损害赔偿责任”。

垄断对市场竞争的破坏,不仅损害其他竞争者的合法权益,而且损害广大消费者的合法权益,还损害社会公共利益。这样,为了惩罚违反市场竞争法的行为,有效保护其他竞争者和广大消费者的合法权益,维护社会公共利益,就不只是赔偿损害了,而是要么加倍赔偿,美国《克莱顿法》第4条规定:“任何因反托拉斯法所禁止的事项而遭受财产或营业损害的人……不论损害大小,一律给予其损害额的三倍赔偿、诉讼费和合理的律师费。”要么是严格责任,无过失也要承担损害赔偿责任,如日本《禁止私人垄断及确保公正交易法》第25条规定:“实施私人垄断或者不正当交易限制或者使用不公正的交易方法的事业者,对受害人承担损害赔偿责任。事业者证明其无故意或过失的,亦不能免除前款规定的责任。”市场竞争是市场经济的根本所在,关系重大,因而一般都有相应的专门的国家机关进行管理监督维护,如美国的反托拉斯局和联邦贸易委员会,德国的卡特尔局和垄断委员会,等等。这些专门的国家机关高度独立,但不像纯粹的司法机关那样恪守“不告不理”原则,被动而出,而是像某些行政机关那样主动进行管理监督维护,行使着许多类似行政权的权力,这样,市场竞争法的调整方法也就运用着许多行政方法。如美国《联邦贸易委员会法》第6条规定委员会具有收集信息权、调查关系权、公开报告权、质询答复权、发出禁令权、传唤证人权,等等;德国《反对限制竞争法》第32~34条规定卡特尔局享有制止权、处分权、没收权,等等;我国《反不正当竞争法》规定,对违反该法的行为,监督检查部门应当责令停止违法行为,没收违法所得,可以根据情节处以违法所得一倍以上三倍以下的罚款;情节严重的,可以吊销营业执照,等等。

严重的违反市场竞争法的行为不仅对他人造成经济损害,而且造成人身损害,还破坏社会秩序,侵害公共利益,构成犯罪。这样,市场竞争法要调整这种(些)行为就必须采用刑罚的方法才能罚当其罪,

有效规制。如美国《谢尔曼法》第1条规定:“任何契约,以托拉斯形式或其它形式的联合、共谋,用来限制州际间或与外国之间的贸易或商业,是非法的,任何人签订上述契约或从事上述联合或共谋,是严重犯罪……将处以10万美元以下罚款,或三年以下监禁。或由法院酌情并用两种处罚。”第2条规定:“任何人垄断或企图垄断,或与他人联合、共谋垄断州际间或与外国间的商业和贸易,是严重犯罪……将处以10万美元以下的罚款,或三年以下监禁。也可由法院酌情并用两种处罚。”此外德国、日本的市场竞争法都规定罚金和监禁(有期徒刑)的刑罚方法。我国《反不正当竞争法》第21条规定:“经营者销售伪劣商品,构成犯罪的,依法追究刑事责任。”第22条规定:“经营者采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品,构成犯罪的,依法追究刑事责任”。

市场竞争法就是采用民事方法、行政方法和刑事方法来调整市场竞争关系的,因而是一种综合的方法。

四、市场竞争法的功能

市场竞争法的功能,概括地说,就是通过反不正当竞争和反垄断去缔造维护和督促自由公平的市场竞争机制和秩序,从而促进经济发展、政治民主和人类文明,实现社会全面进步。

(一) 促进经济发展

人会比较,有竞争性,有上进心,人们希望在竞争中超越自我,战胜对手,实现理想;市场竞争,优胜劣汰,人们都渴望成为优胜者,不愿成为劣汰者,竞争把人的主动性积极性和创造性充分而持久地激发出来并维持下去,使人想方设法,竭尽所能,全力以赴,把事情做到极致。亚当·斯密早就指出:“独占乃是良好经营的大敌。良好经营,只靠自由和普遍的竞争,才能得到普遍的确立。自由和普遍的竞争,势必驱使每个人,为了自卫而采用良好经营方法。”竞争催人奋进,促人去劣,使人向优,这就是竞争神奇而伟大之处,也是经济发展的不竭动力。

市场竞争关键是科技竞争,人们只有通过不断改进科技,才能改善管理,更新产品,减少能耗,节约成本,降低价格,才有竞争优势,才能竞争获胜,才能赢得市场,立足市场。激烈的市场竞争给科技进步以压力和动力,没有市场竞争就没有科技进步,科技是第一生产力,竞争是第一推动力。竞争推动科技进步进而促进经济发展。

市场竞争是一种淘汰优化机制,去劣存优,去粗存精,去伪存真;以少胜多,以最少的投入实现最大的产出;以高效取代低效,促使资源最有效地配置。市场竞争是一种效率机制,“竞争是提高生产率的最理想的手段”。效率提高了经济才能发展。

不正当竞争、垄断之所以存在,就是为了牟取超额利润,但这是建立在牺牲广大消费者合法权益的基础上的,不正当竞争、垄断必然损害消费者的合法权益,艾哈德明确指出:“每种垄断的形式都隐藏着欺骗消费者的危险性”,并公开宣称“卡特尔——消费者的敌人”。市场竞争法通过反不正当竞争、反垄断维护消费者主权,让消费者成为市场竞争的裁判员,孰优孰劣、孰胜孰汰,由消费者去评判,消费者只会选择那些以最低价格提供最高质量最优服务的生产者。大力造福消费者,切实让消费者得到实惠,是评判经济发展的根本标准。艾哈德认为:“每一部机器,每一个发电站,每一所新工厂,以及任何一种能提高生产率的手段,其最后目的都是要使那些在社会主义市场经济领域内生活和工作的人民,能够更加丰富地生活。”只有当消费者大大受益了,得到实惠了,人们的生活水平大大提高了,经济才是真正发展了。

亚当·斯密:《国民财富的性质和原因的研究》上卷,商务印书馆1979年版,第140页。

[德]艾哈德:《来自竞争的繁荣》,商务印书馆1983年版,第154页。

同,第121、115页。

同,第162页。

(二) 实现政治民主

经济基础决定上层建筑,“经济问题日益具有中心的政治意义”,“政治和经济当今处于不可分割的、相辅相成的关系”。在市场垄断阶段,自由民主日益受到垄断的威胁和侵蚀,经济垄断导致政治专制,“一旦竞争受到排斥,市场经济便丧失了维持经济秩序和保障自由的力量。”实践反复证明,“任何国家统制经济和对经济的任何社团控制最终意味着限制民主国家宪法保证的人的基本自由和破坏自由发展个性的权利。”因此,要实现政治民主,必须反垄断促进市场自由竞争,实现经济民主,“自由秩序的经济适合于自由民主的法制国家”,并且,“只有在市场经济成为真正的竞争秩序的情况下,它才在政治上、社会上、道德上和经济上受到欢迎”。人们在自由竞争的市场经济中,受到自由竞争的教化,接受自由竞争的洗礼,养成自由竞争的习性,培植自由竞争的信念,社会才能形成自由民主的氛围和环境,这样才能实现政治民主。这正如美国最高法院的反垄断法判例所指出的:“谢尔曼法的基础是,不受限制的竞争将产生最佳的资源配置,最低的价格,最高的质量和最大的物质进步,同时创造一个有助于维护民主的政治和社会制度的环境。”权力是公共的不是私人的,应由大众享有不能为私人所垄断,竞争的权力才是民主的权力,制约权力才会有社会自由。没有自由竞争就没有权力竞争和权力制约,从而也就没有政治民主,因为“竞争是历史上最伟大、最出色的剥夺权力垄断的手段”。

(三) 弘扬人类文明

在市场社会,竞争无时不涉,无地不涉,无事不涉,无人不涉。每个人都必须直面竞争,只有适应竞争,学会竞争,敢于竞争,善于竞争,才能生存和发展。人们光明正大,诚实信用,各尽所能,公平竞争,胜者光荣,败者体面,竞争是一种文明人解决冲突纠纷的文明方式。那些妨碍竞争,限制竞争的人,往往采用阴谋诡计,欺行霸市,坑蒙拐骗,损人利己等不正当手段牟取非法利益,实为文明所不齿。那些逃避竞争,懈于竞争的人,不合时宜,会引起身心痛苦,愤世嫉俗,无谓伤感,是没有出路的,会日益堕入落后的深渊。

市场竞争激发人的主动性积极性和创造性,人们在竞争中既有压力也有动力,会不遗余力,殚精竭虑把事情做到极致,向各种极限挑战。市场竞争优胜劣汰,奖勤罚懒,除旧布新,不断刷新纪录,不断创造奇迹,不断提升境界,人们在自由竞争中不断超越自我,完善自我。竞争合乎人的本性,弘扬人的本性,使人更成为人。这犹如康德所说的小树的竞争:“一片茂密的小树林,为了争夺宝贵的阳光,每一棵小树苗都拼命向上生长,其结果是它们都变得笔直挺拔秀美端庄。”竞争使人身更有力量,使人性更为光辉,使人类更有尊严,一句话,使人更成其为人,人类是在自由竞争中进化文明的。哈耶克指出:“在整体上,建立在竞争基础上的社会比其他社会能更有效地达到它们的目标,这是文明史已经明显证实的一个结论。”人是一种物质性的生物存在,人的独立性建基于物的依赖性,“一般说来,物质方面的顾虑不断把人们束缚着,因而在物质意义上,人们就被禁锢起来了。”也就是说,“仓廩实而知礼节”,物质文明了才能精神文明,“人们有了一个巩固的物质基础以后,才能自由自在,从而准备从事于更高尚的事情。”市场竞争是资源的有效配置者,是效益之源,财富之本,市场竞争使财源滚滚,物质丰裕,经济繁

[德]艾哈德:《来自竞争的繁荣》,商务印书馆1983年版,第230页。

同,第232页。

同,第232页。

M. C. Howard: Antitrust and Trade Regulation, New Jersey 1983, P. 1.

[德]梅斯特梅克:《经济法》,载《比较法研究》1994年6月号,第89页。

参见何梦笔主编:《德国秩序政策理论与实践》,上海人民出版社2000年版,汪丁丁序。

Hayek, New studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas, Routledge & Kegan Paul Plc, 1978, P. 180.

同,第166页。

同。

荣,社会安全,“由于经济繁荣与社会安全,人们就会感到自己的身份,自己的人格,以及人类的尊严。”竞争是人类文明之母。

上述市场竞争法的目标大都分别写入了各国的市场竞争法中。如日本《禁止私人垄断及确保公正交易法》第1条规定:“本法的目的,是通过禁止私人垄断、不正当的交易限制以及不公平的交易方法,防止事业支配力的过度集中,排除因联合、协议等方法形成的生产、销售、价格、技术等的不正当限制以及其他的对事业活动的不正当约束,促进公平的、自由的竞争,发挥事业者的创造性,繁荣经济,提高工资及国民实际收入水平,以确保一般消费者的利益并促进国民经济民主、健康地发展。”

五、市场竞争法的构成

市场竞争法的构成具体是指市场竞争法包括哪些内容。一般都认为市场竞争法包括反不正当竞争法和反垄断法,共中对反垄断法属于经济法没有歧义,但对反不正当竞争法的地位和归属却存在着广泛而持久的争议。

一种意见认为,反不正当竞争法调整的是经营者与经营者之间的竞争关系,经营者是一种特殊的民事主体,市场竞争是一种普遍的民事活动,经营者之间的竞争关系是一种平等主体之间的关系,适用民法的基本规定;反不正当竞争法涉及的主要是私人利益,其宗旨是保护私人权利,是私权本位法;反不正当竞争行为本质上是一种特殊的侵权行为,反不正当竞争法是一种特别侵权法;反不正当竞争法的任务基本上由竞争者自己去处理,由受害者提起私人诉讼,是私力自助,公权主体一般不介入;反不正当竞争法所规定的法律责任主要是民事责任,如停止侵害和赔偿损失;反不正当竞争法与民法是特别法与一般法的关系,当两者的规范发生竞合时,先适用反不正当竞争法,无法适用时,可适用民法的一般规范。因此之故,反不正当竞争法属于私法。德国学者普遍持这种观点。我国也有一些人持此观点。

但自20世纪30年代开始,人们日益认识到:反不正当竞争法调整的不仅是经营者与经营者之间的竞争关系,还有经营者与消费者之间的服务关系,这种社会关系也不尽是平等主体之间的关系,如经营者与消费者之间的关系就不是完全的平等关系;不正当竞争行为不尽是民事行为,从事不正当竞争行为的经营者不都是民事主体;反不正当竞争法涉及的不仅是私人利益,还有广大消费者的权益,以及社会公共利益,反不正当竞争法保护的利益是多元化的;不正当竞争行为大大区别于民事侵权行为,民法有关侵权行为的规定,其基本思想在于从正面保护受害者的某些特定权益,而反不正当竞争法,其基本思想是从反面禁止某些特定的不正当竞争行为,保护不特定多数人的权益,两者的基本出发点和目的是不同的;由于不正当竞争行为不仅侵害直接受害人的权益,而且侵害广大消费者的合法权益以及社会公共利益,因此,不仅直接受害人有权提起私人诉讼,某些社会团体(如我国的消费者协会)和有关国家机关(如我国的工商行政管理部门)也有权提起公益诉讼,维护市场竞争机制和市场竞争秩序,不仅要私人自助,还要公力救济;反不正当竞争法所规定的法律责任,不仅有民事责任,还有行政责任和刑事责任,并且民事责任不占主导地位,即使它规定民事责任,也与一般民事责任大有不同,民事责任的本质是利益衡平,补偿受害人的损失,而反不正当竞争法所规定的民事赔偿不仅具有补偿性更具有惩罚性,我国《反不正当竞争法》第20条规定:“被侵害的经营者的损失难以计算的,赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润;并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。”等等,因此之故,反不正当竞争法不属于私法,最起码不完全属于私法。越来越多的人持有这种观点。

相对来说,反不正当竞争法与反垄断法关系密切,两者有许多共同点和关联处:一是两者都以市场竞争关系为调整对象,都旨在缔造和维护自由公平的市场竞争机制和市场竞争秩序。一是两者相依相

[德]艾哈德:《来自竞争的繁荣》,商务印书馆1983年版,第163页。

参见邵建东:《德国反不正当竞争法研究》,中国人民大学出版社2001年版,第21—24页。

存,相辅相成。反不正当竞争法维护的是正当竞争,反垄断法捍卫的是自由竞争。一方面,自由竞争是正当竞争,只有自由竞争才有正当竞争,只有自由竞争才能反不正当竞争,不存在自由竞争往往导致不正当竞争,没有自由竞争无所谓是否正当竞争,就此而言,反不正当竞争法要以反垄断法为基础。另一方面,自由竞争未必总是正当竞争,自由竞争还可能是不正当竞争的条件,有时不正当竞争也是自由竞争,但真正的自由竞争只能是正当竞争,不违反反不正当竞争法的自由竞争,不得借口自由竞争实施不正当竞争,就此而言,反垄断法要以反不正当竞争法为参照和作补充。一是两者存在竞合之处,有些行为既可以是反垄断法所反对的行为,也可能是反不正当竞争法所反对的行为,如低价倾销、联合抵制、价格歧视等即是。一是在许多国家,它们有着共同的执法机构,如日本的公正交易委员会,英国的公平贸易局,我国的工商行政部门。这说明两者在许多方面存在融合一致之处。

由上可见,反不正当竞争法与反垄断法,两者共性远远大于个性,其实它们是缔造和维护市场竞争的左膀右臂,反垄断法仅是反对垄断,能促进自由竞争,但未必能实现正当竞争,因为自由竞争有时还是不正当竞争的渊藪,垄断只是不正当竞争的一种。反不正当竞争法仅是反对不正当竞争,但未必能反对垄断,实现自由竞争,因为有些垄断并不是不正当竞争造成的,而是优胜劣汰的结果,就垄断的形成来说,是合乎反不正当竞争法的。缔造和维护市场竞争必须两法一起抓,两法都要硬,把两法协调统一起来,共同构成市场竞争法,一道维护正当竞争和自由竞争的市场机制和市场秩序。

考虑到反不正当竞争法与反垄断法的这么多共性以及反垄断法之于反不正当竞争法的基础地位,也考虑到反垄断法是公认的经济法的核心之一,不妨把反不正当竞争法连同反垄断法合在一起,如日本的《禁止私人垄断及确保公正交易法》,它们一同划归经济法,构成经济法的重要一编,即市场竞争法。

Abstract :Market competition law has a profound base. It originates from human nature and is the requisite of human self - consciousness , economic person and freedom. Depended on human existent environment , it has become a subject in market context. It has its own specific characteristics. The author made a survey on its regulating means ,functions and composition.

[作者单位:中国社会科学院法学研究所]

(责任编辑:王莉萍)