



反垄断法法益研究： 范式与路径

On the Interests Anti-Monopoly Law Should Protect :
Paradigms and Paths

金善明 著





反垄断法法益研究： 范式与路径

On the Interests Anti-Monopoly Law Should Protect :
Paradigms and Paths

金善明 著



图书在版编目(CIP)数据

反垄断法法益研究：范式与路径 / 金善明著. —北京：
中国社会科学出版社，2013. 11
ISBN 978 - 7 - 5161 - 3505 - 1

I. ①反… II. ①金… III. ①反垄断法 - 研究
IV. ①D912. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 258143 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 许 琳
责任校对 张玉霞
责任印制 李 建

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名：中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京奥隆印刷厂
装 订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2013 年 11 月第 1 版
印 次 2013 年 11 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 18
插 页 2
字 数 300 千字
定 价 48.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社联系调换
电话：010 - 64009791
版权所有 侵权必究

目 录

导论	(1)
第一节 研究动因	(1)
第二节 研究思路	(4)
第三节 研究方法	(6)
第四节 主要观点	(8)
 第一章 反垄断法法益构建的理论前提	
——“法益”概念考辨	(12)
第一节 法益概念的生成	(12)
一 法益概念的滥觞与嬗变	(13)
二 法益概念在日本的发展	(14)
三 我国法益概念的发展	(16)
四 简单评价	(19)
第二节 法益概念的确立	(20)
一 法益概念的确立原则	(20)
二 法益的定义	(24)
三 法益中的“利益”	(26)
第三节 反垄断法法益概念的提出	(33)
第四节 本章小结	(35)
 第二章 反垄断法法益构建的制度环境	(37)
第一节 竞争的合理界定	(37)
一 竞争：不应被简单定义的概念	(37)
二 竞争的多维理解	(42)
第二节 竞争规制的理论与路径	(47)

一	竞争规制的正当性	(47)
二	竞争规制的法治化	(51)
三	反垄断法生成的条件与规律	(55)
第三节	中国竞争规制的制度选择	(60)
一	中国竞争规制的背景与法治化	(60)
二	中国竞争规制制度设计与研究	(65)
第四节	竞争法的概念与结构	(70)
一	竞争法的概念	(70)
二	竞争法的调整对象	(80)
三	竞争法的体系	(88)
第五节	本章小结	(96)
第三章	反垄断法法益的范畴	(99)
第一节	反垄断法法益的概念	(99)
第二节	反垄断法法益的形成	(101)
一	理论分析	(102)
二	实践样本	(107)
三	简短结论	(111)
第三节	反垄断法法益的实质	(113)
一	有序竞争的定义	(113)
二	有序竞争的内涵	(115)
第四节	本章小结	(117)
第四章	反垄断法法益的结构	(119)
第一节	反垄断法法益结构及其类型化	(119)
一	反垄断法法益结构的概念	(119)
二	反垄断法法益结构的类型	(121)
第二节	反垄断法法益中的个体法益	(122)
一	竞争者法益	(123)
二	关于反垄断法上的“消费者利益”	(128)
第三节	反垄断法法益中的超个体法益	(130)
一	国家法益	(131)

二 社会法益	(135)
三 基于法益的一种批判：行政垄断规制的无效性	(143)
第四节 反垄断法法益结构的平衡：适用除外制度	(145)
一 适用除外制度的法律厘定	(146)
二 直接目标：落实国家产业政策	(150)
三 根本目标：维护社会整体利益	(152)
四 我国《反垄断法》有关适用除外制度的价值审视	(154)
第五节 本章小结	(157)
 第五章 反垄断法法益的功能	(158)
第一节 反垄断法法益功能及其分类	(158)
第二节 反垄断法法益的立法功能	(160)
一 反垄断法法益的立法功能概念	(160)
二 反垄断法法益的立法功能核心：创建功能	(160)
三 反垄断法法益的立法功能实践——以美国为例	(163)
第三节 反垄断法法益的执法功能	(168)
一 反垄断法法益的执法功能概念	(168)
二 反垄断法法益的执法功能核心：解释功能	(169)
三 反垄断法法益的执法功能实践——以日本为例	(171)
第四节 法益功能运行的关键机制：解释	(174)
一 反垄断法解释的必要性：文本与市场	(175)
二 反垄断法解释的界定：概念与实践	(180)
三 中国语境下反垄断法解释的检讨：依据与范畴	(184)
四 反垄断法解释的合理化：思维与路径	(188)
第五节 本章小结	(191)
 第六章 反垄断法法益的保护	(193)
第一节 反垄断法法益保护的必要性	(193)
第二节 反垄断法法益保护的理论支撑	(195)
一 基于经济学的反思与应用——有序竞争的经济学依据 ...	(196)
二 路径保障的法治理念——有序竞争实现的根本	(210)
第三节 反垄断法法益保护的制度保障	(221)

一	树立竞争法治理念	(221)
二	完善竞争法体系	(222)
三	与其他经济规则（政策）相协调	(225)
四	确保反垄断执法的统一性	(231)
第四节	国际化背景下法益保护的路径选择	(233)
一	问题的缘起与概念的界定	(234)
二	反垄断法国际化的必然与困境	(236)
三	反垄断法国际化中困境的缘由	(241)
四	反垄断法国际化路径的证伪与回归	(244)
第五节	本章小结	(248)
第七章	余论：问题与反思	(250)
第一节	《反垄断法》实施中的成果	(250)
第二节	《反垄断法》实施中的问题	(255)
第三节	完善《反垄断法》实施的建议	(258)
第四节	反垄断法研究的思维转变与期待	(260)
参考文献		(263)
后记		(280)

导 论

第一节 研究动因

反垄断法，作为现代国家维护市场竞争的基础性法律规范，是市场经济发展到高级阶段的产物。市场经济是由西方国家在推翻封建王朝的基础上以“天赋人权”、“还权于民”、“平等自由”等思想理念为指导建立并逐步发展起来的，在其初期，西方国家以亚当·斯密的自由主义经济理论为圭臬，实行自由的经济政策，市场经济获得了迅猛成长并日渐繁荣。此时，企业形态以个人企业为中心，市场为竞争性市场，国家在社会生活中的作用也主要局限于维持治安等较小范围内，即存在着整个社会生产被一元化的市场机构重组的倾向。^① 所以，这一时期“管得越少的政府越是好政府”的观念广为流传并深入人心，以致如今仍为部分“自由主义者”所信奉。然而，随着产业革命的推进，经济生产不断被社会化、资本亦日趋集中，市场竞争机制的正常运行时常受到诸如联合抬价、限制产量、滥用市场支配地位等限制竞争行为的困扰而变得低效甚至无序，市场效率也因此减损，即出现了“竞争失灵”的现象。

竞争失灵单靠市场的自我矫正往往是徒劳无效的，须借由市场之外、超越个体利益的力量介入市场并对损害的竞争予以救济，但传统的法律制度对此似乎亦束手无策。因为这些限制竞争行为在某种意义上来说恰恰是传统私法制度运行的结果，私法体制下强调个体的意思自治、契约自由而经济自由的结果往往是经济不自由——弱肉强食、优胜劣汰并形成马太效

^① 参见〔日〕山口重克主编《市场经济：历史·思想·现在》，张季风等译，社会科学文献出版社2007年版，第58页。

应,继而束缚了市场竞争机制的运行,即正所谓市场运行中竞争通常会埋下毁灭自身的种子。这不仅扼制了市场机制的正常运行和活力,而且阻碍了市场经济的发展动力和效率。因此,这需要国家另辟蹊径,一改往日“守夜人”的中立身份^①而须伸出“有形之手”积极介入市场经济生活,以法治手段对市场运行中限制竞争行为予以规范。在此背景下,现代反垄断法便应运而生。

19世纪末,为规约竞争行为和维护竞争秩序,防止经济力的集中导致政治专制、侵害民主自由的政治传统,美国于1890年率先颁布了规制托拉斯和垄断化或企图垄断化等限制贸易行为的《谢尔曼法》。随着市场经济的发展和竞争规制的深入,于1914年相继颁布实施了《克莱顿法》和《联邦贸易委员会法》,从而形成了美国反托拉斯法的基本体系,在实践中渐次得以实施并有效规范市场竞争行为、维护市场竞争的有序性。随着市场经济模式在全球经济建设中得以广泛采用和发展,践行市场经济的国家在享受市场机制所带来的高效与活力的同时也深受限制竞争行为的困扰。因此,这些国家在结合本国国情的基础上相继效仿美国制定、实施反垄断法律制度^②,以期能有效地维护市场经济运行的秩序、确保市场竞争的活力和效率。

改革开放以来,我国经历了改革开放初期的“有计划商品经济”、20世纪90年代初的“初步建立社会主义市场经济体制”至目前的“建立健全社会主义市场经济体制”的经济体制转换过程,在此过程中无不夹杂着竞争与反竞争的较量,同时也渗透着国家对经济发展中反竞争行为的规范意志。自1980年国务院颁布《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》拉开我国规范市场竞争秩序的序幕以来,国家先后出台了诸如《反

① 在自由放任(laissez-faire)的经济条件下,斯密认为国家应尽量少干预市场,而只需做好三项基本职能,即“第一,保护社会,使不受其他独立社会的侵犯。第二,尽可能保护社会上各个人,使不受社会上任何其他人的侵害或压迫,这就是说,要设立严正的司法机关。第三,建设并维持某些公共事业及某些公共设施(其建设与维持绝不是为着任何人或任何少数人的利益),这种事业与设施,在由大社会经营时,其利润常能补偿所费而有余,但若由个人或少数人经营,就决不能补偿所费。”(参见[英]亚当·斯密《国民财富的性质和原因的研究》,郭大力、王亚南译,商务印书馆1974年版,第253页。)

② 目前,有近100个国家制定了竞争法典,除发达国家外,绝大多数发展中国家都是在20世纪90年代开始制定竞争法的。(参见时建中主编《三十一国竞争法典》,中国政法大学出版社2009年版,序言第II页。)

不正当竞争法》、《价格法》、《招投标法》等法律对市场竞争行为进行了相应规范和引导。其中,1993年颁布的《反不正当竞争法》名称上来看虽为反不正当竞争法,但“并非一部单纯地禁止不正当竞争行为的法律,而实际上是制止不正当竞争行为和部分垄断行为的混合性法律”^①。然而,《反不正当竞争法》虽将不正当竞争行为和垄断行为纳入其规制范畴,但有关垄断行为的规定仍是支离破碎的,对限制排除竞争的垄断协议、滥用市场支配地位及经营者集中等垄断行为规制缺乏系统性且无有力措施予以保障,因而在垄断的实际规制面前显得有些手足无措。因此,经济生活中,自下而上都企盼着能够早日出台系统规制垄断行为的《反垄断法》,并对其寄予厚望。

正是在千呼万唤中,我国《反垄断法》于2007年8月终修成正果,一时间社会民众都深以为规范市场垄断行为有了“尚方宝剑”,能够痛治市场经济进程中的垄断恶疾,从而惠及普通百姓!然而,随后一系列冠以“第一”的各类反垄断案件在实践中夭折或不了了之等情形的相继发生,渐渐地使得黎民百姓认识到反垄断法似乎并不如想象的那么“能”,甚至对反垄断法产生了疑惑——为什么反垄断法未能有效地解决老百姓生活中所遇到的“垄断”!现实中的无奈迫使我们反思既有制度与理论架构——反垄断法究竟是什么,为什么需要反垄断法,反垄断法能干什么,这些看似简单的问题实际在实务界抑或学术界也存有同样的争议甚或困境——反垄断法究竟能干什么!现实中的反垄断法认识与文本上的反垄断法规范之间的距离,促使我们去思考:反垄断法应该保护什么利益,即反垄断法法益这一课题。

然而,“法益”一词,在我国是个舶来品,对其予以研究是个新兴“行业”。国内相关研究成果亦屈指可数且主要集中于刑法、民法等传统法律部门之中,而有关反垄断法这样年轻的法律部门之法益研究更是少之又少,因而国内关于法益的一些研究成果对本课题的开展则显得弥足珍贵。资料少并不代表无法开展研究,相反,在此情形下对反垄断法法益展开研究越发显得急迫与重要。尤其是,对于新兴的反垄断国家来说,从理论上厘清反垄断法保护的利益范畴并探求保护路径则意义不可小觑!通过搜集和发掘有限的既有法益研究成果,厘清法益概念及梳理其演变脉络,

^① 孔祥俊:《反垄断法原理》,中国法制出版社2001年版,第49页。

并以哲学视角对反垄断法法益进行型塑和探索，以期为反垄断法研究和实施提供相应的理论支撑和指引。

法益自其产生以来，围绕着宾丁的“状态说”和李斯特的“利益说”之争日趋成熟，但其争论并没有因此而减少，相反变得越发激烈。按照传统学说，法益即为法所保护的利益，那么反垄断法法益就是指反垄断法所保护的利益。这一概念在现代市场经济语境下是否合理，我们该如何理解这一概念？即反垄断法法益的具体内涵是什么，其结构如何，在垄断规制范畴内应发挥什么样的功能，以及其对实现竞争法治有何诉求等，这一系列问题是我们研究和把握反垄断法本质的关键，亦是发挥反垄断法的市场经济建设功能的关键，因而对反垄断法法益进行系统而深入的研究显得必要而又重要！

第二节 研究思路

竞争作为调节市场的机制，是现代资源配置的决定性手段，亦是市场经济活力的源泉。但市场经济发展的实践证明，竞争在其运行过程中往往会埋下毁灭自身的种子，即竞争者在市场竞争中因担心竞争所致的优胜劣汰之惨烈结果而通常采取各类手段防止自身因竞争而淘汰，甚至不惜采取有违市场竞争规律的方式扼制竞争。为此应运而生的反垄断法的天然使命就是要规范市场竞争行为、维护市场竞争秩序，因而反垄断法自其产生那一刻起便要保护有序竞争，即反垄断法所要保护的利益为有序竞争。因此，本书始终以反垄断法所保护的利益，即有序竞争为红线，贯穿分析的始末。

在“有序竞争”这根红线的指引下，我们依一般的研究逻辑——“是什么”、“为什么”以及“怎么办”——对反垄断法法益进行历史而辩证、系统而全面的分析。当然，在对反垄断法法益进行具体研讨前，我们基于前人的研究成果，通过历史溯源的方式对“法益”概念进行回顾与总结，进而对法益予以定义并指出在现代法学语境中“法益”的研究与实践必须置于法治环境这一现实大背景下，否则将会导致法益脱离具体社会政治、经济等制度保障。这是因为法益需要国家经由立法将其从应然意义转为实然状态的法律规范，并通过具体的法治实践而得以保障和实现，因此，离开法治的法益便成了镜中花、水中月而无任何实质意义。同

样,反垄断法法益也离不开法治,反垄断法法益是指在法治环境下反垄断法所应保护的利益。唯有在法治环境下,对市场经济运行中各式垄断行为予以规制方能超越“人治”,继而以法体现人对客观规律的尊重和竞争秩序的追求与保护,即客观规律转为条文化的法律并予以实施。

在界定反垄断法法益概念后,我们基于反垄断法产生的政治、经济背景,对其基本内涵予以阐释和把握,证立现代反垄断法法益的具体内涵就是良性有序的竞争格局和竞争环境。因为利益概括地说就是一种“好处”,而对人或社会有好处的状态当然也是一种利益,即利益不仅仅体现为有形之实物亦包含无形之状态,例如良好的环境就不能不说是一种利益。同样,在市场竞争领域,有序竞争就是一种值得反垄断法保护,也是反垄断法所应保护的利益。当然,在市场竞争环境中,由于利益的享有者不同,反垄断法法益的结构内涵也丰富多彩,但总的来说主要包括个体法益和超个体法益。结合反垄断法律关系主体来说,前者是指竞争者法益,即竞争者的竞争权;后者是指国家法益和社会法益,其蕴含国家基于主权者的地位须确保国内市场竞争安全和秩序,以及确保国内统一大市场的建立与健全之意。

结构决定功能,结构意指内部要素之间的合理构造与安排。在反垄断法领域,反垄断法法益结构对反垄断法法益功能的塑造与发挥都起着举足轻重的作用。具体而言,反垄断法法益对反垄断立法、执法都发挥着积极的影响。在反垄断立法中,反垄断法法益指引国家立法机关依据法定程序,在法定权限内将应然意义上的有序竞争之保护落实到实然状态的反垄断法律规范之中;在反垄断执法中,由于立法者主观认识、市场经济形势的变化等主客观因素导致反垄断法规定的缺失或矛盾等情况的出现,这就需要依据反垄断法的灵魂,即其法益作为指导来弥补立法之不足。

就我国而言,在建立健全社会主义市场经济进程中,充分发挥反垄断法法益对反垄断立法、执法等竞争法治实践活动的积极作用,需要我们在科学的理论指引下,进一步完善反垄断相关的规则和原则:首当其冲的是应树立竞争法治的理念,同时完善反垄断法法益保护体系,不仅应积极修订和完善《反不正当竞争法》,制定《反垄断法》配套措施,完善我国反垄断法体系;而且须注意保障国内市场竞争的安全和秩序,完善全国统一大市场建设;更应关注全球化背景下反垄断法的国际化趋势,并加强执法机构建设,从而确保我国反垄断法能够得以有效实施。

综上分析，本书将大致从以下几方面展开：（1）反垄断法法益构建的理论前提——法益概念考辨，主要从历史角度探究法益概念的生成及其嬗变，并在此基础上提出反垄断法法益概念；（2）反垄断法法益构建的制度环境，旨在分析竞争是市场经济的核心，但竞争规制却是多维的，竞争法仅是最为重要的一种；（3）反垄断法法益范畴，主要分析反垄断法法益的概念，强调市场经济条件下确保市场竞争有序运行的必要性和正当性，并依此探讨反垄断法法益的实质内涵；（4）反垄断法法益结构，基于庞德利益分类方法型塑反垄断法法益结构，并指出反垄断法法益包含个体法益和超个体法益两大部分，从而对其进行详细分析；（5）反垄断法法益功能，分析反垄断法法益在反垄断立法、执法领域所能发挥的积极影响，继而分析反垄断法法益在立法领域内的创建功能和执法领域内的解释功能，并着重分析解释在反垄断法法益功能运行中的作用和运用；（6）反垄断法法益保护，即立足我国目前市场经济现状，从理论和制度两层面探寻该如何有效地实现和保护反垄断法法益，从而维护市场竞争的有序运行。

第三节 研究方法

“工欲善其事，必先利其器”。方法得当，事半功倍；方法不当，则事倍功半。同样，在反垄断法研究中，研究方法至关重要，当然对其法益理论进行研究更是如此。但方法是有选择的，应依据研究对象和研究需要确定一定的研究方法和研究手段；否则，方法将成为空壳而无实质内容作映衬。本书针对反垄断法法益这一基础性理论问题，主要采用了以下几种研究方法，现结合研究框架结构具体分析如下：

1. 价值分析的方法

价值分析方法是正在一种源于实践却高于实践的问题探究方法，其要求我们在分析具体问题时不能就问题谈问题。这是因为法学范畴研究都是有价值性的，学者在分析或阐释法学概念或法学范畴时，应以某种现实的或理想的法律事实和实践为依据，其中往往渗透着一定的价值观点和价值追求。作为反垄断法的灵魂和指导思想的法益，其研究过程中也必然要涉及价值层面的分析。就本书所建构的框架和布局来看，运用该方法对反垄断法法益范畴、结构及功能等内容进行系统分析，通过对国家依据法定程序

在法定权限内制定和实施反垄断法所欲达到的价值诉求和利益目标的深入探究,我们发现反垄断法法益是有序竞争,具体表现为竞争者利益、国家利益和社会公共利益。

2. 实证分析的方法

实证分析要求我们将问题分析的关节点由价值规范层面转入到具体的制度运行和实践中去,针对具体的制度和实际情况,探寻制度和现实的问题,并在此基础上寻求解决思路 and 对策。即结合、借鉴发达市场经济国家的反垄断制度与实践经验,尤其是以美国和日本的具体制度以及反垄断立法、执法之实践,来分析、构建价值层面的反垄断法法益,并在此基础上指出反垄断法法益的两大核心功能分别为,立法功能中的创建功能和执法功能中的解释功能。当然,还力图通过运用实证分析的方法对我国既有的反垄断法律制度进行反思和剖析,并结合我国市场经济发展情况分析探求我国反垄断法法益实现和保护的制度安排和具体策略。

3. 比较分析的方法

比较分析方法是社会科学研究中使用频率比较高的一种研究方法。在法学研究中,一般通过对各国不同的法律思想、法律文化和法律制度进行相互比较、对比分析,并寻找制度的异同、优劣之处,以便借鉴其中科学合理的经验同时汲取相关教训,从而进一步完善本国相应的法律制度与机制。同样,本书运用比较分析的方法探讨了各国反垄断法法益保护及其实践机制,得出这样一个结论:在现代法治条件下,举凡实行市场经济的国家都基于“公平与效率”之价值追求,依据本国市场经济运行状况,制定反垄断法规范并保证其得以有效实施,从而确保本国市场竞争有序进行。

4. 历史分析的方法

在法学研究中,历史分析通常是对相关法律制度的历史起源、发展演变之脉络予以纵向深入的梳理,从而分析其特征与内涵等价值层面的要素。毫无疑问,这是分析和研究现行制度和事实问题并对此提出改进或解决方案的前提条件。为了证明反垄断法法益之范畴的应然性和实然性,我们对主要市场经济国家反垄断法制度产生及其不断完善的历程进行客观回顾,并在此基础上发现虽然各国可能具体国情、民族特性及文化背景等有所不同,但对市场竞争行为予以规范的目的却是基本一致的,即确保市场有序竞争。同时,在回顾我国市场经济建设历程的基础上,结合我国目前

所处的国内、国际环境，从理论和制度两个层面提出了一系列完善和保护市场竞争机制的制度安排和对策建议。

第四节 主要观点

通过运用上述方法，本书试图从理论角度系统地分析反垄断法法益，即从概念、实质、结构、功能与保护等方面全方位阐释何为反垄断法法益。但法益是一个博大精深的概念与理论命题，在借鉴既有的研究成果并吸收域外反垄断法法益保护制度与经验的基础上，笔者按照概念逻辑力求探究并表明下列观点：

1. 反垄断法法益建构的理论前提——法益概念

法益概念起源于德国刑法学研究，后经由日本学者翻译并在大陆法系国家或地区渐次盛行，当然在此过程中也形成了诸多学说观点和派别，但最为重要并贯穿于法益概念纷争始终的是宾丁的“状态说”和李斯特的“利益说”之争，亦在一定程度上代表了法益概念争论的焦点。经分析论证，我们倾向于“利益说”，因为利益较之于对人们有益的“状态”而言，其范畴要更广些，即利益可以包含有益的状态，但某些利益却无法纳入状态范畴。继而，笔者认为，在现代市场经济条件下，法益之于法来说是一个普适性的命题或概念，即任何法律部门都得保护一定的利益。因此，法益是指在法治背景下法所应保护的利益。

2. 反垄断法法益构建的制度环境——竞争规制的多维性与竞争法的重要性

竞争在现代社会中无处不在，在市场经济运行中更是如此。竞争具有客观性和普遍性，竞争在带来效率的同时也会因为优胜劣汰的结果而易引发不正当竞争行为或垄断行为，在此情形下竞争自身难以矫正或成本较高，需要超越个体利益的国家公权力介入以维护市场竞争的正常运行。当然，反垄断法的形成则须具备相应的经济社会条件：（1）市民社会的形成；（2）市场经济的建立；（3）民主政体的确立；（4）法治理念的信仰。我国反垄断法生成机制与传统反垄断法有所差异，竞争是中国经济体制转型中对市场活力的渴望与探索的结果，竞争规制则是中国经济发展中规则意识提高的表现。竞争规制法治化并实现竞争法治，则是现代市场经济背景下中国经济发展的重要手段。因此，反垄断法在中国不仅要肩负传

统反垄断法的职责即维护市场竞争，更要承担培育和推进市场机制的使命。

3. 反垄断法法益的范畴——有序竞争

反垄断法法益就是指在法治背景下，反垄断法所应保护的利益。作为现代市场经济基础性法律规范，反垄断法源于市场经济中的市场竞争规律，但成就于国家经济职能的实施。市场经济离不开竞争机制作用的发挥，而竞争是一柄“双刃剑”，在促进市场运行效率的同时也往往埋下毁灭自身的种子。反垄断法自其诞生之日起，就天然地要以维护市场竞争秩序为己任。所以，反垄断法法益的实质是有序竞争，其核心内容是良性有序的竞争格局和竞争环境。在市场实际运行中，有序竞争是指竞争者在反垄断法律规范创制的竞争秩序中所进行的竞争。当然，有序竞争不同于“自由竞争”、“公平竞争”，这是因为正如耶林所说，“背后没有强力的法治，是一个语词矛盾——‘不发光的灯，不燃烧的火’”^①一样，不自由的竞争也是个语词矛盾，竞争本身就蕴含着自由，无自由也就无所谓竞争，所以反垄断法追求和保护“自由竞争”的说法是个语病之词，无实质意义；而“公平竞争”之“公平”与否的衡量标准何在？笔者认为，在法治语境下，公平自然蕴含于法律之中，那么公平竞争之“公平”也必然蕴含于反垄断法之中，而作为保护有序竞争的现代反垄断法必然包含“公平”之意，因此，有序竞争自然应体现公平竞争，所以说公平竞争对市场竞争的规制来说显得单纯和片面了。

4. 反垄断法法益的结构——个体法益和超个体法益

结构是事物内部各要素间的合理构造和安排，反垄断法法益也必然涉及自身内部各要素之间的合理构造和安排，即反垄断法法益结构。反垄断法法益结构是指国家立足社会整体效益，为保护市场的有序竞争，而对竞争者、国家和社会之间利益分配所作的一种安排思路和框架。依据反垄断法法益的享有者多寡，并结合反垄断法律关系主体即竞争者和反垄断执法者，将反垄断法法益分为个体法益和超个体法益。前者是指竞争者法益，其核心是竞争者的竞争权，即应然法意义上的反垄断法赋予竞争者实现其法益，并经反垄断法规范条文化的一种利益实现方式或手段；后者主要是

^① [美] 罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，商务印书馆1984年版，第15页。

