

21世纪法学研究生参考书系列

经济法研究

(中卷：市场竞争法研究)

邱本◎著

中国人民大学出版社

系列书目

- ★ 刑法分则的解释原理.....张明楷 著
- ★ 宪法学专题研究.....韩大元 林来梵 郑贤君 著
- ★ 关系犯罪学.....白建军 著
- ★ 侵权责任法原理.....张新宝 著
- ★ 知识产权法基本问题研究.....吴汉东 等 著
- ★ 刑事诉讼法（上、下册）.....林钰雄 著
- ★ 沟通与协调之途——论公民环境权的民法保护.....吕忠梅 著
- ★ 民事诉讼：关键词展开.....张卫平 著
- ★ 统一公法学原论——公法学总论的一种模式（上、下卷）.....袁曙宏 宋功德 著
- ★ 刑事诉讼的前沿问题（第二版）.....陈瑞华 著
- ★ 刑法学的现代展开.....陈兴良 周光权 著
- ★ 新订债法各论（上、中、下）.....邱聰智 著
- ★ 实践中的宪法学原理.....莫纪宏 著
- ★ 民法债编各论（上、中、下）.....林誠二 著
- ★ 刑法总论问题思考.....黎 宏 著
- ★ 行政规制与权利保障.....杨建顺 著
- ★ 国际人道法.....朱文奇 著
- ★ 商法的价值、源流及本体（第二版）.....范 健 王建文 著
- ★ 国际法析论（第二版）.....杨泽伟 著
- ★ 物权法理论评析与思考（第二版）.....尹 田 著
- ★ 合同法总论.....崔建远 著
- ★ 问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究（第二版）.....陈瑞华 著
- ★ 经济法研究（上、中、下卷）.....邱 本 著

经济法研究

(中卷：市场竞争法研究)

第三卷

邱本◎著

经济法研究

(中卷：市场竞争法研究)

中国人民大学出版社
·北京·

目 录

导 言	来自竞争的繁荣	/ 1
-----	---------	-----

第一章 市场竞争法的基础 / 15

第一节	市场竞争法的根源	/ 16
第二节	市场竞争法的特征	/ 21
第三节	市场竞争法的调整方法	/ 30
第四节	市场竞争法的功能	/ 37
第五节	市场竞争法的构成	/ 41

第二章 反不正当竞争法 / 45

第一节	反不正当竞争法的缘起	/ 46
第二节	不正当竞争行为的界定	/ 48
第三节	不正当竞争行为的类型	/ 57
第四节	反不正当竞争法的适用	/110

第三章 反限制竞争法 / 114

第一节	竞争模式	/ 117
第二节	相关市场	/ 123
第三节	基本原则	/ 132
第四节	主要方法	/ 137
第五节	反垄断规制	/ 144
第六节	反限制竞争协议规制	/ 172
第七节	经营者集中（企业合并）控制	/ 192

第八节 反滥用市场支配地位规制 / 211

第九节 反限制竞争法的适用 / 245

附录一 来自竞争的价值 / 274

附录二 论竞争法的基本精神 / 285

导 言

来自竞争的繁荣

一

当今时代是市场的时代，而市场最本质的东西是竞争，因此，市场的时代是竞争的时代。市场越发达，竞争越激烈；市场越深化，竞争越普遍；市场越完善，竞争越规范，竞争已成为当今时代的主题，引起了人们普遍的关注，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”^①。

二

一切事业都是人的事业，或者说都是人干出来的事业，因此，一切促进事业发展的制度构建都应以人为本为出发点，从人的本性出发，在确切把握、尊重和顺应人的本性的基础上因势利导地进行。

促进经济又好又快地增长、发展社会的民主自由是人类最伟大的事业。艾哈德指出：“在一个自由社会制度中，达到这个目的的最好办法

^① 欧洲委员会里斯本小组著，张世鹏译：《竞争的极限》，136页，北京，中央编译出版社，1999。

是竞争,它是这种制度的主要支柱。”^① 这就是说,促进自由竞争是人类实现上述事业的必由之路,这进而决定了,促进自由竞争是人类最伟大的事业之一。

人的本性是自由的,因此,制度构建“首先必须考虑到每一个公民有按照自己的经济条件、个人愿望和个人价值而生活的自由”^②。自由竞争因应人的客观情况和自由本性,迎合人的争强好胜和出人头地的心理,满足人的事业心和成就感。它深谙只有如此,才能最大限度地激发人的主动性、积极性和创造性。一种事业只有合乎人们的意愿,人们感兴趣,并对它怀有内在的不可抑制的动力时,才可能把它做到极致,意志自由与内在兴趣是人类最基本的动力之一。自由竞争让人们按照自己的意愿和兴趣去自由发展,满怀激情,全力以赴,不懈奋斗地追求自己至爱有趣的事业。由这样的人们所组成的社会就会千帆竞发,百舸争流,长足发展。人世间的许多奇迹就是在自由竞争中创造的。

但是人也有劣根性,如趋乐避苦,好逸恶劳,贪图安乐,怕冒风险。人的发展、社会进步在很大程度上就取决于如何进行制度设计以克服人的劣根性,克服了人的劣根性,人就发展了,社会就进步了。自由竞争就是这样的制度设计,它同人的劣根性作不可妥协的斗争。艾哈德指出:“如果社会政策的目的对于每个人从一出生就给他全部安全,保护他绝对不冒任何人生的风险,那就不可能希望他的才能、智力、企业雄心以及其他人类品德得到充分发展;这些品德对国家的生存和发展都是非常重要的,对于以创业精神作基础的市场经济是必不可少的。”^③ 人们要时刻提醒自己关注自己的生存环境是这样的一种困境:一方面,自然界没有赋予人类丰裕的自然资源;另一方面,人类自身的生产力远没有达到能够完全满足人类自身需要的程度,这是一种“僧多粥少”的困境。在这种困境中,资源是有限的甚至是稀缺的,不能按需分配,只能竞争分配,竞争使人类摆脱物质束缚。因为物竞天择,优胜劣汰,这一残酷的竞争法则,给人们以压力,人没有压力就没有动力,也不会努力,就不会竭尽全力去奋争,去征服改造自然,去挑战超越自我,去克

① [德] 路德维希·艾哈德著,祝世康等译:《来自竞争的繁荣》,115页,北京,商务印书馆,1983。

② [德] 艾哈德:《来自竞争的繁荣》,16页,北京,商务印书馆,1983。

③ [德] 艾哈德:《来自竞争的繁荣》,178~179页,北京,商务印书馆,1983。

服摆脱困境，去不断完善发展。人世间的许多奇迹就是被逼出来的，从“山穷水尽”到“柳暗花明”。自由竞争让警钟长鸣，使人居安思危，催人奋进，让人时刻感到危机，必须自强不息，竞争不已。其实，许多国家的国歌都旨在唤起民族的危机意识和奋争精神，如我国的国歌，响彻云霄的就是：“起来！……中华民族到了最危险的时候……冒着敌人的炮火前进！前进！前进！进！”从这一点来看，自由竞争的意义与国歌如出一辙，同样是一个国家一个民族不可或缺的东西，同样是催人奋进的号角。

三

人类是一种高等动物，但依然属于动物的范畴，是生物的一个物种。人类既然是生物的一个物种，那么生物物种的法则就同样适用于人类，从生物物种的法则可以推知人类的法则，“生物学是解开人类本性之谜的一个关键，如果忽视了它所提供的那些快捷有效的原则，其损失之大就不是社会科学家负担得起的了”^①。其实，许多人类的法则正是从生物物种的法则中推知和推演而来的，如达尔文从生物物种的观察总结中，发现了“物竞天择，适者生存”这一生物物种的法则，这一法则同样适用于人类、人类社会，已被叫作“社会达尔文主义”。

还有霍布斯以“狼与狼的关系”来说明人与人的关系。从“狼与狼的关系”中，我们能明白什么道理呢？那就是我们会惊奇地发现狼群中既存在着竞争，又存在着秩序。同类狼是竞争的，并且血统地位高的可以向血统地位低的竞争；但又存在着秩序，血统地位低的不能向血统地位高的竞争。尽管其中的原因尚不清楚，但我们知道，正是竞争与秩序才使狼这种凶残的动物也能成为合群的动物。其实，何止狼，万物都是因为竞争与秩序才生生不息，才生态平衡的。

人类尽管是动物，但毕竟是高等动物。这里的“高等”，一语双关。一方面人类作为高等动物，人类的竞争不同于其他动物的竞争，其他动物的竞争仅是身体和体能的竞争，是“肉搏”，而人类的竞争就不仅如此，人类具有理性，会制造和使用工具，所以，人类的竞争

① [美] 爱德华·威尔逊著，甘华鸣译：《人类的本性》，3~4页，福州，福建人民出版社，1988。

还是智力的竞争、工具的竞争、武器的竞争,甚至是战争,足以把同类彻底消灭。所以人类的竞争比任何其他物种的竞争都更为激烈残酷,如果没有规制,没有秩序,人类就会自相残杀、自我毁灭。幸运的是,人类还有另一面,他具有高等理性,能用理性去规制竞争、控制竞争,使竞争有理有节有序地进行,使人类竞争不至于沦为弱肉强食,而是文明竞争,有人道秩序。与其他物种相比,人与人之间的竞争更文明,秩序更完善。不过,这一切都有赖于竞争法则的建立,没有规矩不成方圆,没有竞争法则就没有人类的文明竞争和人道秩序,竞争法则对于文明竞争和人道秩序是必不可少的。艾哈德指出:“在一个以自由社会制度为基础的国家里,最重要的一件工作是保证自由竞争。我曾公开声明,一项反垄断的法案是非常重要的,应当把它看作一条不可或缺的‘经济原则’……如果国家办不到这一点,‘社会主义市场经济’就会中途夭折。这条原则的意思是,任何个人不应当有足以压倒别人自由那么大的权力,或者以假自由为借口来限制真自由。‘全民繁荣’和‘来自竞争的繁荣’两者是不可分割的。前者所指的是目标,后者所指的是达到目标的途径。”^①

四

在当今这个时代,竞争已经成为最普遍的一种现象,可谓竞争无处不有、无时不在、无人能外,生活在当今这个时代的人们比过去任何时代的人们都面临着更为激烈的竞争。生活在竞争时代的人们应该养成竞争心态,培植竞争意识,具备竞争能力。所谓的竞争心态,是一种面对竞争时的健康心理状态,看见万物更替、得丧变更、上下沉浮,能不以物喜、不以己悲,能宽容大度、心态平和。没有这种心态,就会嫉妒狭隘、患得患失。所谓的竞争意识,就是时时刻刻意识到竞争,主动自觉地去竞争,不服输,有一种舍我其谁的自我自强意识,遵守游戏规则,有公平自由竞争的精神,深刻地意识到只有竞争才有机会,不能等靠要,自觉地认识到竞争有两种结果,优胜劣汰,但即使汰,也竞争过,尽了自己的努力,问心无愧,不后悔,输给了优者,没什么不光彩的;

① [德] 艾哈德:《来自竞争的繁荣》,12页,北京,商务印书馆,1983。

而不竞争，只有一种结果，那就是失败，自暴自弃，自己打倒自己，令人不齿。所谓的竞争能力，是一种从事竞争的能力，敢于向自己挑战、向强者挑战、向极限挑战，敢于竞争，善于竞争，在竞争中大显身手，在竞争中战胜自己、超越对手，把自己的优势充分展示出来，把人的能力充分实现出来，在竞争中提升人的能力，在竞争中把事情做到极致。竞争能力是人的生存和发展能力，也是国家的生存和发展能力。个人没有竞争能力，就会被淘汰出局；国家没有竞争能力，就会落后挨打。

相比之下，上述三者我们都还比较缺乏。在现实中随处可见的是，能赢不能输，能得不能失，能上不能下，苟安拒变，怕冒风险，不习惯竞争，也不善于竞争，缺乏竞争意识。竞争能力不强，甚至厌恶竞争、躲避竞争、妨碍竞争，习惯于等靠要，不能积极竞争主动争取，在利益的追逐中，总想不通过竞争而径直获得，甚至想通过不公平竞争而达到目的。

我们急需一场全民竞争教化的运动，通过这场运动让全民树立这样一种人生态度：国家不要担心我的事情，只管制订好自由竞争的规则，给我足够的自由，让我去公平竞争，去赢得属于我的那一份，我就能安排好自己和我家庭的生活，我就能对自己的命运负责。这种人生态度是任何社会尤其是市场社会所必需的，艾哈德指出：“社会市场经济基础的精神态度——那就是愿意对自己的命运负责，从事于真正的自由竞争的态度——如果在其他领域内受到了有关社会措施的损害，那么社会市场经济就不可能欣欣向荣地前进。”^①

五

社会发展是任何一个社会的永恒主题，但如何发展是经天纬地的宏伟大业。尽管每个社会各有自己的发展道路，但统观社会发展的历史，仍然可以发现它们之间有共同的规律，这种共同的规律集中地说，就是自由竞争与秩序调控，任何一个社会要想发展，都必须两者并举，齐抓共管。

首先是要促进自由竞争。马克思认为，自由竞争是“……资产阶

① [德] 艾哈德：《来自竞争的繁荣》，178页，北京，商务印书馆，1983。

级经济的重要推动力……”^① 恩格斯认为,“任何一个民族都不会容忍由托拉斯领导的生产……”^② 列宁认为,竞争“……在稍微广阔的范围内培植进取心、毅力和大胆首创精神……”^③ 艾哈德说得更是直截了当:“一种竞争的经济制度是所有经济制度中最经济的,同时又是最民主的制度。”^④ 并且德国的社会市场经济政策已向全世界证实:“生产者的自由竞争,消费者的自由选购,以及个性的自由发展等原则,比任何形式的国家指导或国家管制,更能保证经济与社会的进步。”^⑤ 只要创造并维护一种自由竞争的制度和环境,任何社会都可以步入繁荣之途。

实践证明,不能促进自由竞争就没有社会发展,我们搞了几十年的计划经济之所以要回过头来搞我们一直反对的市场经济,原因就在于计划经济否定排斥自由竞争,自由竞争是对计划经济的根本否定,“谁不赞成竞争与自由市场价格,谁就找不到理由来反对计划经济”^⑥。而市场经济孕育、促进自由竞争,“市场经济不能和自由竞争制度分割开来”^⑦,自由竞争是市场经济的根本优越之处。计划经济社会与市场经济社会的差距就在于是否促进自由竞争以及怎样促进自由竞争。

社会发展的关键是人的发展。而人是在竞争中发展的,亚当·斯密指出:“竞争和比赛往往引起最大的努力”^⑧,艾哈德认为,“只有自由竞争才能把人的力量解放出来。”^⑨ 在自由竞争中,人们向自己挑战、向优者挑战、向极限挑战,使不可能成为可能,取得了许多意想不到的成就,创造了许多令人惊叹的奇迹。正是在自由竞争中,人更加出类拔萃,更加超凡出众,把人的发展达到极致,使人更加成其为人。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

① 《马克思恩格斯全集》,中文1版,第46卷(下),47页,北京,人民出版社,1980。

② 《马克思恩格斯全集》,中文1版,第19卷,239页,北京,人民出版社,1963。

③ 《列宁选集》,3版,第3卷,375页,北京,人民出版社,1995。

④ [德]艾哈德:《来自竞争的繁荣》,55页,北京,商务印书馆,1983。

⑤ [德]艾哈德:《来自竞争的繁荣》,12页,北京,商务印书馆,1983。

⑥ [德]艾哈德:《来自竞争的繁荣》,123页,北京,商务印书馆,1983。

⑦ [德]艾哈德:《来自竞争的繁荣》,122页,北京,商务印书馆,1983。

⑧ [英]亚当·斯密著,郭大力、王亚南译:《国民财富的性质和原因的研究》,下卷,320页,北京,商务印书馆,1983。

⑨ [德]艾哈德:《来自竞争的繁荣》,121页,北京,商务印书馆,1983。

直挺拔秀美端庄。”^① 人亦如此，人是在竞争中发展的，离开了竞争，就像“温室里长不出万年松，院子里遛不出千里马”，人就会退化。只有作为社会成员的人发展了，社会才能发展。

社会发展必须有效配置资源，有效配置资源才能促进社会发展。那么资源如何才能有效配置呢？实践证明，资源不能平均分配，平均分配、“大锅饭”，会鞭打快牛、保护落后，被实践证明是没有效益的；资源也不能按需分配，不能一开始就对个人给予广泛的保障，分配给他（她）相当的物质资源，完全满足其需要。这两种分配方式，归根结底，都是让社会上的一部分人养活另一部分人。如果这样发展下去，“我们势必滑向一种社会制度，那就是每个人把一只手放在别人的口袋里。那时，生活的原则将成为：我供养别人，别人供养我”^②。这样的后果不堪设想，其代价是十分巨大的，“在国家或集体担负了更大责任以后，个人的安全并不是什么提高，而是降低了”^③。一个依附于人，靠施舍救济，而不能自己奋斗、自己负责的人是永远得不到真正安全的。因此，资源只能通过竞争分配，每一个社会成员都必须参与竞争，通过竞争去赢得属于自己的那一份，对于不竞争者，尽管不能说不竞争者不得食，但不竞争者肯定比竞争者尤其是优胜者要食得少和差。竞争分配是按劳分配等分配形式的共同要求和具体体现，它要求人们自强不息、自力更生。优者多得，劣者少得，这一方面是对优者的奖励，另一方面也是对劣者的激励。为了多得，必然会促使优者更优，劣者向优者看齐，从而整个社会就会人心思齐，人人向善，社会优化，进步向上。这样的财富分配机制才是最有效的，所以艾哈德明确指出：“我把开展竞争看作是不断提高效率以及合理分配国民经济的最好保证。”^④ 此外，必须加强宏观调控（这里仅一般地谈谈国家干预），保护社会劣者。自由竞争有积极的一面，但也有消极的一面，其中重要的一点就是通过优胜劣汰导致两极分化。我们常常拿体育比赛来类比市场竞争，不可否认两者有许多可类比之处，但也有重大的区别。如在体育比赛中，劣汰者失去的只是奖牌、奖金和荣誉，并没有其他损失，尤其不会危及他（她）本

① [德] 何梦笔主编，庞健、冯兴元译：《德国秩序政策理论与实践》，汪丁丁序，上海，上海人民出版社，2000。

② [德] 艾哈德：《来自竞争的繁荣》，180页，北京，商务印书馆，1983。

③ [德] 艾哈德：《来自竞争的繁荣》，182页，北京，商务印书馆，1983。

④ [德] 艾哈德：《来自竞争的繁荣》，116页，北京，商务印书馆，1983。

身的生存和生活。而在市场竞争中,劣汰者失去的就不止这些了,连必要的生存资料都可能成为优胜者的战利品。只要放任自由竞争,那么这种不正义的现象就必然存在。

这种社会不正义现象,不能不引发人们对自由竞争的反思。作为一种机制,自由竞争是人类社会发展进步的基本驱动力,作用巨大。但我们在看到这方面的同时,我们还应认真地分析自由竞争起作用的基础、过程和结果。就其基础来说,人与人之间存在差别并且这些差别是固有的不可抹平的,有些差别足以决定并导致人与人之间的不平等。因此,自由竞争是建立在不平等基础之上的,不但不能实现平等,放任的自由竞争反而强化这种不平等,使往后的自由竞争在更加不平等的基础上进行,变本加厉、恶性循环。就其过程来说,由于基础不平等,自然过程也就不平等,这种过程并非全是平等自由竞争的过程,它实质上是优者战胜和掠夺劣者的过程,是走向社会进一步分化、更不平等的过程;就其结果而言,自由竞争最终总是要分出优劣,并且优胜劣汰,这是冷酷无情的“丛林法则”。过去人们通常都认为这是合理的,这是有进步意义的。但是,我们应该认识到,优者胜无可厚非,但对于劣者来说,难道他们就必须汰、只能汰吗?有什么理由?实际上,劣者往往先天不足、存有缺陷,即使他们后天加倍努力,也无力回天,他们本是不幸者,在优胜劣汰的法则下更是不幸,他们也是无辜的,对于竞争失败的结果,他们除了客观上的“劣”以外往往并没有其他的过错,因此对于他们来说,劣而汰,是不公平的。

其实,优胜劣汰的真正意义在于人有区别,这种区别不能由哪个人来评判,只能通过自由竞争来区分,自由竞争是一种重要的区分或发现机制。它区分出谁是优者并给予优者以更多的奖励,不至于搞平均主义,“鞭打快牛”,从而使他们更加努力地拉动社会这辆大车向前发展,同时把坐在社会这辆大车上的劣者也一同拉向发展。优胜劣汰本身并不是目的,如果优胜劣汰本身就是目的,那么自由竞争的目的就是淘汰劣者,置劣汰者于死地,弱肉强食,“一将功成万骨枯”,这跟法西斯优化人种有什么区别?这还是社会发展吗?显然不是,社会发展不是优者淘汰劣者的单独发展的过程,而是优者携助劣者共同发展的过程。

人与人的自由竞争由人的本性决定着。人的本性是人权的基础,决定着人与人之间的自由竞争受人权的制约。

正是人权对自由竞争的制约,要求人们进行价值观念的变革,具体说来,就是从“优胜劣汰”到“优胜劣存”,也即过去是“优胜劣汰、适

者生存”，而现在是“优者胜利、劣者生存”，“优者发展、劣者生存”，“适者生存、不适者也生存”。从“优胜劣汰”到“优胜劣存”是基于人权要求而带来的价值观念的变革。在过去的自由竞争面前，只有优者而没有劣者，而在人权看来，不管优者和劣者，都同等地被当作人来看待。只有人权才能同时兼爱优者和劣者。作为人权要求的“优胜劣存”，对于优者和劣者来说，实际上，他们一个要求的是发展权，一个要求的是生存权。优者的发展权与劣者的生存权同是人权的基本内容，不可偏废。优者的发展权不能以牺牲劣者的生存权为代价，否则优者的发展权就是不人道的，人权的享有不以优劣为根据，优者再优而胜，其发展权也不能达到剥夺劣者作为生存权的人权；劣者再劣而汰，其生存权也不属于“汰”的范围，人的生存权是不受“优胜劣汰”法则支配的。根据人权的要求，优者的发展权应该提携劣者的生存权，劣者的生存权是优者发展权合理性的证成，优者的发展权是劣者的生存权的基础，劣者的生存权不应妨碍优者的发展权。发展权对于优者来说，是鼓励，是“锦上添花”；生存权对于劣者来说，是关怀，是“雪中送炭”。

在历史上，自由竞争曾是促进社会发展进步的主要工具，起过巨大的历史作用。但人类本身固有的差异性，使得自由竞争最终必然导致社会上的优者与劣者，在这种情况下，自由竞争必然蜕变成优者支配劣者的变相自由，导致社会不正义。要改变这种社会不正义，单凭劣者自身的力量是远远不够的，他们根本不足以与优者相抗衡，必须借助外力的干预，这种外力主要就是国家的力量。只有借助国家力量的干预去收拾竞争的残局，扶助劣者，提升他们的竞争能力，平衡他们与优者的社会地位。国家干预平衡着优者与劣者的社会地位，从而为自由竞争奠定了基础，使他们在高层次上重新竞争，真正地自由竞争，因此，从这个角度可以说，没有国家干预就没有自由竞争。有国家干预的自由竞争才能保障人权，劣者尽管劣，但不能因为其劣而丧失其人权，优者尽管优，但不能因为其优而剥夺劣者的人权。从根本上说，人权就是起源于优者与劣者之间权利的严重失衡，人权是劣者抗拒优者的终极权利，也是优者兼顾劣者的不辞义务。人权是优者与劣者同样不失为人的根本保证。当然，在优者与劣者之间真正保障人权尤其是保障劣者的人权必然要求国家干预，而保障人权尤其是劣者的人权正是国家干预的根本原由之一。国家存在的一个根本目的就是使优者不至于因为其优而侵吞剥夺劣者的人权，国家应是人权的保护神。国家为了切实保障人权而对社会进行必要的干预，这些干预表现为：在经济上，反对经济垄断，抑制经济

过分集中,分散市场力量,促进自由竞争,采取必要的福利政策,增强社会救济,减少或消灭社会贫困;在政治上,反对财阀政治,政治权利一切平等,等等。总之,国家干预的目的应是竭力保护其管辖下的每个人的人权。每个人仅仅作为人,作为社会成员,就应享有生存和发展的人权,当他仅靠自己的能力和努力不能生存和发展时,有权利请求国家保护,国家对此也义不容辞。这样才能使人与人的自由竞争充满人文关怀和人道精神。

六

在不同的历史时期,各法律的地位有所不同。

在初始时期,人的差别没有拉开,不很显著,看上去似乎平等,人们获得了平等的感觉,“不知道自己是谁”,忘记了实质差别。加之为了反对奴役、反对专制,也亟须提倡人人平等,相对于奴役专制来说,哪怕形式平等也是重大进步。当时人们所关注和反对的只是奴役者与被奴役者、专制者与专制者之间的不平等,以为反掉了这种不平等,似乎就人人平等了,万事大吉了。

与之相适的法律,抛开宪法不说,具体的法律主要就是私法了。私法适应这种形式平等的要求。私法是一种形式主义的法,它从形式上看人,睁只眼闭只眼,只看是不是人,而不看是什么人,无视人的差别。它告诉人们,你们都是平等的,我给你们制订了同一的规则,让你们按照它们去自由竞争,各得其所,上帝保佑,希望各位自己走好,至于竞争结果,我就不管了,也管不了啦。这就是私法!

但真正的自由竞争只能存在于原子式的个人之间——个人完全相同,没有任何差别。很显然,这样的个人是不存在的,世界上连两片相同的树叶都没有,作为万物之灵长的人更是千差万别了,人们在家庭出身、个人体质、文化程度、社会地位、经济实力、市场机会等方面都不尽相同。不要以为提倡人人平等、形式平等就真的人人平等、实质平等了,人的差别永远存在,人与人不可能平等。作为调整平等主体之间社会关系的私法,无论在调整前、调整中还是在调整后都不是平等的,平等只是它的理想追求,并且是它先天不足和无力回天的理想追求。当然,这不能怪私法,要怪只能怪人本身为什么存在那么多的差别?!

随着人的进化发展,人的差别不断扩大,日益显著;随着竞争的深入激烈,优胜劣汰,生产集中,形成垄断或准垄断。垄断先是由极少数

人支配市场控制国民经济，继而把持政治操纵上层建筑，从经济到政治破坏了人的平等，限制了人的自由。这时人们不再是平等的，也不再是自由的，自由竞争已不复存在。这是长期以来无视人的差别，对不同的人适用同一的规则，只关注形式平等而无视实质平等的结果。要改变这种结果，必须进行改革，正视人的差别，对不同的人适用不同的规则，不仅关注形式平等而且实现实质平等。这就像体育比赛中的举重、拳击一样，要根据运动员的客观情况把他们分为不同级别，让同一级别的人在一起比赛，不能让不同级别的人在一起比赛。垄断造成最大的不平等，垄断者与非垄断者之间有天壤之别，根本无法平起平坐，没有一点平等可言；垄断导致严重的不自由，垄断者主宰非垄断者，犹如主人与奴仆。要平等、要自由就必须反垄断，有无平等自由系于是否反垄断以及反垄断是否成功。反对垄断，具体说来就是要区分作为强者的垄断者和作为弱者的非垄断者，给予他们差别对待：一方面，依法反对垄断者，限制其过度自由，规制其竞争方式，削弱其竞争实力；另一方面，依法扶助非垄断者，保障其权利，提升其能力，扩大其机会，使其与垄断者平等起来，并与之展开公平竞争。这样才能真正奠定人的平等，保障人的自由，促进自由竞争。可见，依法反垄断成为奠定人的平等，保障人的自由，促进自由竞争的根本前提和首当其冲的任务，反垄断法成为平等奠定法，成为自由保障法，成为人权维护法，成为自由竞争的根本法，正是从这个意义上，反垄断法在西方市场经济发达国家被称为“自由企业的大宪章”和“经济宪法”。

七

第二次世界大战以后的德国，遍地瓦砾，满目疮痍，战争留下的创伤是深重的。当时有人曾作过如下估计：“每个德国人每五年才能有一只盘子；每十二年有一双鞋子；每五十年有一套衣服；每五个孩子中间只有一个能用上自己的尿布；每三个德国人只有一个能有机会躺在棺材里埋葬。”^① 在许多人看来，德国的前景十分黯淡，似乎了无希望。

在这样的背景下如何重建西德？朝野上下，国内国外，献计献策，众说纷纭，论战激烈。其中德国社会民主党代表人物勒赖西斯“要求实行政府管制”，他“坚决相信，只有通过有系统的经济计划与有系统的经

① [德] 艾哈德：《来自竞争的繁荣》，19页，北京，商务印书馆，1983。