



北京市高等教育精品教材立项项目

竞争法

Competition Law

刘继峰 ©著



对外经济贸易大学出版社

University of International Business and Economics Press

北京市高等教育精品教材立项项目

竞 争 法

Competition Law

刘继峰 著

对外经济贸易大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

竞争法/刘继峰著. —北京: 对外经济贸易大学出版社,
2007

北京市高等教育精品教材立项项目
ISBN 978-7-81134-020-4

I. 竞… II. 刘… III. ①反不正当竞争法 - 中国 - 高等
学校 - 教材②反托拉斯法 - 中国 - 高等学校 - 教材
IV. D922.294

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 179507 号

© 2007 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

竞 争 法
Competition Law

刘继峰 著

责任编辑: 汪友年

对外经济贸易大学出版社
北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码: 100029
邮购电话: 010-64492338 发行部电话: 010-64492342
网址: <http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

山东省沂南县汇丰印刷有限公司印装 新华书店北京发行所发行
成品尺寸: 185mm × 260mm 24 印张 554 千字
2007 年 12 月北京第 1 版 2007 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-81134-020-4
印数: 0.001 - 5 000 册 定价: 39.00 元

前 言

本书是在多年研究生教学、科研工作的基础上提炼而成。它不是按照本科教材的格式和写法表述的，也不是法律条文的简单解释或制度的横向比较。笔者力图从制度中抽象出一般原理，并用原理来贯穿制度。

竞争法是一门理论性兼实践性都较强的学科。我国竞争法的历史短于西方有关国家，这使得我国竞争法还无法像西方国家那样理论和实践结合得浑然一体。其中的问题包括，竞争法理论没有得到充分的挖掘和重视；实践中对竞争法认识的偏狭和运用上的边缘化；实践中的案件缺乏理论指导或与理论脱节。

自我国颁布《反不正当竞争法》以来，建立在反不正当竞争法法条基础上的竞争法的理解和宣传树立了竞争法的一般“社会形象”。在理论上，竞争法与其他部门法的关系、竞争法律关系的特性、竞争法在法体系中的地位等问题的背后蕴含着巨大的理论空间；实践中，一些原本属于不正当竞争的案件在被强加了其他法律元素后变得面目全非。近年来，特殊的不正当竞争行为，如打折返券、域名注册为商标、侵害商品化权等屡有出现，上述法律调整已力不从心。基于此，本书立足于理论性和实践指导性之上，力求挖掘各部分的理论资源进而构建理论体系，加大理论内容在总量上的份额。

一项制度的存在需要分析其合理性、运作机理，从而构成制度的基本理论。本书在制度的一般性和特殊性上，以一般为中心，以制度的特殊性（我国和外国）为扩展；以现有竞争法律制度（尤其是我国）为中心，兼顾到立法完善。

有幸的是，本书写作过程直接映衬在我国反垄断立法背景之下，这使得反垄断法的一些内容获得了更为宽阔的探讨空间，并及时、准确地把握住我国反垄断法律制度的热点和重点。

本书在写作中综合运用比较、实证、逻辑分析等方法，中心目的是探讨制度形成的合理性及制度运行效果。另外，本书还尝试运用经济学方法和社会学方法来进行分析。经济学方法运用在以下两种情况中，一是运用经济学方法概括出竞争法中的一般原理；二是在具体制度上运用经济学理论进行分析。竞争法借助于经济分析才完成了“好的”、“坏的”界分这个立法的基本前提。竞争法理论和具体制度都离不开经济学分析方法，如成本分析、效用分析等；很多竞争法规则的改变也是建立在经济分析的基础之上。社会学方法也是竞争法制度运行中不可缺少的一种工具。竞争关系中的主体是社会主体；另外，竞争行为涉及社会群体。作为社会主体的经营者行为对社会群体是否构成危害以及危害的大小可以借用社会学分析（如调查）的方法来进行判断，如判断误解或混淆的法律标准的确定。

法学的繁荣既建立在以往创新成果的基础上，也反映在进一步创新的潜力上。本书

以创新为目标，以繁荣法学为己任。基于此，本书在求新的工作中尝试性地提出了一些新观点，兹简要列举一二：

以往认为，消费者是竞争法保护的主体和竞争立法的核心目的。笔者认为，消费者在竞争法中发挥判断标准的功能，服务于竞争法保护的客体——竞争。消费者利益是竞争法保护客体的反射利益。

现有法律规定，广告代言人不承担法律责任，广告责任仅发生在广告主、广告经营者和广告发布者之间。笔者认为，广告代言人也应承担法律责任，由于其与上述主体在广告信息获取上的不对等，广告代言人承担有限责任。

以往认为，价格卡特尔产生于经济萧条时期。笔者以为，价格卡特尔的形成和经济周期有密切的关系，经济恢复、高涨是价格卡特尔生成和维持的基本社会经济条件，而经济萧条时期更容易使价格卡特尔破裂。

以往，不正当竞争行为和商标侵权行为的关系模糊，本书提出了两者关系存在“最大公约数”。

此外，在法律竞合、承诺制度等诸方面都有自己的思考。

全书贯穿“总-分”的逻辑结构。整体形式上，“总”体现在第一编之中，“分”体现在第二编和第三编中；“分”编内容设置也体现“总-分”结构，“总”为反不正当竞争法总论和反垄断法总论，“分”为反不正当竞争法制度和反垄断法制度；在制度中，也力求把握“总-分”结构，即先分析制度的一般理论，再阐述制度的具体内容。

在此，需向同仁作两点提示和说明。本书在写作中，为了表达方便和贴近概念的语境，含义相同的近似概念多有使用，如厂商、企业、经营者概念的使用。通常从经济学角度阐述某个理论时使用厂商，在法律制度分析上多使用企业和经营者。如无特殊说明，文中三个概念内涵相同。另外，国外法律名称的简化使用。文中对外国法律的引用，大多数使用的是简称，如《日本禁止私人垄断及确保公正交易法》，简称日本《禁止垄断法》。

书中不足之处在所难免，敬请同仁雅正。来函请至：jingzhfa@sina.com

刘继峰

2007年12月

目 录

第一编 竞争法总论

第一章 竞争的经济学解释和法学解释	3
第一节 竞争的经济学解释	3
第二节 竞争的法学解释	14
第三节 竞争法学的经济学依赖	20
第二章 竞争法的宗旨与价值	27
第一节 竞争法及竞争法律关系的特点	27
第二节 竞争法的宗旨	36
第三节 竞争法的价值	44
第四节 消费者在竞争法中的地位	54
第三章 竞争法的体系、地位及与其他学科的关系	63
第一节 竞争法的体系	63
第二节 竞争法的地位	67
第三节 竞争法与其他学科的关系	71

第二编 反不正当竞争法理论与制度

第四章 反不正当竞争立法的条件及法律调整结构	91
第一节 反不正当竞争立法的条件与形式	91
第二节 反不正当竞争法的调整机制	96
第三节 反不正当竞争法的竞合适用	103
第五章 商业标志混淆	109
第一节 商业标志混淆的基本理论问题	109
第二节 同种商业标志间的混淆	116
第三节 不同商业标志间的混淆	134
第六章 商业秘密的竞争法保护	140
第一节 商业秘密保护立法的起源与发展	140
第二节 商业秘密的界定及范围	144
第三节 商业秘密权的特殊性	149

第四节 商业秘密的特殊法律调整·····	152
第七章 商业贿赂·····	164
第一节 商业贿赂概念及构成·····	164
第二节 回扣型商业贿赂与一般商业贿赂·····	170
第三节 与商业贿赂相关的折扣与佣金制度·····	173
第四节 法律责任的探讨·····	175
第八章 虚假宣传·····	177
第一节 虚假宣传的法律特征及认定·····	177
第二节 虚假宣传的形式与内容·····	180
第三节 虚假广告的法律责任分配·····	184
第九章 其他不正当竞争行为·····	192
第一节 商业诋毁·····	192
第二节 不正当有奖销售·····	198
第三节 传销与直销·····	204

第三编 反垄断法理论与制度

第十章 反垄断法基本原理·····	215
第一节 竞争、垄断与垄断竞争关系论·····	215
第二节 域外效力·····	218
第三节 反垄断法的适用除外·····	222
第四节 反垄断法的调整机制·····	228
第五节 反垄断法实施体制·····	242
第十一章 限制竞争协议·····	268
第一节 限制竞争协议的分类·····	268
第二节 横向限制价格协议·····	269
第三节 限制转售价格协议·····	281
第四节 联合抵制·····	289
第五节 其他限制竞争协议·····	292
第六节 限制竞争协议的例外·····	295
第十二章 企业合并·····	297
第一节 反垄断法中的企业合并·····	297
第二节 企业合并反垄断法控制的价值取向及原则·····	301
第三节 企业合并的反竞争效果·····	309
第四节 横向合并的控制标准·····	312
第十三章 滥用支配地位·····	323
第一节 掠夺性定价·····	324
第二节 排他性交易·····	329

第三节 价格歧视	334
第四节 搭售	339
第五节 拒绝交易	343
第六节 不公平价格	345
第十四章 行政垄断	349
第一节 行政垄断的特点及构成要件	349
第二节 行政垄断产生的根源	352
第三节 行政垄断的类型与危害	353
第四节 行政垄断的法律规制	357
参考文献	369
后 记	374

第一编

竞争法总论

竞争法是反不正当竞争法和反垄断法的总称，以分立式、合并式和混合式三种形式表现。对竞争法的研究既要坚持形式逻辑的方法，又要坚持辩证逻辑的方法；既要运用法学方法，也要运用经济学方法。

形式逻辑的方法就是将两项制度归入较高的层次并指出其独特特征。辩证逻辑的方法就是各种规定相互间不可分割地形成有机联系和统一整体。因此，竞争法认识的层次上应该分为总论和分论。

竞争法总论来源于对分论的抽象。总论确立总目标、提供总的指导思想、建立整体性联系。总论不能离开分论的具体性和特殊性，否则总论就会变成空洞无物的抽象。

竞争法总论涉及的问题包括：竞争的经济学解释和法学解释、竞争法的宗旨与价值、竞争法的体系、地位及与其他学科的关系。

竞争是一种社会关系和制度形式。对竞争的分析经济学早于法学。经济学上的竞争和法学上的竞争在内涵和外延上不完全一致。“价值无涉”是经济学分析的基本出发点和基本要求。法学建立在一定价值判断的基础上，需要进行价值分析。经济学将竞争划分为有效竞争与无效竞争、正当竞争与不正当竞争，而竞争法所关注的只是上述每种分类中的后者，即将其作为调整对象来设置相应的法律规范。竞争法借助经济学的概念、分析方法来解决“自己”的问题，进而使竞争法和经济学产生某种依赖关系。竞争法（尤其是反垄断法）中的专业术语通过以下语义解释实现法学和经济学之间的沟通：公共利益与经营者利益、消费者利益、竞争者利益相互关系的协调。同时，通过效用（福利）分析、价格-成本分析、博弈分析等方法来实现上述利益的协调。

竞争法调整的对象是在传统的物、行为和智力成果的基础上再度抽象而

形成的新客体——竞争（行为和状态）。由于客体的转变，竞争法作为整体的部门法在内部结构上和与传统部门法的关系上都产生了新特点。竞争法的价值是竞争秩序，实现价值的方法是抑制无效竞争、激发有效竞争。有效竞争与无效竞争的分界线一般由消费者和竞争者共同划定。

竞争法所关注的问题承载着经济和政治的综合要素，因此，它已经成为规范经济和政治关系的一个核心手段。在法律体系中竞争法处于核心地位。在美国，竞争法有另一种表达——“自由经济的宪章”。在欧洲，竞争法将社会生活中的两个核心要素（法律和经济自由）结成姻缘后所起的作用，是任何其他社会制度都无法比拟的。^①

^① [美] 格伯尔. 二十世纪欧洲的法律与竞争. 冯克利, 魏志梅, 译. 北京: 中国社会科学出版社, 2004: 2.

竞争的经济解释和法学解释

早在法经济学产生之前，经济学家和法学家就开始在学科上相互借鉴了。作为学科的法经济学得以创立，竞争法（尤其是反垄断法）功不可没。竞争法制度是在经济土壤中吸收了经济学的营养才生发出来的。掌握竞争法应当首先理解竞争，即理解竞争的经济学理论和方法。

第一节 竞争的经济解释

自古典经济学以来，经济学对竞争的研究始终没有间断，竞争的经济解释告诉人们什么是好的竞争、什么是坏的比赛，竞争的样态，国家制度对竞争的基本态度等，这为竞争立法提供了坚实的理论基础并为竞争法制度的类型化提供了可靠的经验支持。这便形成了竞争法对经济学的背景依赖。

一、竞争的概念与竞争力来源

法律上基本没有规定竞争的概念，对哪些要素是竞争力的来源，法律也仅仅规定了如商标、商号等有限的几种形式。对于竞争的概念和竞争力的来源问题，经济学的分析思路更开阔，内容更全面。

（一）竞争的概念

竞争是内涵丰富的经济学上的概念，人们对它的理解不尽一致。有人将竞争作为利益实现的方式，认为竞争是经济主体在市场上为实现自身的经济利益和既定目标而不断进行角逐的过程。^①也有人认为竞争是一种交易过程：市场参与者为了达成交易作出了努力，而同一市场的其他参与者也进行着同样的努力。^②还有人将竞争作为一种信息获取的渠道，认为竞争是市场中买方和卖方相互交往的演化性过程：购买者竞争获取相关知识，去哪里购买、如何购买、什么新产品处于试验中，如何做成一笔有利的生意；销售者则与供给密切替代品的其他供应者争胜，目的是利用新知识使自己在面对潜在购买者时占有优势地位，这种知识涉及产品变化和生产工艺，涉及组织、交流和销售方法，

^① 转引自陈秀山，现代竞争理论与竞争政策，北京：商务印书馆，1997：4。

^② [德]迪特尔·格罗塞爾，德意志联邦共和国经济政策及实践，晏小宝，译，上海：上海翻译出版公司，1992：46。

还可能涉及交易伙伴。^①此外，还有人将竞争作为一种发现的过程，等等。

上述概念视角不同，但都指出了作为竞争的市场结构特征和行为特征，即在一个市场上必须存在众多的独立参与者；市场参与者的兴趣在于能否在相互争夺中成交。由此，可以揭示出竞争构成的基本条件：

首先，在主体构成上，至少有两个以上的生产或销售同一产品或类似产品的经营者或两个以上购买同一产品或类似产品的购买者。按照生产、销售、消费、分配的经济过程及生产服从和服务于消费的经济规则，某一环节的主体竞争关系通常由下游主体来确定，生产者之间的竞争由销售者的购买选择权体现出来；销售者之间的竞争由消费者的购买选择权体现出来。处于这一关系中的经营者或消费者的人数既决定竞争关系的质（即效应），又影响竞争关系的量（即程度）。下游主体的数量越大，竞争就越激烈。换言之，竞争关系是处于同一经济环节的经营者之间的制约关系，一方经济利益和既定目标的实现程度越大，另一方的实现程度就越小。

其次，产品具有替代性。生产或经营同类商品的企业之间，或提供同类服务的企业之间是最基本的竞争关系类型。如在同一城市里若干百货商场之间就是竞争关系。但百货商场与建筑材料商店一般不是竞争关系，在特殊情况下，它们之间可能会发生间接的竞争，如建筑材料商店采取购买建材赠送百货商品的有效促销手段，推销了大批百货商品，以至于影响顾客购买日用商品。另外，不同产品之间也可能发生竞争关系，如录像机和数码相机之间、网络新闻和报纸之间。产品的功能是既定的，不同功能的产品只在特定的群体或特定的时间内才可能形成竞争关系，如鲜花和咖啡，作为礼品可能在节日期间在特殊人群（如教师、学生、朋友）中具有可替代性，但从长期看，这两种产品之间的制约关系很小。因此，这类制约关系不是典型的竞争关系。

产品的替代关系是依产品性能为基础而得出的，产品的替代性和竞争性呈正比例关系，产品的替代性越强，竞争性越强。一个富有创新精神的企业可以成功地开发出一种暂时无可替代物的产品，随着竞争对手开发出相同或近似的产品，成功者的优势地位会随之降低。这种现象的原因是产品的替代性增大了。产品的替代关系又是由市场决定的，即由消费（经济学意义上的消费）决定的。在经济学上，用以反映替代关系指标的是需求交叉弹性。不同产品的需求交叉弹性不同，如饮料的需求交叉弹性很大，胰岛素的需求交叉弹性则很小。需求交叉弹性小的产品可视为一个独立的市场，需求交叉弹性大的产品之间被视为同一市场。相关产品市场是建立在一定需求交叉弹性基础上的市场。

再次，竞争必须是在企业生产经营活动中。如果争胜过程发生在体育比赛或智力竞赛中，则完全是另一回事。在中文里，对于生产经营的争夺与球赛的争夺可以区分开来，前者称竞争，后者为竞赛。西方国家有的用同一个词来表示竞争和竞赛

^① [德] 柯武刚，史漫飞．制度经济学——社会秩序与公共政策．韩朝华，译．北京：商务印书馆，2000：277.

(competition), 但竞争孕育在经济关系之中, 而不是政治或宗教关系之中。^①

最后, 竞争必须发生在同一个特定的商品市场或劳务市场上。特定商品市场或劳务市场既指地域市场, 也指产品的相关市场。产品的销售或服务的供给有地域性, 运输成本的大小决定了产品销售地域范围的大小, 即市场的大小。钢材、保鲜水泥等产品比文化用品、软件等产品的地域市场范围要小。

(二) 竞争力来源

竞争要素作为竞争的基本力量源泉在竞争关系中发挥着关键作用。竞争要素首先来源于生产要素。但生产要素并不都能转化为竞争要素。萨伊认为, 生产要素主要是劳动、资本和土地。农业经济时代财富的创造主要依赖于土地, 土地在早期的农耕经济中是重要的竞争手段, 但在工业经济和知识经济时代, 土地作为竞争力的基础性作用已经很弱了。

现代, 生产要素被极大地挖掘出来。技术、组织、商业标志等超越了传统生产要素发挥竞争作用。另外, 区别于传统生产要素, 现代竞争力源于各种生产要素相互配合, 即生产要素以联合的力量发挥竞争作用。

概括而言, 影响较大的现代竞争要素有三个方面的: 市场主体的组织化、产品的组合和标准化, 在此分别称其为市场主体的组织化竞争力、产品组合竞争力和标准化竞争力。

第一, 市场主体的组织化竞争力, 系指主体的规模和形式对企业和产品竞争力的影响。马歇尔在萨伊的生产三要素基础上, 提出了第四生产要素——组织。在《经济学原理》中, 马歇尔借用生物组织机能之于自然竞争的重要性, 演绎经济组织在社会竞争中的原理, “经济学家因在社会组织——特别是工业组织——与高等动物的身体组织之间所发现的许多奥妙的相似点, 而得益不浅”。马歇尔所阐述的组织在竞争中的作用包括这样几层含义: (1) 规模竞争力。大企业大量采购, 因而价格低廉; 它的运费支出是低的, 而运输上有许多方面也是节省的——特别是在它有铁路侧线直通厂中的情况下; 它往往大量销售, 同时还可以有很好的售价; 大企业的声誉使顾客对它有信心; 它能支付巨额广告费用。^② (2) 成本降低形成的竞争力。有组织地采购和销售是现在同一工业或行业中许多企业合并成为一个大的联合组织的主要原因之一, 也是包括德国的卡特尔和集中的合作组织在内的各种同业联合的主要原因之一。^③ 组织集中增强竞争力的原因是外部成本内部化。现代西方国家不断发生的合并浪潮正是为了增强本国企业或跨国公司在国际市场上的竞争力。

除了组织规模外, 组织形式的不同也会直接或间接地影响企业市场竞争力。不同的组织形式在一定程度上表明资本力不同, 合伙企业和有限责任公司的资金规模就不一样; 有限责任公司与股份公司的资金规模往往也不可相提并论。企业规模扩大的方式发

^① 马克思·韦伯的《新教伦理与资本主义精神》就是从宗教角度来考察资本主义财富的创造, 他是将经济关系置于宗教的背景下, 构建宗教对经济直接促进作用的理论学说。

^② [英] 马歇尔. 经济学原理: 上册. 朱志泰, 译. 北京: 商务印书馆, 1981: 294-295.

^③ [英] 马歇尔. 经济学原理: 上册. 朱志泰, 译. 北京: 商务印书馆, 1981: 295.

生了两次本质性跳跃，即由最初的资本积聚转向资本集中，由资本集中转向企业购并。组织形式代表信用能力进而影响竞争力。筹集一定量的企业资本仅仅是进入市场的基本条件，融资往往能改变企业的资金状况，进而改变企业的市场地位。

第二，产品组合竞争力，系指产品价格、技术含量、商业标识等对产品竞争力的影响。一般市场条件下能够存在不同厂商生产的、不同价格的同种物品，价格不同，市场竞争力也不同。亚当·斯密的“看不见的手”的理论就是以价格为中心来展开论述的；马克思所揭示的资本主义经济发展规律，即价格围绕价值波动的规律、供求关系规律等也是建立在价格基础上的。

在现代经济条件下，价值规律发挥作用受到消费偏好、网络效应等因素的干扰，需求量和价格之间的关系不一定是直接的决定和影响关系。“价格越低竞争力越强”不是市场运行的唯一公理，它仅是市场发挥作用的一种形式。有两个因素影响着价格发挥竞争力的作用：（1）收入。如果价格不变，在不同的收入水平下一种商品的购买量可以与收入对比，通常这种对比以恩格尔曲线表示。恩格尔曲线描述了两种产品，即正常产品和低档产品。正常产品的购买量随着收入的增长而增长；而低档产品，则随人们收入的增加而减少。高档产品的销售相对稳定，价格不是起竞争的作用，而是起维护垄断的作用。（2）消费偏好。消费偏好将抵制价格和收入在竞争中发挥的主导作用。某种产品的特殊历史、人文条件、商标驰名程度、现象代言人的气质等都可能在消费者心中被放大，成为消费者长期忠实于该产品的理由，进而产生消费偏好。有消费偏好产品的市场营销在一定程度上背离价值规律。同样质量的两种产品，消费者购买有消费偏好产品的基本理由不是比较价格优势，而是心理优势，即便是该种产品比他种无消费偏好产品的价格高很多也在所不惜。因此，消费偏好产品的需求弹性曲线变动较小。

技术在竞争中的作用凸显于20世纪50年代以后。第二次世界大战以后的经济恢复时期，西方主要资本主义国家空前重视技术的开发和引进，并加强新技术在生产中的应用，取得了良好的社会经济效果。自此，企业对技术的认识发生了根本的变化，由重视对新技术产品的模仿转变为注重技术开发。技术研究的范围越来越广，技术研究在企业中的地位得以提升，产品竞争力与产品科技含量的关系越来越紧密。工业革命以后，财富的创造主要依赖资源和货币；知识经济的发展，对资源的依赖逐渐减弱，知识在产品价值构成中的比例逐渐上升。企业的竞争力取决于产品的科技含量，像微软等高科技企业的产品的有形物质成本在产品价值中只占很小的比例。相应地，产品竞争力的内涵发生了转化，即由产品中物化成本的降低，转为科技含量的提高。

商业标识是工业社会文明的标志之一，也是现代产品竞争力的主要方面。商品的极大丰富、流通频率提高、流通范围扩大，经营者要想在同类商品中突出自身特色，需借助于商品的各种标识来实现，这些标识包括商标和其他商业标志。起初，这些商业标识的功能是“表彰商品来源”，即一般消费者据此可确定商品是否是由同一生产主体所生产制造。但随着消费支出比例的增大，消费者不仅仅关心商品的出处，更关注商品的品质。当商业标识的功能由“来源”转向“品质”后，商业标识就成了标示企业竞争力的要素了。

第三，标准化竞争力，系指企业掌握的技术标准或产品达到的标准对竞争力的影

响。产品标准作为竞争力的标志，是由标准的垄断性和达到标准的渐进性决定的。标准分为国家标准、行业标准、地方标准、企业标准等，不论哪种标准对于未达到该标准的企业来说都是一种合法的壁垒，而对于已经达到该标准的企业来说，就构成了一种技术上的暂时垄断。在非国家垄断的情况下，高标准产品的替代性小，竞争力强。

二、竞争的状态

竞争的状态即是竞争与垄断的关系状态。西方国家的市场竞争来源于封建垄断，在发展中又走向资本主义垄断。竞争有理想状态、现实状态之分。理论上，两者截然对立并互相共存。

在经济学上，为了说明竞争和垄断的关系，采取划分模型的方式，列出竞争与垄断组合的三种基本模型，即完全竞争、完全垄断、垄断竞争。

完全竞争，是指市场上存在许多生产者，生产相同的产品，每个生产者对市场价格都没有控制力。这种情况下，生产者所面临的需求曲线基本上是一条水平线，其可以卖掉任何数量的商品。^① 完全垄断，是指一个部门只有一个生产者，生产独特的没有替代性的商品，生产者对市场价格具有很大的控制力。垄断竞争，是指在某行业中存在着为数众多的厂商，这些厂商生产相似的但并非完全同质的商品。产品差别赋予厂商一种垄断力量，以至于每个厂商面临一条斜率向下的需求曲线。^②

完全竞争模式是依据理想模式并借助于数学公式建立起来的均衡模型，虽然从纯粹经济学角度看并非毫无意义，但该模型得以建立的前提条件却与市场竞争过程的实际情况相去甚远。^③ 以这一理论为基础的竞争政策在现实经济中根本无法实现，该理论由此失去了它的实践意义。完全垄断模式通常分布于特许的地方服务性行业中，如煤气、自来水、电力、知识产权领域等。现今这些行业或领域不仅少，也不可能纯正。因为市场上存在其他燃料代替电力或煤气使用，存在自来水的代用品，存在着其他替代技术代替垄断技术。因此，这些特殊的行业或领域不可能处于完全的绝对垄断地位，只是其受到的竞争冲击较小而已。垄断竞争模式是现实经济领域中的主要竞争类型。

E·H·张伯伦和琼·罗宾逊将具有普遍性的垄断竞争现象上升为经济学理论，创设了“垄断经济学”。^④ 这种经济学理论改变了过去经济理论中将竞争和垄断相互割裂的分析方法，而将两者联系起来作为一个整体加以研究。该理论指出，现实世界上不存在所谓完善的竞争，资本主义经济活动既存在垄断的因素，又存在竞争的因素，只有把垄断和竞争结合起来才能解释资本主义的经济现象。罗宾逊从消费者偏好和产品之间的可替代性出发，认为所有消费品之间构成了一个替代链条，同类产品之间的替代性大于不同类产品之间的替代性。张伯伦主要从产品差异出发，认为厂商不仅进行价格竞争，

① [美] 萨缪尔森，诺德豪斯·经济学·高鸿业，译·12版·北京：中国发展出版社，1992：831.

② [英] 戴维·W·皮尔斯·现代经济学词典·宋承先，等，译·上海：上海译文出版社，1988：409.

③ 完全竞争模式要求的市场条件一般包括：(1) 生产技术既定不变；(2) 人口数量和生产要素装备既定不变；(3) 需求结构和收入既定不变。这些条件在实践中是不可能达到的。

④ 该理论集中体现在张伯伦的《垄断竞争理论》(1933年哈佛大学出版社出版)和罗宾逊的《不完全竞争经济学》(1933年麦克米伦出版公司出版)。

而且也进行产品质量、广告、商标和包装技术等非价格竞争。产品的差异性越大厂商的垄断性越强。

经济学对竞争与垄断关系的理性划分，为竞争法立法目标的确定和调整方法奠定了思想基础。竞争法的调整目标和调整方法没有离开这三种竞争和垄断状态。完全竞争被作为法律调整的理想目标，法律通过排除现实中的限制竞争行为来接近这一目标。在反垄断法中对完全垄断给予特殊的处理，赋予部分行业以合法的垄断地位来调节市场竞争的范围和强度。竞争法以垄断竞争状态为其存在的社会背景，以完全垄断状态为例外，以完全竞争状态为理想目标来创建经济秩序。

三、竞争的经济理论

研究竞争的经济理论可以帮助理解法律介入竞争的合理性，并为法律调整的方法提供理论支持。

竞争的经济理论发展可以分为两个阶段，古典竞争理论阶段和现代竞争理论阶段。

(一) 古典竞争理论阶段

古典竞争理论的特点是以价格为中心、以静态分析为方法，以古典经济学派为代表。古典经济学派的竞争理论脱胎于为封建专制主义服务的重商主义学说，服务于刚刚建立的自由资本主义经济制度。亚当·斯密是最杰出的代表。亚当·斯密的经济理论围绕财富如何增长这个中心展开的。其理论基石有两个，即人的利己主义和利己的人的社会竞争关系。人是利己的，利己的人在交往中促进个人财富的增长，进而促进国家财富的增长。利己是个人行为的动力；竞争是人与人社会关系的本质。相对于社会而言，自由竞争是最好的市场调节机制，表现为价格的自发调节，私人活动不需要国家干预。该经济理论充分揭示了竞争和市场调节在经济运行中的积极作用，其所描述的自由放任的经济过程为完全竞争理论的提出奠定了基础。

完全竞争理论^①的产生最早可以追溯到法国经济学家古诺，经过杰文斯、瓦尔拉斯、帕累托、马歇尔等人，并最终由美国经济学家奈特于1921年在他的《风险、不确定性和利润》一书中对完全竞争模式作了全面阐述。

完全竞争在理论上走向了形而上学，尤其是没有将当时的垄断的社会现实纳入理论之中。该理论假设，竞争者的市场控制力是相同的，谁也不能控制市场价格；竞争者生产的产品质量和种类相同；市场是完全透明的，不存在广告等推销竞争；通过创新降低成本不可能，也无必要。因为众多的原子式的竞争者的力量是均衡的，竞争也就是一种市场过程最终结果的均衡状态。

^① 亚当·斯密所代表的古典学派，在其之后向两个方向发展：一个方向是通过李嘉图到马克思，走向制度批判；另一个方向是通过新古典主义的萨伊、马歇尔到新自由主义的波斯纳、哈耶克、萨缪尔森，走向为资本主义辩护。德国的新自由主义（弗莱堡学派）的代表人物是欧肯、弗朗茨、伯姆等。弗莱堡学派继承和来源于李斯特国家干预主义和保护民族经济政策的思想，因此，它不同于英美新自由主义，它要求国家在经济生活中发挥积极作用，主张国家适度干预，即国家运用积极政策来解决以下两个古典自由主义无法解决的问题：（1）维护市场经济的基础——公平竞争；（2）生活保障和安全政策。

一方面，新古典经济学派对经济问题的政治和社会背景视而不见，使其思想狭隘化和封闭化；另一方面，该理论完善了对竞争目标的理想化认识，它附有充分的条件指出了竞争模型中的一极。当自由主义面对工业化引起的社会分裂束手无策时，思想家们觉醒了，开始寻找与社会和政治现实接触的新的经济思想。德国弗莱堡学派在这个时期实现了自由主义思想的“扬弃”，其所建立的“秩序自由主义不但渗透到德国的限制竞争法，也深深地影响到欧盟竞争法”。^①

德国新自由主义的竞争理论是指20世纪三四十年代以欧肯等人为代表的弗莱堡学派的竞争理论。^②弗莱堡学派发展了古典竞争理论和新古典竞争理论，矫正了国家在社会经济生活中的位置，将国家从抽象的社会均衡关系中拉回到现实中来，因而具有理论性和实践性。他们认为自由竞争是最佳的调控机制，市场自发力量可以促进社会整体福利的提高和保持经济运行的均衡。

弗莱堡学派扩大了自由的内涵而与古典竞争理论及新古典竞争理论相区别。古典竞争理论仅仅把自由理解为个人对国家的自由，而德国新自由主义竞争理论中的自由不仅指个人对国家的自由，而且包括个人对个人的自由；在自由的保障上，不仅要消除国家对竞争的限制，而且要防止和消除私人经济主体之间由于市场权力而导致的竞争限制，从而使每一个市场竞争的参与者不但在国家面前，而且在其他私人经济主体面前，都是自由的。为此，需要国家提供竞争制度保证，建立竞争秩序，促进自由竞争，防止和消除垄断。也就是说，自由竞争应该是一种“有序的竞争”，而不是完全自由放任。^③

弗莱堡学派继承了边际主义的经济理论思想^④，并以边际递减规律来分析价格，强调单个供给者或需求者在作决策时，把产品的价格当成自己无力影响的既定前提，只能努力调整自己的供给量或需求量以适应价格，由此建立经济秩序。弗莱堡学派的经济学说的“秩序”包含两层含义：一是奥尔多秩序（Ordo），即建立新的工业化经济——一个有运行能力的、合乎人的尊严的、持久的秩序。它是一种形而上学的秩序观，是完全竞争的理想状态。奥尔多秩序和康德的实践理性极为相似，都是建立在个人主义基础上的。个人主义被视为一种政治哲学、社会哲学和理论阐述的方法，强调个人自由、自我价值、个人独立。康德成功地将个人主义与秩序观念在道德领域有机地结合起来，弗莱堡学派则将个人主义与秩序观念在经济领域有机地结合起来。二是经济秩序，即指具体的、实际运行的状态。这种秩序无法依据个人的自我调节达到，需要建立竞争制度并通

① 相关详细内容参见〔美〕格伯尔·二十世纪欧洲的法律与竞争·冯克利，魏志梅，译。北京：中国社会科学出版社，2004：323-328。

② 弗莱堡学派也称德国历史学派、德国新自由主义，其思想也被概括为秩序自由主义、社会市场经济（1946年经济学家阿尔马克提出）。

③ 陈秀山·现代竞争理论与竞争政策。北京：商务印书馆，1997：47。

④ 19世纪70年代开始了边际主义经济理论统治西方经济学的时代。代表人物是奥地利学派的卡尔·门格尔、英国经济学家斯坦利·杰文斯、洛桑学派的里昂·瓦尔拉斯。边际效用的创始人是19世纪70年代以前的古诺、图能、杜邦、戈森。边际主义有三个基本理论：（1）“第一戈森定律”，即边际效用递减定律，这个理论被用来确定价格。一种物品的一定数量在某个时刻对我们所具有的效用，取决于我们可以支配的这种物品的总量。随着我们不断享用同一物品，多消费一单位物品给我们所增加的效用不断下降。（2）“收益增量递减定律”。（3）“迂回市场道路增加产出率定理”。