

## 大道贵中：制度思维与竞争法学建构

张世明\*

---

**内容提要：**卡尔·施密特将法学思维方式区分为规范论、决断论和制度论。制度并不是规则的机械加总，个体性和空洞化的决断也不会产生稳定秩序，施密特在扬弃规范思维和决断思维的基础上，提倡对抗规范主义的制度思维。纸面上的规则必须经过反复实践才能结构化，建立起行为框架结构，成为一种制度。制度是具体秩序的载体，具体秩序是法的固有要素，是决断的限制性条件。制度化的过程促进秩序的形成，秩序的形成有赖于制度的利器。制度论对于竞争法学既具有形而下的“器”的意义，这体现在竞争过程培育机理的发现、相关市场等制度性事实的界定、竞争权概念的祛魅、竞争法制度保护功能的定位等方面，又具有形而上的“道”的意义，倡导内嵌中道思维的制度论有助于深刻理解竞争与合作、自由与干预、单一效率目标论与多元价值目标论等组合范畴间的关系。某种意义上，竞争法既反对自由放任主义，又区别于经济干预主义，明晰群己界分的竞争自由底线，是维护竞争自由的社会协调之法。

**关键词：**竞争过程 制度思维 集体意向性 竞争权 干预主义

---

卡尔·施密特（Carl Schmitt）是当今颇具争议的人物，被贴上传统的 19 世纪自由主义者、意大利谱系中的法西斯主义者、保守派的革命者、具有洞察力的马克思的评论家、反犹主义者等标签，对其定位莫衷一是。他在纳粹时期达到理论高产期。二战后被送到纽伦堡进行审判时，施密特为自己绘声绘色地辩护，称自己仅仅沾染了纳粹的病菌但并没有被感染。他卓越的辩才令其免受囹圄之灾，但其一直顽固地拒绝脱纳粹化。表示将退隐到“缄默的安全之中”的施密特晚年蛰居乡下，但各路前去朝拜者始终络绎不绝，显示出其超凡的思想魅力和理论气质。卡尔·施密特迟于 1933 年为《政治神学》第二版写的序中已明确表明，法学思维方式应分为规范论、决断论、制度论三种模式。笔者基于卡尔·施密特关于法学思维三种模式的阐述，力图证明制度法

\* 张世明，中国人民大学法学院教授。

本文受中国人民大学“统筹推进世界一流大学和一流学科建设”专项经费（16XNL002）支持。

学对于经济法研究的价值，认为制度保护是竞争法学的核心概念。

## 一、卡尔·施密特论法学思维的三种模式

在《论法学思维的三种模式》中，施密特以“法”究竟是指规则或法规（规范）、决断或是秩序，将法学思维方法区分为规范论、决断论与具体秩序论三种不同类型。规范论以法律规范为法之代表，“规范为王”是规范论的教义，而决断论则以决断为法之终极所在，独尊决断。<sup>〔1〕</sup>他认为，每一种法学思维方式均有其认定何者为“法”的特别想法，并且排斥其他思维方式对于法的认知。<sup>〔2〕</sup>决断论或具体秩序论下，当然也存在着法规，但这些法规并不是法的源头或终极形式，其地位远不如规范论思维下的法规。<sup>〔3〕</sup>规范论眼中的法秩序，是由许多规则与法规所合成，是“量”的概念，法秩序本身并不具有独自的性质，具体的秩序因而被狭隘化为法规。在规范论者眼中，规范意义上的“规则”成为“法”的独占性内涵，“秩序”一语仅具有象征性意义，毋宁是用来说明一个具体处境是否符合抽象规范的内涵。因此，当规范稳妥地适用于具体处境时，便是“守序”；相反，如果规范无法展现于具体处境中时，也就是“失序”时，规范仍然是抽象有效的，规范论者并不关心或者不必关心失序的状态如何。<sup>〔4〕</sup>正由于规范论以超脱于具体个案处境的抽象法规为法之所在，相对于必然是个人性的决断与超越个人之上的具体秩序，规范论思维遂得以主张拥有非个人性与客观性，迥然不同于决断论的个人性的恣意以及秩序中所蕴藏的封建性、阶层性或其他多元主义特性。基于此种超脱性，可以得出赋予规范论者以优越地位、并使其成为法律史上永恒类型的一项论证。

规则固然是制度重要的一方面或组成部分，但制度应该不仅是规则要素构成的实在。一味以实定法为对象，在将制度视为被政治共同体的强制力所担保的规则集合的定义中，以为实定法就是制度的范例，这将限制讨论的视野，不无本质主义的错误。<sup>〔5〕</sup>施密特认为，法律包括三个要素：规范、制度和决断，而一锤定音的决断是第一位的。由于法律不能自动实现，因此，国家的存在就有必要。国家的存在正是为了法律的实现，也就是政治决断的实现。决断并不是来自适用规范的结果，而是一种无中生有的产物，来自虚无，决断的法效力绝非得自涵摄或法的论证结果，决断本身没有正确与否的问题，而是个人性的意志作用。具有个人性的决断及其形式的权威性，正是法学思维方式中决断论的特征所在。<sup>〔6〕</sup>决断论思维的悠久历史并不逊于规范论，但直至晚近才展现出精纯的理论。这是因为，在古希罗及基督教的价值秩序因近代自然科学之发展而崩解之前，秩序概念——作为决断的前提——在思维流程中一直产生影响。从而，纯然“无中生有”的决断就会再度被秩序性思维所吸收并限缩，决断变成预设秩序的外延。

〔1〕 参见〔德〕卡尔·施密特：《论法学思维的三种模式》，苏慧婕译，中国法制出版社2012年版，导读第4页。

〔2〕 参见前引〔1〕，卡尔·施密特书，导读第11页。

〔3〕 参见前引〔1〕，卡尔·施密特书，导读第9页。

〔4〕 参见前引〔1〕，卡尔·施密特书，导读第12页。

〔5〕 吾妻聪「Roberto Ungerの法社会理論：その方法論的考察（1）制度構想の法学第二の序説」岡山大学法学会雑誌61卷4号（2012年）631-694頁参照。

〔6〕 参见前引〔1〕，卡尔·施密特书，第3页。

施密特并不否定规范本身，其反对的是规范论为了形式而形式的法学立场。至于其之所以扬弃为了法律的实现而发展的决断论，则是因为决断本身也是空洞、形式化的。施密特在对前两种思考方式实施批判的基础上，提倡一种对抗规范主义的法律思维方式，即所谓“具体的秩序思考”。在具体秩序思维中，具体秩序生成于社会内部，其形式载体是制度，实质内涵则为正常情形下的整体状态，包含规律性、功能主义式秩序与特定秩序内的伦理实质两部分。一切法律均是“具体处境中的法”，〔7〕具体秩序成为法的固有要素，是规范生成与适用的背景，是决断的制度性条件。依附于具体秩序的规则只是构成秩序的一部分，是秩序的手段。其适用不能脱离情境性，必须关注现实的具体秩序。如果说规范主义将法秩序概念的重点放在“法”的这一边，将“法”理解为抽象的实证法律规范的集合，那么，这种“具体的秩序思考”并不重视规范的体系，而是强调共同体内部的具体的秩序，将重点放在秩序这一边。具体的秩序包含通常的类型、通常性概念这样的“尺度”，并被视为构成一切法律规定的前提。由于“具体的秩序思考”中“具体”这一用语包含类型论含义，因此属于一种重视“类型”的法律思维方式。具体地说，在法源论层面，卡尔·施密特强调在共同体之具体的秩序内法与道德的未分离状态，认为纳粹的世界观、政治纲领及民族的生活秩序获得了新的法源地位。在法律适用论层面，卡尔·施密特主张法官依据“具体的秩序”解释法律，实施法律漏洞补充，甚至容许法官违反制定法作出裁判，并提倡通过更多地适用一般条款贯彻“具体的秩序思考”。施密特敏锐的学术触角已抵达实质正当性的领域，揭开了形式合法性的面纱，从而也使得公共政治的伦理价值得以显现。在施密特的视野中，一个国家通过制定法律规范建立的仅仅是形式合法性，真正强而有力的、稳定的社会秩序的形成必须依赖于实质正当性的追问。离开对实质性问题的探索，形式合法性下的社会秩序就如水中挣扎的浮萍，因没有根基而只能随波逐流。施密特迫使法学家们这样看待法律：法律不是一个封闭的体系，而是在一个本身就值得关注的背景中所执行的一套功能。

卡尔·施密特也将具体秩序论称为制度论，从而将法学思维方式区分为规范论、决断论和制度论三种类型，而且自称这是受到他自己的制度性保障学说以及深入研究莫里斯·奥里乌（Maurice Hauriou）制度理论的影响。〔8〕进入20世纪，莫里斯·奥里乌认为制度为法的根本的至关重要的观念，对德国也产生影响。莫里斯·奥里乌认为：“制度是在一定社会环境中依法实现或延续一项工作或事业的理念。为实现此理念，权力被建立起来，并设有机关；另一方面，在有意实现此理念的社会群体成员间，精神协和的表征在权力机关的指引与程序的规制下发生。”〔9〕对莫里斯·奥里乌而言，一切制度具有思想、威权及精神契合这三种要素。制度就是围绕理念而构建的。“制度”一词总是在抽象意义上使用的，而“导向性理念”是制度主义的核心概念。〔10〕莫里斯·奥里乌认为，法的形式是规则与行为，而实质则是规则的内容，即以正义和社会条件为限的自由。法律规则是从现实中抽象出来的，但是在观察社会现实而制定规则的过程

〔7〕〔德〕卡尔·施密特：《政治的概念》，刘宗坤等译，上海人民出版社2004年版，第10页。

〔8〕参见前引〔1〕，卡尔·施密特书，导读第5页。

〔9〕Maurice Hauriou, *The Theory of the Institution and the Foundation: A Study in Social Vitalism*, in Albert Broderick ed., *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*, Harvard University Press, 1970, p. 99.

〔10〕See Albert Broderick, Preface, in Albert Broderick ed., *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*, Harvard University Press, 1970, p. xiv.

中，一些与“正义”有关的理念会融入其内，所以法律是社会现实向理念妥协，或至少向一种理念化的秩序妥协而形成的产物。

## 二、制度思维对竞争法学核心范畴的塑造

路德维希·拉赫曼（Ludwig Maurits Lachmann）在评论马克斯·韦伯时认为，“制度理论在社会学中的地位，相当于竞争理论在经济学中的地位”。<sup>〔11〕</sup>这是因为，我们需要的是，在现实的具体描述的同时指示方向或轮廓部分，如经验教训和指导原则。因此，不是以个别规则，而是以表示规制束或复合型的规则统一或类型的制度为课题。以制度为研究目标的理由在于理解在原则和规则“之间的”法的存在形式。在德国法学中，Recht既指称法，也指称权利。主观意义的权利受到客观意义的法的保护。但未上升为主观意义的权利的法益等广大领域也在法的光照之内。我国学术界研究法律方法论的学者每每将权利义务思维作为法学思维的首要特质。民法理论的积淀固然可以为包括竞争法在内的经济法提供有益的资源，但以新就旧，总是在他者的阴影之下，首先已然自短了身段，缘附于参天大树自身终究无法顶天立地，由于同则不继，“以同裨同，尽乃弃矣”。<sup>〔12〕</sup>竞争法保护的是竞争自由、竞争秩序，即便如费肯杰所言经营自由属于框架权，也构成新的拓展空间的基石，在突破权利思维范围的同时为竞争自由提供制度保障，是当之无愧的未开发的法域处女地。经济法市场行为规范致力于制度保护。<sup>〔13〕</sup>制度的构成要素中，认识要素不可或缺。制度的力量在很大程度上依赖于理论的支持。易言之，力以理为基础。思想与制度相辅相成。理论研究为制度形塑的灵魂。竞争法理论的研究与竞争法制度的建构关系亦复如是。

### （一）竞争如何形成：建构理性抑或进化理性？

哈耶克认为，存在着两种观察人类行为模式的方式：一种是建构理性主义，认为人的理性具有无限的力量，通过理性设计可以改造出完美的制度，以笛卡尔、霍布斯、卢梭、斯宾诺莎和边沁等人为代表；另一种是以亚当·斯密、大卫·休谟、埃德蒙·柏克和托克维尔等人为代表的进化理性主义，承认人的理性有限性，对在人类事务中理性建构的作用心存疑虑，认为道德、语言、法律等各种实在制度并不是人们在先已预见到这些制度所可能产生的益处以后方进行建构的产物，而是以一种累积的方式进化而来。社会的有序性极大地增进了个人行动的有效性，但社会所具有的这种有序性并不只是那些为了增进个人行动有效性这个目的而发明或设计出来的制度或惯例所致，而在很大程度上是由起初被认为是“增长”尔后又被认为成“进化”的过程所促成的。前者建立在全能全知的认识论上，奉行干涉主义的价值观；后者建立在无知认识论上，是自由主义的价值观。建构理性主义者相信凭借自己的“理性能力”，可以从先验的抽象的“第一原理”出发，主观上设计出一个应然的“好社会”施工作业蓝图，只要依之而行，人人皆幸福的“好社会”重建就能指日可待。这种雄心勃勃的“建构理性”实际上天然地具有乌托邦的倾向，

〔11〕〔美〕罗纳尔德·L·杰普森：《制度、制度影响与制度主义》，载〔美〕沃尔特·W·鲍威尔、保罗·J·迪马吉奥主编：《组织分析的新制度主义》，姚伟译，上海人民出版社2008年版，第143页。

〔12〕左丘明、刘向：《国语·战国策》，李维琦标点，岳麓书社1997年版，第149页。

〔13〕Dörte Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, S. 250.

用头脑中的理想国来取代现实的丑陋的旧世界。正是基于这样理论依赖路径，理性选择制度主义认为：制度就是某种规则，该规则界定、约束了行为体在追求自身效用最大化时所采用的策略；遵守制度不是道德、义务使然，而是经过计算被认为符合自身的利益，即“结果性逻辑”；制度是可以设计的，其结果主要取决于所设计制度包含的激励与约束。

在康德看来，理性是人先天具有的把握绝对知识的能力，但并非没有界限，一旦逾越了自身的界限，即会陷入幽暗、困顿之中。哈耶克深畏理性的僭越、提出理性的局限性，并非反对理性，并非作茧自缚地认为不可进行制度设计，而是反对理性的滥用，强调理性并非万能，理性建构设计应该承认演化的序贯性质，应该是在尊重历史前提下的创新。在哈耶克看来，外部秩序并非自生自发，而是基于人为建构，在建构设计的意义上运作。社会秩序是合目的与合规律的统一，必然寓有意于无意之中，寓人为于自然之中。建构和遵守规则与人类的理性活动不可分离。实践理性具有的规范建构性功能体现在社会生活的各个方面。人类的各种游戏规则从无到有的建构，是实践理性的功能。姑且勿论人类理性有意识地建构的规则，即便从习惯而来的自发生成的规则同样是理性所遵守的规则。但社会秩序不同于自然秩序，后者服从必然的逻辑和规律，前者则是无数个人自由活动相互作用的结果。这一特质决定了社会秩序超越了任何一个或少数头脑及其理性的“建构”和“设计”。企图以建构论和设计论的方式理解社会秩序，其结果必然导致对其他人自由意志的抹杀。理性选择为依据的制度建构其实赋予理性以不可承受之重。首先，这种理性的建构固然考虑到历史传统的惯性，但对此持否定的态度。然而，历史的传统并非可以轻而易举地挥之即去。缺乏历史敬重的斩断众流最终只能是一厢情愿的美妙设想，抽刀断水水更流。其次，人之理性仅仅是有限理性。以个体戈壁之智无法胜任全能全知之神的工作，所以人类一思考，上帝就发笑！被无知之幕所遮蔽的人类在信息不对称的情势下形同盲人摸象。以理性选择为依据的制度建构具有先天的缺陷。当然，建构理性并非就是谬误，但不能脱离演进的理性，两者必须紧密结合。演进的理性，就是认识社会制度演进的客观规律。理性建构主义者要对历史负责，凡事多从历史的选择与现实的延续角度思考答案，戒慎乎其所不睹，恐惧乎其所不闻，不可妄下论断，更不可意气用事，俨然“天目”洞开而明察秋毫，张口就推倒重来，坐在书斋里冥想出来的华美无用的制度出台之时往往就是制度失效的开始。

市场上竞争已不是种单纯之自然事件或现象，而是国家有意推行及保护的一种行为模式或准则，因而具有“法制度”性质。<sup>〔14〕</sup> 兰茨·伯姆认为，竞争不是天然植物，而是一种栽培植物，它始终需得到培育养护。对于微软案件，有媒体评论道：微软财富固然值得珍惜，但微软以自己的实力损害了一种竞争机制，一种能让更多的“微软”诞生的机制，那就是市场经济公平竞争的机制。正是这种机制造就了微软，美国人可能还想有更多、更大的“微软”，基于这种观念，丢卒保车，忍痛牺牲一个微软也在所不惜。可以想象，没有美国政府对于市场竞争制度的极力维护，比尔·盖茨不可能成为比尔·盖茨，而微软公司也就不可能成为微软公司，比尔·盖茨很可能在发达之前就被某种垄断的力量“扼杀在摇篮里”了。市场竞争既能够创造出最有效的竞争者

〔14〕 Ludwig Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: *summum ius summa iniuria*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1963. S. 145 - 147.

来书写市场经济的辉煌历史，又能够将竞争者改变成为最独裁的垄断者来结束市场经济辉煌的历史。从自由而言，旨在保护竞争的制度虽然可能会限制某些自由，却是实现普遍自由、各类具体自由的基础、前提和保证。

## （二）集体意向性与相关市场的界定

相关市场是一种制度性事实，而不是原生性事实。原生性事实往往是自然科学的研究对象，是能够通过经验观察而获知的物理或心理事实。其存在不需要以人类的意向性、语言和制度为前提。制度实在是社会实在的一个子类，所以塞尔也常常连称“社会和制度实在”。制度性事实由地位功能所构成。构成性规则的一般形式是“X在C中算作Y”。X可以是对纯粹物理特征的命名，Y是对超出物理特征之外的东西的命名，“算作”是由集体意向性进行的功能赋予，C是进行功能赋予的情景。功能赋予是人类把某项功能赋予那些在本质上不具有该功能的对象。在此，功能不是内在于被赋予该功能的对象的，而是必须由某个外在的行为者或行为者们施加给该对象。由集体意向性建构制度性事实，其关键就在于将特定种类的功能赋予某些对象。以货币为例，货币具有如此这般的功能，并非由其物理特征所决定，而是人们集体地视之为货币。货币只能依赖足够数量的共同体成员持续地对其作出集体接受或承认才能发挥特定的功能。从建构主义行动理论的观点看，集体意向性在本质上就是一个经验的规范性问题，遵循理由的逻辑空间，而不是因果逻辑规则。集体意向性就是常规性，塑造了制度性事实，对象化为社会实体。意向性从来就不是盲目的，受个人或集体的生存境遇所指引。如果不先行澄清此种生存境遇，意向性的含义就始终处于晦暗不明的状态中。两个在物理属性上完全相同的物品因为意向性的贯注而意义迥别，例如，同样一根稻草绑在白菜上被作为商品的一部分以白菜的价格被出售，被绑在阳澄湖大闸蟹上则以大闸蟹的价格被出售，获得超越实物本身的社会价值。其实，身价悬如斯，均系制度建构所致。制度事实在本质上是集体意向性的拟制，而这种拟制最为彻底的情形即是法律拟制。通过这种拟制，自在之物变为制度性存在。正是这样，在史泰博和欧迪办公合并案中，由史泰博或欧迪公司出售的圆珠笔与沃尔玛出售的相同的圆珠笔，即使出自相同的制造者，在物理属性上一模一样，但因销售渠道的不同而价格各异（在办公用品连锁超市出售与在一般超市出售），所以被法院判定为不同的相关市场。<sup>〔15〕</sup> 在相关市场中，所谓相关者，乃与竞争法律制度相关也。这种相关性决定了相关市场不同于经济学的交易市场概念，其致力于发现谁与争锋的关系网络。

## （三）竞争权概念的祛魅

国内法学界不少学者力图利用权利思维模式建构竞争法，所使用的概念有“竞争权”、<sup>〔16〕</sup>“公平竞争权”、<sup>〔17〕</sup>“自由竞争权”、<sup>〔18〕</sup>“正当竞争权”。<sup>〔19〕</sup> 最高人民法院2000年出台的《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》使用过“公平竞争权”一词，该解释第13条规定：“有下列情形之一的，公民、法人或者其他组织可以依法提起行政诉讼：（一）被诉的具

〔15〕 See *FTC v. Staples, Inc.*, 970 F. Supp. 1066 (DDC 1997).

〔16〕 李小峰：《困境与拯救——竞争权制度论纲》，载《西南政法大学学报》2005年第2期，第41-48页。

〔17〕 唐兆凡、曹前有：《公平竞争权与科斯定律的潜在前提——论公平竞争权的应然性及其本质属性》，载《现代法学》2005年第2期，第147-151页。

〔18〕 邱本：《自由竞争与秩序调控——经济法的基础建构与原理阐释》，中国政法大学出版社2001年版，第364页。

〔19〕 胡小红：《论正当竞争权》，载《当代法学》2000年第1期，第24-26页。

体行政行为涉及其相邻权或者公平竞争权的；……”受该司法解释文件的影响，在“吉德仁等诉盐城市人民政府会议纪要案”中，一审法院和二审法院在司法文书中也使用了“公平竞争权”一词。<sup>〔20〕</sup>不过，在立法文件没有采立“竞争权”或类似概念的前提下，法院的司法解释逕行使用“公平竞争权”一词显然不甚严谨，更何况《行政诉讼法》作为保障实体法规定的实体权利的程序法，原本不需要也没有必要越俎代庖规定实体权利。法律并不是仅仅依靠权利这一思维手段。一种利益是否受法律保护 and 是否采用设权方式保护是两个层面的问题。对于前者的肯定回答是后者的必要而非充分条件。实践证明，“弹性”保护模式不仅是有效的，而且符合竞争利益和竞争法的特质。权利保护和法益保护都包括法律救济。<sup>〔21〕</sup>即便我国主张引入“竞争权”的学者也承认，“竞争权”的内容难以确定，所以这种“竞争权”实际上是费肯杰所说的框架权，是一种法益保护。竞争法所追求的是包括竞争者、消费者和公共利益在内的多元目标。并且，这种多元目标不可能单独实现其中的某一项，实际上是以一种整体利益的形态存在。因此，竞争法所保护的利益是以整体的状态存在着的，也只能以整体的状态存在。竞争权从未在实然层面获得任何立法肯定，竞争秩序作为整体利益无法分割为专属客体，竞争权利思维与作为其基础的竞争法的不自治，容易导致竞争法简化为竞争者之法，将竞争利益生硬切割，不仅无法关照潜在竞争者及其利益，忽视消费者利益，而且还会引致竞争法学的历史倒退。

#### （四）竞争法的功能：个体保护抑或制度保护？

民法上的私权来源于私益的正当性，但反垄断法上的自由竞争制度保护的正义基础已非私益，而是公共利益。反垄断法在其产生、演变、发展过程中，曾经被赋予了“保护中小企业”“分散经济力量、维护政治民主的经济基础”“提高经济效率，促进消费者福利”等多重价值目标，这些价值目标实际上都围绕着公共利益或群体利益。“保护竞争而不是竞争者”是表达反垄断法价值目标的著名论断。反对这种说法的学者认为，未被扭曲的竞争本身不是目的，而是实现特定的经济目标的手段，唯一的具体值得考量的目标是消费者的福利和效率。<sup>〔22〕</sup>事实上，这不是自由保护或福利导向的非此即彼，而是自由保护是否其自身具有重要价值的问题。竞争这一功能有助于确保国家权力不被作为促进市场权势企业利益的工具，从而也确保政治自由。<sup>〔23〕</sup>消费者福利和效率考量并不为提供支配地位门槛背书，无论是否存在消费者短期损害之虞，《欧盟运行条约》第102条都保护竞争过程。阻止消费者损害可能是滥用控制的核心理由但不是必要条件。因此，行为的效率性本身也不决定基于《欧盟运行条约》第102条的滥用，滥用不等同于无效率，但效果的全面确定和效率的经济分析评估对依据相关滥用标准的评估至关重要。<sup>〔24〕</sup>如果没有自由公平的市场竞争秩序，垄断将广泛存在，不正当竞争层出不穷，除了极少数市场强者和

〔20〕 参见江苏省高级人民法院（2003）苏行终字第025号行政判决书；江苏省盐城市中级人民法院（2002）盐行初字第052号行政判决书。

〔21〕 参见王红霞、李国海：《“竞争权”驳论——兼论竞争法的利益保护观》，载《法学评论》2012年第4期。

〔22〕 See Thomas Eilmansberger, Dominance-The Lost Child? How Effects-Based Rules Could and Should Change Dominance Analysis, 2 *European Competition Journal*, 15-29 (2006).

〔23〕 Meinrad Dreher, Die Zukunft der Missbrauchsaufsicht in einem ökonomisierten Kartellrecht, *Wirtschaft und Wettbewerb: Zeitschrift für deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht*, 2008, Bd. 58, H. 1, pp. 23-27.

〔24〕 参见前引〔22〕, Thomas Eilmansberger文, 第15-29页。

垄断者以外，绝大多数主体不可能实现自己的私人利益。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，也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。所以，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。”〔25〕竞争法保护市场参与者和不被扭曲的竞争经济中的整体利益，既致力于个体保护，即保护在竞争过程中的个体行为和决策自由，也以对竞争作为制度的保护为己任，即制度保护。制度保护概念涉及保持竞争结构并将保护竞争作为一个过程，这也形成欧洲竞争法的出发点和参照系。欧洲初审法院提出，《欧洲共同体条约》第82条（即《欧盟运行条约》第102条）不是揭示被诉行为对消费者有任何实际或直接的影响。竞争法致力于保护市场结构免于人为扭曲和保护消费者的中长远利益。按照尤利娅妮·科科特（Juliane Kokott）的观点，在英国航空公司案中，《欧洲共同体条约》第82条不主要是为了直接保护个体的竞争对手和消费者的利益，而是为了保护市场结构以及由于市场上支配地位企业的存在而被削弱的竞争本身（作为制度）。〔26〕作为制度的竞争无非是市场参与者行动自由的总和，对竞争不被扭曲的保护仅限于对市场参与者竞争自由的保护。因此，竞争的制度保护和个体保护辩证地在一个共同的交汇点被扬弃，私人利益与社会公共利益浑然融为一体，实现社会公共利益也是在促进私人利益，或者说，为了促进私人利益才去实现社会公共利益。我国《反垄断法》第50条规定：“经营者实施垄断行为，给他人造成损失的，依法承担民事责任。”弥补受害人的私人损失固然实现了私人利益，但这仅仅是一个次要的目标，甚至只是一个手段，比之更重要的是“杀一儆百”，以儆效尤。树立良好的市场竞争的规则、维护市场竞争的秩序、形成公平竞争的市场风气，才是其所应追求的真正的首要的社会公共利益。我国学术界对于反垄断法制度保护的模式与权利归属保护模式的差异性有所觉察，认为反垄断法对知识产权的保护应另辟蹊径，不同于知识产权法律制度的正面保护，而是通过反向制裁达到保护的目的，以法律救济为主要措施的特点。反垄断法对知识产权滥用行为的规制相对于被制裁的权利所有人而言确无保护之意，但知识产权权利人利用合法垄断形成的优势地位也不是不变的，一个具有优势地位且因滥用而被制裁的知识产权权利人在未来不确定的时间也有可能被别的滥用行为所侵害。因此可以说，反垄断法通过对知识产权滥用行为的制裁维护了市场同类知识产权权利人的合法权利，反过来，在一个长期的发展过程中，反垄断法同样保护了被制裁的权利滥用行为人的合法权利。因此，反垄断法维护竞争自由的立法目标决定了其对知识产权的作用不仅仅是规制，更应理解为一种在追求自由、充分竞争的经济环境基础上的对所有知识产权权利人利益的保护。〔27〕

制度保护在竞争法中是否能发挥不同于个体保护的意義，在一些学者看来不无疑问。在反不正当竞争法中，如果将公共利益保护与竞争作为制度的保护等同，公众利益与市场参与者的竞争有关的个人利益将难分轩輊，这就提出了从保护目的维度二者如何彼此相关的问题。制度保护被置于个体保护的对立面，从而带来反不正当竞争法的利益保护扩展。按照正确的竞争系统理论的理解，两者保护方向都是致力于竞争自由的，因此是一致的。竞争运作可靠的发展仅仅是因个人

〔25〕 参见〔德〕路德维希·艾哈德：《来自竞争的繁荣》，祝世康、穆家骥译，商务印书馆1983年版，第154页。

〔26〕 Schlussanträge GA Kokott v. 23. 2. 2006, Rs. C-95/04 P-British Airways/Kommission, Rn 68.

〔27〕 参见张衡义：《论对知识产权管理的反垄断法保护》，载《武汉理工大学学报》（信息与管理工程版）2005年第3期。



行动和选择自由未被干扰而实现。公共利益被视为未扭曲竞争的反射，“被视为竞争对手、消费者和所有其他市场参与者的利益总和”，〔28〕无外乎表示所有市场参与者的“在正常运作的竞争正当利益”。因此，任何其他的独立的公共利益的规制内容都会被拒绝，在制度保护的幌子下其他保护目的并没有延伸空间，“公共一定不能被理解为超个人的保护对象”。〔29〕个体竞争自由在任何情况下只能是相对的，其已经被其他市场参与者的自由的范围所限制。制度保护可以因此“讨论其他人同样的个人竞争自由权利的关系、竞争过程的法律秩序”。〔30〕此外，市场参与者的保护不能被理解为仅仅是客观法制度保障的单纯反映。这是欧洲和德国经济宪法的共识，市场参与者的自由权处于竞争保护的中心。在此背景下，制度保护本身不是为了自身利益，而只是作为竞争参与者利益的保护，制度保护不只是形成限制其他市场和竞争参与者的行动领域的拘束。个体利益与整体利益、个人保护和制度保护的概念和语义之分离无法掩盖这两个保护方向是相互关联的。个体保护和制度保护均涉及在竞争功能的、自由相关的系统下的市场参与者个人行为 and 选择的自由。不被扭曲的竞争作为对市场参与者竞争自由的辩证扬弃构成反不正当竞争法值得保护利益的公分母。总而言之，个体保护和制度保护并不对立，这两个保护方向是相互关联的；制度保护由个人自由保护得以实现，任何进一步的规制内容都不符合竞争不被扭曲的公众利益。

### 三、制度论对竞争法学的方法论意义：中道思维

完备意义上的法治国应该是制度与理念的结合体。对于把法治国作为法律现代化之目标的国家来说，借鉴和移植需要同时考虑制度和理念两个层面。形而上者谓之道，形而下者谓之器。人为形而中，外在形体有形有象而为形而下，内在生命无形无象而为形而上。人以“形而中”的方式存在并思维，上有“形而上”之道，下有“形而下”之器。〔31〕现代社会因为讯息发达，今人见闻尤倍于古人。然而闻道不是得道。学者对于竞争法的研究如同鱼之趋渊、鸟之集林的挪移态势，但学术生态乃有待改善。没有形而上的道，仅有形而下的器，是缺憾所在。在中国经济法学界，研究竞争法蔚成风尚。除了因为竞争法是经济法主干，最能代表经济法的特色之外，一个潜存的学术动机恰恰是与经济法基础理论的疏离，将竞争法作为躲进小楼成一统的“避风塘”。经济法基础理论被悬隔不顾之后，竞争法研究偏安于所谓“具体制度”的研究，但实际上“为学日进，为道日损”，甚则对制度本身的精义未能真切体认，只能一味尾随法律经济学亦步亦趋，迷失了竞争法自身的本性。学术界其实奉行鸵鸟政策，选择容易的方法，从而也造成通晓知识而缺乏问道、弘道之心，遂与商谈问道无缘，绝无以技进道的可能性。为道是为学的根本宗旨，为学是为道的方法，是为了最终解道。法学最宝贵的菁华在于独立而深刻的思想。实证的制度研究按照钱大昕的说法是轿夫，而不是轿中人。竞争法研究沉湎于解释法学，精于物而不精于道，毕竟

〔28〕 Karsten Schwipps, Wechselwirkungen zwischen Lauterkeitsrecht und Kartellrecht, Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 153.

〔29〕 参见前引〔28〕, Karsten Schwipps书, 第153页。

〔30〕 Ernst-Joachim Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb: Eine vergleichende Untersuchung über den Schutz von Freiheit und Lauterkeit im Wettbewerbsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck, 1984, S. 83.

〔31〕 参见孙铁骑:《内道外儒: 鞠曦思想述要》, 中国经济出版社2014年版, 第94页。

存在障碍，汲汲于解决具体问题，而根本问题则被忽略，存而不论，论而不议，议而不辨。正因这样格伯尔提醒中国学术界，虽然欧洲的制度经验对中国的法律移植助益良多，但这些相似性是与被称为竞争法的“工具性”目的，即与竞争法本身的外部目的相关。殊应注意的是，欧洲的竞争法还与其内在的目的和价值有关。例如，在德国和欧盟，经济自由本身被视为竞争法的目的结构的一部分，这也是竞争法能够获得广泛支持的因素之一。中国与欧洲之间在这方面存在重大差别，这或许使得与竞争相关的内在价值很难发挥作用。<sup>[32]</sup> 中国竞争法应该以志道作为重头戏，追根问底，用思想反观制度，亦即用经济法理念审视具体制度，并从制度本身中提炼出思想，揭示出蕴含于制度的思想，开显、发掘和安顿竞争法的精神气脉。

自由是一个稀有和脆弱的被培育出来的东西。竞争被证明是确保自由的手段，但只有有效的竞争才能保证自由，而且保证的是相对的自由。自由反过来又是市场经济竞争的出发点，并且最终从制度上保证竞争。以反对限制竞争、阻止竞争为目的的竞争法保护作为经济活力之源的竞争自由，而不是钤束、毁灭竞争自由。美国司法部反托拉斯局局长詹姆斯·F·里尔（James F. Rill）指出，反垄断法的核心是要政府履行其维护自由的市场经济的义务，使之既不受私人的限制竞争性的损害，也不受国家的限制竞争性的干预，通过“看不见的手”配置社会资源，提高企业的经济效率和社会福利。<sup>[33]</sup> 因为现实的经济不存在完善的和自由竞争的前提条件，为了维护市场的竞争性，国家通过传统私法以自由产权、契约自由等工具从正面为竞争机制的充分运行提供基础法律平台。反垄断法则从另一个角度为竞争机制的正常运行扫除障碍，扫除那些伴生自由竞争而来、对竞争机制正常发挥功能构成障碍的限制竞争行为、反竞争行为等各种异在因素，从而保障竞争机制得以充分有效运行。在维护和促进竞争这一点上，美国竞争法同传统的私法法制并无二致，都受制、服从、服务于自由主义哲学。在这一哲学支配下，美国的基本经济国策就是促进竞争，阻止与这一基本的经济哲学相冲突的反竞争行为。因之，蕴涵在反垄断法中的主要机理，就是禁止任何有可能削弱竞争性经济的商业限制及垄断行为，建立有利于自由竞争的公平和开放的经济环境。<sup>[34]</sup> 随着19世纪末以来美国法律社会化运动的兴起乃至后来消费者主权观念的勃发，消费者权益保护、社会公共福利等价值理念逐渐融进竞争法领域，先后进入了美国竞争法的价值王国，但并非能与“对于自由、公平的竞争的促进和维护”这一美国基本经济哲学等量齐观、并重而视，只是在充分尊重并不妨碍竞争机制正常运行并充分发挥其功能的前提下作为次一级的法价值而存在，不能反向而乱次第。这从美国人对竞争法立法价值的种种自诩中也可可见一斑：“自由企业的大宪章”。

法学中的制度思维在本质上是一种中道思维。没有均衡，就没有制度。每一项新的制度的建立实际上就是形成一种新的权力或利益的均衡，每一项制度安排都是在解决人与人的利益最大化目标的冲突中诞生和发展起来的。法律在本性上不是暴力革命的宣言书，法律是追求和谐、维系秩序的产物，是一定的社会关系的调节器、稳定器，是在利益各方“斗而不破”的博弈过程中维持有序状态的行为规则。权力与权利都具有扩张性，都容易恣肆泛滥、荡然不得放任其义之所

[32] 参见〔美〕戴维·格伯尔：《中国竞争法的制定：欧洲和美国的经验》，聂孝红译，载《环球法律评论》2003年春季号。

[33] J. F. Rill, Die Anwendung des Antitrustrecht in den 90er Jahren, Wirtschaft und Wettbewerb, 1990, H. 7-8, S. 596.

[34] 参见陈晓波、徐云国、周亚夫、公丕祥：《美国反垄断法及其政策述评》，载《江苏社会科学》1996年第5期。

归，因此权力与权利都须受到法律的控制，通过自由竞争的“无法之胜”与“人知其职，不督而办，事至纤悉，莫不备举，进退作息，皆有常节”<sup>〔35〕</sup>的制度“有法胜”有机结合，才能形成既有活力又有章法的竞争秩序。反垄断法强调国家以“有为”的方式间接干预经济。这是因为竞争的目的在于限制市场权力的集中，这一目标只能由国家来实现，国家在反垄断中的主动作用是当然之义。虽然反垄断存在的基础是对限制竞争的干预，但是反垄断的目的也是维护自由竞争，这就要求政府与市场之间表现为一种动态的关系。在这一过程中，国家既不能单纯地“有为”，也不能单纯地“无为”，而应在“有为”和“无为”中寻找一个平衡点。在某种意义上，竞争法既反对自由放任主义，又坚决与经济干预主义划清界限，明晰群己界分的竞争自由底线，是维护竞争自由的社会协调之法，这在儒家的中庸学说中可以获得理论资源的支持。《礼记·中庸》云：“中也者，天下之大本也；和也者，天下之达道也。致中和，天地位焉，万物育焉。”<sup>〔36〕</sup>

历史似乎呈现出钟摆运动的迹象。美国的竞争法其实在向“右”转，以至于退回到第二次世界大战前德国的立场。美国的卡特尔组织是非法的，但当时的德国历史经济学派强调卡特尔维持经济秩序的积极作用，<sup>〔37〕</sup>卡特尔被很多德国人作为积极的制度加以把握，被视为对抗托拉斯化的一道防护堤，因为其既没有垄断市场，又不是坚不可摧而阻止竞争，相反改变了竞争的性质，将混乱的经济带入秩序，不仅减缓企业垄断型集中，而且还保证了小公司的经营，优于过度竞争、托拉斯之类互惠组织形态，被视为“一种协作性竞争”形式。<sup>〔38〕</sup>在1897年德国萨克森王国木材加工厂卡特尔案<sup>〔39〕</sup>中，帝国法院认为，该案的焦点在于卡特尔协议是否违反了1869年《营业条例》中的工商业自由原则，该条例赋予这一原则以神圣地位，按照这一原则，“人人皆可从事任何商业”。法院认为如果业界同仁以善意为之的目的而彼此结合，通过反对产品的降价以保护该产业部门，使以前特别落后的个体从降价销售中得获生机，则不触犯营业自由的原则。<sup>〔40〕</sup>人们普遍这样认为：这一基本保留至1945年的裁决利用公共利益等大词使得卡特尔“合法化”，对其活动没有规定多少明确的限制。德国遂成为典型的卡特尔国家。这一转折与丽晶案使得维持最低转售价格适用合理法则在反托拉斯法历史上的里程碑意义相似，仿佛使人觉得美国当今的右倾几乎是向德国当年的范式回归。如今的效率大词被芝加哥学派作为终极辩护，和当年所使用的公共利益大词的功能如出一辙。芝加哥学派拿出来万用的法宝便是合理法则的彻底采用。以往由于违背反垄断法规而一向不被承认的事例，在将来有可能恢复竞争的条件之下全部被承认。<sup>〔41〕</sup>对于垄断行为的姑息纵容在五花八门的数学模型的附加条件下被合理化，对过去禁止的搭售等行为全部放行。按照芝加哥学派的理论，竞争的存在可以说跨越时空，是无条件的、绝对的；除非产生竞争的原因被彻底消灭，否则无时无刻不存在竞争。有种绝对主义论断甚至认为限制竞争就是竞争的一种表现形式。因此，竞争法没有存在的理由。这种论断只能存在抽象的演绎，在思维

〔35〕 参见王杖主编：《严复集》（一），中华书局1986年版，第11页。

〔36〕 朱熹：《四书章句集注》，中华书局1983年版，第18页。

〔37〕 田中裕明「ヨーロッパ競争法の歩みとドイツ法の役割」神戸学院法学34卷4号（2005年）参照。

〔38〕 参见巫云仙：《德国企业史》，社会科学文献出版社2013年版，第193页。

〔39〕 Urteil v. 4. 2. 1897, RGZ 38, 155—Sächsisches Holzstoffkartell. 有学者译为“木纸浆案”。

〔40〕 参见〔德〕沃尔夫冈·费肯杰：《经济法》（第2卷），张世明译，中国民主法制出版社2009年版，第196页。

〔41〕 参见〔日〕富田彻男：《市场竞争中的知识产权》，廖振衡等译，商务印书馆2000年版，第173页。

方式上不符合辩证法，完全脱离实际。在德国，尽管被反限制竞争法悬为厉禁，建筑公司在投标之前，宁愿冒受罚的风险也要以身试法，进行协商，达成谅解，拟定共同办法以对付招标者，以避免自相残杀。这足以表明，由于在竞争中能否取胜涉及该企业的生死存亡，企业总是希望承担最小的风险，想尽一切办法摆脱竞争的压力。诚然，不正当竞争行为、限制竞争行为等反竞争行为也是一种竞争行为，但这种行为不利于“公平”与“效率”兼顾的社会正义目标的实现。连属于芝加哥学派阵营旗手的波斯纳都批评，在实际执行中，遇到反托拉斯弊大于利的情况，就主张应大大限制反托拉斯执法甚或废除反托拉斯法的悲观主义建议是“学究气”的。反托拉斯法已被普遍接受，实际的问题是如何将其实施得更合理、更准确、更迅速、更有效率。<sup>〔42〕</sup>

反垄断的目的在于追求效率，但是：一方面，效率是功利主义的概念，效率并不能理所当然成为衡量的唯一准绳；另一方面，竞争本身不是最终目的，但竞争可以制约和限制经济势力。皮之不存，毛将焉附？竞争机制不存，何来效率？唯效率是从，则大企业可以将小企业斩尽杀绝，片甲不留，对于市场支配者而言效率至上是不适用的。以效率为王道其实导致以力假仁的垄断霸道。世纪之交的美国联邦司法部对微软公司的起诉和联邦法院的判决表明，唯效率的理论并没有被完全接受。同时，效率不仅指个别个体的效率，社会整体的效率也应该纳入考量的视野之内。这当然要依靠保护有效竞争来实现。中道思维执两用中，既反对左，也警惕右。卢埃林反对非此即彼的思维，而赞成兼而有之的思维。经过哈佛学派、芝加哥学派、后芝加哥学派的否定之否定，目前似乎呈现返归迹象。中道既非折中，也非骑墙，更非乡愿，而是不偏不倚的中正大公，公乃中的外形，中乃公的内质，中正大公的关键在于找到立场的平衡点，如果屁股坐歪了，眼睛是一定会偏斜的。以此极性极化思维构建的反垄断法大厦很可能危楼不胜高，成为比萨斜塔。

合作与竞争是同一矛盾体中的两个不同的侧面。竞争提高效率，合作也同样提高效率。在现代社会，合作与竞争都是推动市场经济发展的不可或缺的重要动力，互合成体，相和成道，并不是相互排斥的关系。竞争中有合作，合作中又有竞争。竞争造就了更具有竞争力的合作，合作加剧了更为激烈的竞争。合作越密切、越有成效，在市场竞争中越能够占有优势地位。<sup>〔43〕</sup>为了纠正人们的错误竞争观及其导致的不良后果，为了帮助企业应对当前日益严峻的超竞争环境，将“合作”与“竞争”合二为一的热门新词“竞合”应运而生，通过“合作—竞争”方式实现竞争各方的“双赢”或“多赢”的竞合战略学说广为传扬。基于竞合理论描绘的应然状态，一个对于竞争法普遍流行的误解在于，竞争法片面追求竞争而否定合作的价值，所谓竞争法理想图景建立在你死我活的零和博弈基础之上。这种误解其实幼稚，因为首先竞争法的理想图景无论是完全竞争、有效竞争，还是可行性竞争，均非奉行零和博弈模型。其次，如果按照零和博弈模型，就违背反垄断初衷，不会存在反垄断之说，而是鼓励垄断者在相关市场上一统天下。合作本来就是一种竞争方式，反垄断法的目标并不是禁止合作。相反，其禁止的是通过降低市场效率、减慢创新、阻碍生产性竞争而损害公众利益的商业行为。而战略联合事实上提高了市场效率、刺激了创新、增强了生产性竞争，有益于公众，所以不可能成为政府攻击的靶子。不仅如此，在过去各个

〔42〕 See Richard A. Posner, *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, 2001, p. viii.

〔43〕 参见王雨本：《股份制度论》，中国社会科学出版社2009年版，第221页。

行业联合的案例中，政府甚至还经常直接提供赞助和支持。<sup>〔44〕</sup>合作可以分为“分”的合作与“合”的合作。市场中的合作可谓典型“分”的合作，建立在个人主义与利己主义之上，旨在增进私人利益，因而完全能在制度约束的框架内与市场竞争达到统一；“合”的合作建立在集体主义与利他主义之上，追求的是公共利益的增进。唯有“合”的合作才能提高整体经济效率，真正实现作为公共利益的环境利益和作为私人利益的经济利益的“共赢”。<sup>〔45〕</sup>竞争按照亚当·斯密的观点能够产生自身的和谐，形成哈耶克等人所言的“通功易事秩序”或“偶合秩序”。

我国立法使用“反垄断”而不是“反限制竞争”的术语，而“反垄断”明显向人们暗示了垄断的不可欲性，给人以一种垄断违法、“见垄断必反”的印象，造成对垄断的“谈虎色变”，而且容易与经济学中的垄断概念相混淆。从经济学而言，竞争与垄断之间是对立统一关系，垄断的外延极广。企业在市场中具有垄断者和竞争者的双重身份，其通过竞争（如差异化策略）导致垄断（如增强了市场支配地位），企业之间的某些垄断（如合谋）也可能促进更大范围（如地区间或国家间）的竞争。如果对垄断一概加以制裁，无疑将陷入一个怪圈：如果对垄断进行严格禁止，势必会限制竞争的激励，其结果就不是保护竞争，而是限制了竞争；如果对垄断禁止不力，垄断也会遏制竞争的发展。当合法垄断成了反垄断制度利剑下的替罪羊时，反垄断就意味着反竞争，反垄断制度的悖论就难以避免。垄断力或者说市场支配地位的存在并不当然违法。因为垄断力（市场支配地位）一般来说是在竞争过程中形成的，是自由竞争的必然结果，不足厚非。只有企业滥用其市场支配地位实施限制竞争行为，才需加以裁正。勒尼德·汉德法官（Learned Hand）在1945年美国政府诉美国铝业公司案中指出，在竞争中获胜的竞争者不应该被谴责，并用“事竞功成”的短语来概括其理论。<sup>〔46〕</sup>对于垄断行为，美国反托拉斯法既有本身违法原则，也有合理原则，<sup>〔47〕</sup>将抽象的“合理原则”转变为具体“适用除外制度”。适用除外制度、豁免制度在一定意义上表明，温和型或者务实型反垄断制度须容留“异己物”，在自己的领地上与适用除外制度“和平共处”。

制度文明之魂是“有衡”，即不同权力主体之间的相互制衡以及不同利益主体之间的相互均衡。制衡旨在防止权力的滥用，均衡旨在防止无谓的利益冲突。对强者欺侮弱者的现象加以有效制止，对弱者的权利予以及时救济和保护就是制度正义最重要的体现。巨型企业的影晌不同于中小企业，具有市场支配地位的经营者举足轻重，相关作为和不作为都可能对市场竞争构成侵害。竞争法并不反对通过竞争出乎其类、拔乎其萃，但立制度以为节，平衡利益，中度为纲，对滥用市场支配地位行为加以裁正，避免强胁弱、众暴寡、大侵小的侈肆无序，蕴涵了权力制衡与利益均衡的精神。垄断价格等因为影响“公平”交易的概念，有悖于中道，所以在英国等国家将诉诸中道提升为公共政策的指南。反垄断和解制度等处柔守弱，柔性执法的特色明显。如同中医治病救人崇尚不治已病治未病、不治已乱治未乱，经营者集中救济制度的目的也在于让经济体系运转

〔44〕 参见〔美〕亚德里安·斯莱沃斯基、卡尔·韦伯：《战略风险管理》，蒋旭峰译，中信出版社2007年版，第164页。

〔45〕 欧阳恩钱：《风险社会、生态文明与经济法哲学基础拓新》，载《当代法学》2012年第3期，第87-94页。

〔46〕 See United States v. Aluminum Co. of America, 148 F. 2d 416, 427 (2d Cir. 1945).

〔47〕 参见朱慈蕴：《反思反垄断：我国应当建立温和型的反垄断制度》，载《清华大学学报》（哲学社会科学版）2003年第2期。

回归到中道平衡的稳定状态。在全球化时代，竞争法的协调问题凸显，但多元融合不妨同中存异，异中求同，各长其长，相济相成，合乎中道，否则只能以同而不和告终。对于其他竞争法域的经营者集中审查决定，中国商务部和而不流，允执其中，恰恰践行了中道思维。作为中国学人，研究竞争法自然立足于本国实践的沃土，但不可能闭门造车，比较法的视野内嵌性尤不可忽，不能停留在法其法的层面，更应该法其所以法，牢固确立与中国国情相适应的制度价值。

时建中对我国《反垄断法》的缺憾也有深刻而中肯的体悟，认为“粗线条立法是我国反垄断法的特点之一。我国是一个没有反垄断传统并鲜有反垄断执法经验的国家。采取粗线条立法模式不仅无奈，而在较大程度上是一种积极的选择”，“我国的《反垄断法》目前只有 57 个条文，可能是全世界篇幅最小的反垄断法典”。<sup>〔48〕</sup>的确，法律必须清晰被富勒视为法律的八项“内在道德”，法律规则的粗疏是造成“牛栏关猫”式制度失效的重要原因。由于当前中国社会各种利益协调的难度极大，为了节约立法成本，不得不降低立法的质量，以大纲的面目问世，以致执法者往往抱怨粗线条法律原则性较强，可操作性较弱，可诉性更弱，在具体应用中常常手足无措，制定法中处处存在漏洞，甚至“漏洞并不比文字来得少”。一部好的法律不仅好看，还应好用、管用、能用、易用、实用，否则不免“遥看草色近却无”之憾。但另一方面也应该看到，法律规则不可能完全预设社会生活中所发生的事情和避免人类语言本身的局限性，不可能用简明扼要的语言包罗、穷尽所有行为和事件，不可能覆盖社会发展和人的发展过程中的各种可能。立法总是与时代发展存在时差，制度供给相对于制度需求而言总是不足的，而且被奥尔森称为“制度僵化症”的现象也无法避免。现实中的法律人思维总是期望和要求所有人都必须进入法律教义编织的世界，接受法律人的判断和推断，否则就违反了神圣的法治。但是，力图网罗一切于法律的思维恰恰是施密特所说的规则论思维。

#### 四、结 语

“像法律人一样思维”包括以一种非常深刻的方式应付不确定性。现在的人总是抱怨法律规定不明确，无法可依，无规可守，呼吁加强立法。事实上，许多问题在法律上都已有明确规定。骑着驴找驴，自然视驴不见，仿佛郑人买履的故事中将现成的尺度放着不用而跑回家中去找尺码一样。老老实实按现有法律办事，就是最实在的创新。法律的使命，在于完成法律的确定。但这种确定不仅包括静的确定，而且也包括动的确定。自由法运动，就强调法律确定的动态性。变化不居的生活现实是现代性的表现，与这种日新月异的发展相适应，法律本身必须具有抽象性和概括性，唯此才能具有普适性和灵活性。目前许多人谈论法律不具体，如果法律变得如此具体只能沦为琐碎主义，复归中国传统社会的律例体系。没有法治精神，即便法律繁密如牛毛茧丝，也无济于事。法治仅有法律是不够的，rule of law 不等于 rule by law，依法治理并不能带来法治。因此，法治被哈耶克称为一种超法律原则，不是一种关注法律是什么的规则，而是一种关注法律应当是什么的规则。立法者所制定的和法官所遵循的法律符合一般的普遍抽象规则的标准时，才能

〔48〕 时建中：《我国〈反垄断法〉的特色制度、亮点及重大不足》，载《法学家》2008年第1期，第14-19页。

说是法治。规则是形成秩序的工具，具体秩序必然以规则为主干，但制度强调顶层设计，是一种框架结构，必须具有体系性。局部之和不等于整体，某些情况下  $1+1>2$ ，个体的理性行为的总和也可能导致非理性，所以规则之和不等于秩序的自动生成。虽然我们强调规则意识的重要性，但应该警惕的是，目前的法律思维中过分膨胀的规范论往往使得人们沉迷于规则。人不可能永远“智而上”，但也不可能不知疲倦永不犯错误。轻忽制度相对于规范的独特性可能形成某种程度上偏颇的思维。研究法学初期固以法教义学为出发点，学习吸收现行法规的知识，到后来必须要突破此界线，进而综观与评判整体的法律原理、原则及各部分法律之体系关联，兼及相关的科学，如社会学、伦理学、政治学、哲学等等，并参考比较不同法系、不同文化背景、不同国家的法律思想与制度，而臻动态法学之境，如此才能如孔子所言行为从心所欲而不逾规矩。

---

**Abstract:** Carl Schmitt adopts a tripartite division of juristic thought mode as the normativist, the decisionist and the institutionalist. The institution cannot be regarded as the sum of rules, and the determination with individuality and hollowness cannot produce a stable order. Therefore, Schmidt advocates the institutional thought against the normalism on the basis of sublating the normative and decisive thought. The structurization of those rules being written on paper should be achieved through repeated practice for a lengthy period, to be institutionalized as a behavioral framework. The institution is the carrier of the specific order, which is the inherent element of the law and the restrictive conditions to the decisionist. The process of institutionalization promotes the formation of order and this formation depends on the edge tool of the institution. Institutionalism has the physical meanings of “instrument” for competition law, which are embodied in the discovery of the cultivation mechanism of competitive process, the definition of institutional facts such as relevant markets, the disenchantment of the concept of competition right, the positioning of the protection function of competition law, etc. It also has the metaphysical meanings of “Tao”. The middle thought in institutional theory is helpful to understand the relationship between competition and cooperation, freedom and intervention, single efficiency goal and multiple value goals. In a sense, the competition law both adopts a legal position to oppose laissez-faire and resolutely demarcates with economic interventionism, clearly defining the bottom line of free competition among rivals, and it is the social coordination law for preserving competition freedom.

**Key Words:** competitive process, institutional thought, collective intentionality, competition rights, interventionism

---

(责任编辑:周游 赵建蕊)