

普通高等教育“十二五”规划教材

在做有关文化的事情，还
育、学术、思想、精神，
版人。这个浮躁的
一步。
雅、
劳作。一点
着人、品性
许多
但是，我们的有些书还将
们的观念和思想。
博雅。一群北大人，在
化的事情，不关涉教
思想，北
浮华的，总
同。事
深邃。们的
点改。界，主
塑造。健。人格
书将。遗忘，
影响着。



21世纪法学规划教材

2nd edition

竞争法学 (第二版)

Competition
Law

刘继峰 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

竞争法学

(第二版)

Competition
Law

刘继峰 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

竞争法学/刘继峰著. —2版. —北京:北京大学出版社,2016.3

(21世纪法学规划教材)

ISBN 978-7-301-26852-0

I. ①竞… II. ①刘… III. ①反不正当竞争—经济法—法学—高等学校—教材
IV. ①D912.290.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第025165号

书 名 竞争法学(第二版)

Jingzhengfaxue

著作责任者 刘继峰 著

责任编辑 王 晶

标准书号 ISBN 978-7-301-26852-0

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印刷者 涿州市星河印刷有限公司

经 销 者 新华书店

787毫米×1092毫米 16开本 25.75印张 627千字

2007年12月第1版

2016年3月第2版 2016年3月第1次印刷

定 价 49.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

丛书出版前言

秉承“学术的尊严,精神的魅力”的理念,北京大学出版社多年来在文史、社科、法律、经管等领域出版了不同层次、不同品种的大学教材,获得了广大读者好评。

但一些院校和读者面对多种教材时出现选择上的困惑,因此北京大学出版社对全社教材进行了整合优化。集全社之力,推出一套统一的精品教材。

“21世纪法学规划教材”即是本套精品教材的法律部分。本系列教材在全社法律教材中选取了精品之作,均由我国法学领域颇具影响力和潜力的专家学者编写而成,力求结合教学实践,推动我国法律教育的发展。

“21世纪法学规划教材”面向各高等院校法学专业学生,内容不仅包括了16门核心课教材,还包括多门传统专业课教材,以及新兴课程教材;在注重系统性和全面性的同时,强调与司法实践、研究生教育接轨,培养学生的法律思维和法学素质,帮助学生打下扎实的专业基础和掌握最新的学科前沿知识。

本系列教材在保持相对一致的风格和体例的基础上,以精品课程建设的标准严格要求各教材的编写;汲取同类教材特别是国外优秀教材的经验和精华,同时具有中国当下的问题意识;增加支持先进教学手段和多元化教学方法的内容,努力配备丰富、多元的教辅材料,如电子课件、配套案例等。

为了使本系列教材具有持续的生命力,我们将积极与作者沟通,结合立法和司法实践,对教材不断进行修订。

无论您是教师还是学生,在适用本系列教材的过程中,如果发现任何问题或有任何意见、建议,欢迎及时与我们联系(发送邮件至 bjdxpbs1979@163.com)。我们会将您的意见或建议及时反馈给作者,供作者在修订再版时进行参考,从而进一步完善教材内容。

最后,感谢所有参与编写和为我们出谋划策提供帮助的专家学者,以及广大使用本系列教材的师生,希望本系列教材能够为我国高等院校法学专业教育和我国的法治建设贡献绵薄之力。

北京大学出版社
2012年3月

前 言



本书是在多年的竞争法研究和教学的基础上提炼而成的。很大程度上,它不是按照一般教材的格式和写法表述的,当然,更不是法律条文的简单解释或横向制度的一般比较。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和实践性都较强的学科。就制度而言,自我国颁布《反不正当竞争法》以来的很长一段时间里,竞争法理论没有得到充分的挖掘和重视,甚至实践中还存在对竞争法认识的偏狭和运用上的边缘化。《反垄断法》的颁布完成了竞争法体系的构造,也开启了中国竞争立法和学术研究的新时代。

总体上,中国的竞争法仍面临着三个主要的任务。一是有关竞争法理论的深入研究。竞争法制度和其他有关部门法之间存在紧密的交叉关系,基于视角转化而形成的竞合关系有各自的规范目标和运行机理,只有充分揭示它们才能正确理解竞争制度的产生、存在,并准确运用。二是竞争法内部制度的梳理和细化。反不正当竞争法的修改将剥离因历史原因而产生的制度重叠,除此之外,还存在制度结构优化的问题,如互联网中的不正当竞争行为应当如何反映。反垄断法则需要进一步细化相关内容,如纵向非价格垄断协议的形式和认定标准、禁止滥用知识产权垄断行为的类型和认定标准等。三是增强认定竞争违法行为的说理。理论关注的不足和制度中存在的罅隙会对司法和执法实践产生一定的不利影响。我们看到,一些案件结论的逻辑推理有所欠缺,也有一些案件因制度对应性不够以变通手法得出的结论尚需进一步检验。

当然,所有这些问题都不是教材所应和所能解决的,因教材是已知知识的体系,强调“三基四性”。但是,竞争法规范的模糊性、和其他部门法的交错性、规范的变动性等特点,决定了仅仅通过对法条的简单扩张解释来完成这部法律的基本知识的构建恐怕很难取得相应的效果。在这个意义上,本书意图将基本原理与相关制度结合起来,将相关案例与有关问题结合起来,将国外同类制度与本国的制度结合起来,在兼顾知识体系完整的前提下,按照“原理—制度—问题”的研究思路来展开相关内容。

在这一思路的引导下,本书呈现如下特点:

第一,尽可能充分地揭示相关制度的原理。很大程度上,制度得以稳定和延续是因为原理没有发生改变。把握住了基本原理也就可以把控制度的基本内容和发展方向,也由此可以奠定解决问题的根基和构筑说理的专业性与权威性。用以揭示原理的是基础理论。基础理论完整是一门学科成熟的标志。竞争法基础理论体系应有如下层次:贯通竞争法制度全篇的总理论,可以称为宏观理论;揭示反不正当竞争法和反垄断法的基本理论,可以称为中观理论;阐释具体制度类型的理论,可以称为微观理论。相对而言,本书加重了有关原理部

分的论述。

第二,强化了案例在制度文本实施中的作用。抽象的规范需要通过案例或判例来演绎出其基本含义和相关标准。竞争法的实施不能离开案例。在英美国家,遵循先例之所以取得成功主要是因为它糅合了案例的多样性与法律规范的概括性。在大陆法系的代表国家——德国,其反不正当竞争法的完善很大程度上是在判例的指引下完成的。本书引用了一百五十多个典型的案例,很大程度上是为了增强学习竞争法时的判例意识。

第三,注重现行制度的不足及制度的发展趋势。经济发展的变动性决定了竞争法应该具有很强的回应性。有关国家竞争立法的历史也表明,不断修订、完善制度是本法的规律性现象。由此对制度的认识,既需要立足于现实,也需要从未来发展变化着眼。

本书结构上增加了一些现行法律中所没有的行为类型,如互联网中的不正当竞争行为。在内容上也提出了很多问题及解决问题的思路和个人观点。当然,也有一些问题没有给出相应的结论,保留这样的问题,目的在于引发读者进一步思考。

以这样的形式和内容来铺展文字具有一定的挑战性:做到“形散而神不散”是一件不容易的工作;也可能“费力不讨好”:引来诸多的批评。本人愿意承担这种安排隐含的风险。

因资料获取的狭隘性、分析方法的不当及由此得出的结论的主观性等问题,请同仁不吝指正。

刘继峰

2016年1月15日

目 录

第一编 竞争法总论

3 第一章 竞争与竞争立法

3 第一节 竞争关系与竞争要素

7 第二节 竞争的两面性与反竞争行为的类型化

10 第三节 竞争立法的基础及模式

17 第二章 竞争法的法益、宗旨与价值

17 第一节 竞争法的法益

20 第二节 竞争法的宗旨

22 第三节 竞争法的价值

29 第三章 竞争法的特点、体系与地位

29 第一节 竞争法及竞争法律关系的特点

36 第二节 竞争法体系

38 第三节 竞争法的地位

43 第四章 竞争法与其他法律部门的关系

43 第一节 关系的总特点

45 第二节 竞争法和有关部门法的关系

第二编 反垄断法

63 第五章 反垄断法的基本问题

63 第一节 竞争与垄断及反垄断法

70 第二节 反垄断法的域外效力

75 第三节 反垄断法的适用除外

81 第六章 垄断协议

- | | |
|-----|-------------|
| 81 | 第一节 垄断协议概述 |
| 93 | 第二节 横向垄断协议 |
| 117 | 第三节 纵向垄断协议 |
| 130 | 第四节 垄断协议的豁免 |

135 第七章 滥用市场支配地位

- | | |
|-----|-------------------|
| 135 | 第一节 相关市场的界定 |
| 145 | 第二节 市场支配地位的确定 |
| 154 | 第三节 滥用市场支配地位的行为类型 |
| 180 | 第四节 抗辩 |

190 第八章 经营者集中

- | | |
|-----|-----------------|
| 190 | 第一节 经营者集中概述 |
| 200 | 第二节 经营者集中的申报与审查 |
| 213 | 第三节 经营者集中的救济与抗辩 |

224 第九章 行政垄断

- | | |
|-----|----------------------|
| 224 | 第一节 行政垄断概述 |
| 234 | 第二节 我国《反垄断法》中的行政垄断类型 |
| 237 | 第三节 行政垄断的规制 |

239 第十章 反垄断法的实施

- | | |
|-----|------------|
| 239 | 第一节 政府实施 |
| 251 | 第二节 私人实施 |
| 256 | 第三节 社会团体诉讼 |

第三编 反不正当竞争法

261 第十一章 反不正当竞争立法与调整机制

- | | |
|-----|-----------------------|
| 261 | 第一节 反不正当竞争法的私法情结与超越 |
| 265 | 第二节 反不正当竞争法的调整机制 |
| 271 | 第三节 我国《反不正当竞争法》第2条之性质 |

276 第十二章 商业标志混淆

276 | 第一节 商业标志混淆的基本理论问题

282 | 第二节 同种商业标志间的混淆

301 | 第三节 不同商业标志间的混淆

309 第十三章 商业贿赂

309 | 第一节 商业贿赂概念及构成

315 | 第二节 商业贿赂行为的类型

324 | 第三节 与商业贿赂相关的折扣与佣金制度

326 | 第四节 商业贿赂的规制及其方法

329 第十四章 引人误解或虚假的宣传

329 | 第一节 概念及与相关行为的关系

333 | 第二节 引人误解或虚假的宣传之形式与内容

337 | 第三节 引人误解或虚假宣传行为的认定

342 第十五章 侵犯商业秘密行为

342 | 第一节 商业秘密的界定及商业秘密权的性质

350 | 第二节 侵犯商业秘密的行为及抗辩

357 | 第三节 竞业限制

361 第十六章 不正当有奖销售

361 | 第一节 不正当有奖销售及其违法性

364 | 第二节 不正当有奖销售行为

367 第十七章 商业诋毁

367 | 第一节 商业诋毁侵害的客体及相关关系

370 | 第二节 商业诋毁行为的构成要件

373 第十八章 互联网市场中的不正当竞争行为

373 | 第一节 互联网行业反竞争行为的产生

382 | 第二节 互联网市场中的传统不正当竞争行为

387 | 第三节 互联网新型不正当竞争行为

393 第十九章 反不正当竞争法的实施

393 | 第一节 行政路径

395 | 第二节 司法路径

398 | 第三节 反不正当竞争法适用中的竞合

403 后 记

第一编 | 竞争法总论

- 第一章 竞争与竞争立法
- 第二章 竞争法的法益、宗旨与价值
- 第三章 竞争法的特点、体系与地位
- 第四章 竞争法与其他法律部门的关系

竞争法以合并式、分立式和混合式三种形式展现其内容,在我国是反不正当竞争法和反垄断法的总称。对竞争法的研究既要两项制度归入较高的层次并指出共同的要素、特征、本质,也需要从具体规范的角度说明制度形成的条件、标准。因此,在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。

从总论的角度研究两法,既有必要解释竞争、有效竞争等相关概念,及其在经济学和法学中的差异性,也需要从宗旨与价值等宏观的角度阐释两法的公共性问题,及其与相关部门法之间的差异。

对竞争的基本关系的分析,经济学早于法学。但经济学分析和法学分析在基本立场上有很大的差异。“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。这种不一致使得同一概念在不同的语境下内涵和外延不完全一致。竞争法借助经济学的概念、分析方法来解决“自己”的问题,进而使竞争法对经济学产生某种依赖关系。同时,竞争法(尤其是反垄断法)中的专业术语也通过公共利益与经营者利益、消费者利益、竞争者利益等实现了行为正当性认定标准的转化。

从竞争法调整对象——竞争上即可以轻易体会到该法的模糊性,不仅如此,有关保护竞争、竞争秩序、公共利益、消费者利益等这些高度抽象的观念如何在竞争法这个特殊的法律大家庭中找到自己的位置,即如何从法的角度高屋建瓴地表述其宗旨、价值、体系、特点、地位等。这是一项繁重的工作,也是展开具体制度前不可推卸的“责任”。

竞争法中模糊性和反模糊性的斗争始终激烈如初,表现为法律稳定性和外部变动性之间的矛盾。这个矛盾源于其自身不可避免地夹杂着经济学、政治学的思想要素,并牵扯着诸多传统私法性质的部门法的行为线索,还受着本国经济环境变动和外部竞争执法技术更新的双重影响。它无法做到私法那样的精确:它不依靠私法所享有的数十年乃至数百年的分析。^① 所以,“在一个全球化和竞争方式迅速变化的世界里,这是一片让人放心不下的领地”^②。尽管如此,竞争法理论的发展态势正直白地告诉我们,所谓“放心不下的”,恰是这个法由以展现魅力的地方。

① Watson, Alan, *The Making of the Civil Law*, Cambridge, Mass., 1981, pp. 99—143.

② [美]格伯尔:《二十世纪欧洲的法律与竞争》,冯克利、魏志梅译,中国社会科学出版社2004年版,第17页。

第一章

竞争与竞争立法

自古典经济学以来,经济学对竞争的研究始终没有间断。竞争的经济学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充分的理论基础。

第一节 竞争关系与竞争要素

竞争法调整的是竞争关系。竞争关系是特殊的主体关系,其特殊性源于客体关系的限定条件(客观条件)。所以,对竞争的定义,不论是法律(学)上的还是经济学上的,都从主体出发,但落脚于客观条件上。

一、竞争的概念与特点

竞争是内涵丰富的经济学上的概念,鲜有法律直接对其进行定义。极少数国家在立法上对其进行定义,也基本上是经济学意义上的。^① 在经济学上,人们对它的理解并不一致。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。^② 也有人认为竞争是一种追求交易的过程: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。^③ 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;销售者则与提供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。^④ 此外,还有人将竞争作为一种发现的过程,等等。

上述概念视角虽不同,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,揭示出理解竞争关系的基本路径:主体关系和客体要件。

① 俄罗斯《竞争保护法》第4条规定:竞争是经营者之间的对抗。这种对抗能使每个经营者以其独立的行动排除或限制依单一力量决定相关商品市场商品流通的一般条件的可能性。

② 陈秀山:《现代竞争理论与竞争政策》,商务印书馆1997年版,第4页。

③ [德]迪特尔·格罗塞尔:《德意志联邦共和国经济政策及实践》,晏小宝译,上海翻译出版公司1992年版,第46页。

④ [德]柯武刚、史漫飞:《制度经济学》,韩朝华译,商务印书馆2001年版,第277页。

从主体构成上,竞争关系至少需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。首先,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实现程度越大,另一方的实现程度就越小。其次,按照生产、分配、交换、消费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体现出来;销售者之间的竞争由消费者的购买选择体现出来。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(效应),又影响竞争关系的量(程度)。下游主体的数量越大,竞争就越激烈。

从客观条件上讲,竞争必须发生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,生产经营中与文化体育中的你争我夺可以区分开来,前者称竞争,后者为竞赛,这不同于西方国家有的用同一个词来表示竞争和竞赛(competition)。竞争孕育在经济关系之中,而不是政治或宗教关系之中。^① 孕育在经济关系中的竞争,需要具备两个基础性条件:

(1) 不同企业生产或经营的商品(服务)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。不同商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。通常,在特定的群体或特定的时间内由不同功能的商品形成暂时性的替代性,不是竞争法所涉及的竞争关系,如鲜花和咖啡,作为礼品可能节日时在特殊人群(如教师、学生、朋友)中具有可替代性,但从长期看,这两种产品相互之间的制约性很小。因此,竞争法所针对的竞争关系是基于一般替代性产生的竞争关系,而不包括特殊替代性形成的竞争关系。

商品的一般替代关系源于产品性能。商品的替代性和竞争性呈正相关关系: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,创新企业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。

(2) 竞争必须发生在一个特定的商品市场或地域市场上。竞争范围和强度涉及市场问题。在经济学上,用以反映商品间替代关系的一项基本指标是需求交叉弹性。不同产品的需求交叉弹性不同,饮料的需求交叉弹性很大;胰岛素的需求交叉弹性则很小。需求交叉弹性小的商品自身即可视为一个独立的商品市场;需求交叉弹性大的商品可能将目标商品和替代品划归为一个商品市场。另外,商品的销售或服务的供给有地域性,运输成本的大小、保鲜性等决定了产品销售的地域范围。法律要求对竞争的评价需要建立在特定市场的基础上,主要基于法律的实践性,这一点不同于经济学对竞争所作的静态分析。

二、竞争要素

在此,将产生竞争力的源泉称为竞争要素。竞争要素在竞争关系中发挥着关键作用。一定意义上,竞争要素运用是否合理恰是竞争法发挥评价作用的目标指向。

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

传统认为,竞争要素主要来源于生产要素。经济学家萨伊认为,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被大大地削弱了。

近现代以来,竞争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积极地彰显企业的形象和商品的竞争力。另外,区别于传统,现代竞争要素发挥作用的方式是联合式的,而不是单打独斗。这种变化带来的影响是每一种竞争要素的积极作用或消极作用都不可忽视。

概括而言,新的竞争要素有两个方面:市场主体的规模、产品的内在品质。

第一,市场主体的规模。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之对比,演绎经济组织在社会竞争中的原理,“在社会组织——特别是工业组织——与高等动物的身体组织之间有许多奇妙的相似点”,大规模组织在竞争中能够取胜。理由包括:(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。”^①(2) 成本降低形成的竞争力。有组织的采购和销售是使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。^② 组织集中增强竞争力的原因是外部成本内部化。

第二,产品的内在品质。产品价格、技术含量、质量标准、商业标识等对产品竞争力具有重要影响。一般市场条件下,会存在不同厂商生产的不同价格的同种产品,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。

技术在竞争中的广泛应用发生于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、引进,和新技术在生产中的应用,并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性的变化:由重视对新技术产品的模仿转变为注重技术开发利用。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。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。随着商品的极大丰富、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己的特色,需借助于商品各种的标识来实现,这种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。随着消费支出比例的增大,消费者不仅仅关心商品的出处,更关注商品品质。当商业标志的功

① [英]马歇尔:《经济学原理》(上),朱志泰译,商务印书馆1981年版,第294—295页。

② 同上书,第295页。

能由“来源”转向“品质”后,商业标志就成为标表企业竞争力的要素了。

产品标准能够作为竞争力的标志,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。

三、竞争的状态

竞争的状态即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,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,他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、知识产权等领域。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等,存在着其他替代技术可部分代替垄断技术。所以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,将两者联系起来作为一个整体加以研究。这种经济学指出,现实世界上不存在所谓完全的竞争,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。不同的是,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

① [美]萨缪尔森、诺德豪森:《经济学》,高鸿业译,中国发展出版社1992年第12版,第831页。

② [英]戴维·W·皮尔斯主编:《现代经济学词典》,上海译文出版社1988年版,第409页。

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。这些条件实在中是不可能达到的。

④ 该理论集中体现在张伯伦的《垄断竞争理论》(Edward Chamberlin, *The Theory of Monopolistic Competition*)(1933年哈佛大学出版社出版,中文版为生活·读书·新知三联书店出版社1958年版,张家麟译)和罗宾逊的《不完全竞争经济学》(Joan Robinson, *The Economics of Imperfect Competition*, 中文版为商务印书馆出版社1964年版,陈良璧译)(1933年麦克米伦出版公司出版)。

出发,认为厂商不仅进行价格竞争,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。

经济学家对竞争与垄断的理性划分,为竞争法立法目标的确定奠定了思想基础。竞争法的调整目标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法律存在的社会背景,以完全垄断为例外,以完全竞争状态为理想目标来创建竞争秩序。

第二节 竞争的两面性与反竞争行为的类型化

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。通常,经济学需以一种客观的眼光来看待和诠释社会事件和行为。“价值无涉”是经济学分析的基本出发点和基本要求。这是经济学解释的竞争、竞争关系与法学上解析竞争、竞争法律关系不完全一致的主要原因。

一、竞争的两面性

经济学上将竞争划分为有效竞争和无效竞争、正当竞争和不正当竞争。基于法律建立在一定价值判断的基础上,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。表面上看,竞争法调整对象确定的范围比竞争概念本身的外延小,但实际上,竞争法所调整的关系在某些情况下超出了经济学所认定的竞争关系范围。例如,经济学上,上下经济环节之间一般是合作关系,而非竞争关系,但上(或下)游经营者的行为在危害第三者——竞争者或消费者的情况下,上下游企业之间的联合行为可能成为限制竞争法律关系,纵向限制协议即如此。因此,虽然都是建立在经济关系的基础上,但经济学和法学因评价标准不同,研究的客体范围也不一样。

在现代社会,一个选择了竞争关系的国家,也就意味着选择了调整竞争关系的法律制度。将竞争关系上升为竞争法律关系的目的是为了排除对竞争的不当限制。承认并尊重竞争关系是制度选择的前提,发现并揭示限制竞争的类型是制度选择的基本条件。竞争和反竞争是事物内在矛盾的两面,在不同的生产关系下,两方面各自所发挥的影响不同。历史表明,最初的竞争表现为一种积极进取的力量,一座通往财富之路的灯塔;之后,竞争成为积累财富的权柄和引发经济激烈冲突的大棒。在西方,竞争曾一度被神化,竞争机制被认为是可以解决市场中的一切问题的灵丹妙药。其实,竞争既可以创造财富也可以摧毁财富,竞争具有两面性。

竞争的积极一面和消极一面总是相伴相生,只是历史上其消极性的一面比积极性的一面迟滞地显露出来。于是,除了古典经济学派和新古典经济学派外,凡理论涉及竞争的经济学派和经济学家都承认并在竞争的分析上自觉地运用如下分类——有效竞争和无效竞争(或有效率竞争和非效率竞争)。有效竞争和无效竞争各自有诸多表现形式,限于篇幅现选取如下两个主要对立方面加以说明: