

论数字经济时代反垄断法的创新价值目标

方翔

【摘要】竞争与创新的关系是经济学领域争讼不已的问题。反垄断法毋需拘泥于垄断还是竞争的市场结构更有利于创新的经济学桎梏,应基于创新实现过程的视角,正确理解竞争促进创新、创新加剧竞争的良性互动关系。创新根植于反垄断法既有的价值目标体系之中,是反垄断法隐而不彰的价值追求,但在数字经济时代,创新逐渐获得了独立地位,成为反垄断法主要乃至优先的价值目标。反垄断法通过维护竞争机制塑造有利于创新的内部条件和外部环境,激发创新动力、提升创新效率、拓展创新空间,具备促进创新的基本功能。我国《反垄断法》第1条立法宗旨中引入创新价值目标有其必要性,但不宜以“鼓励创新”的方式表述,替换为“促进创新”似更恰当。

【关键词】创新;竞争;反垄断法;价值目标;反垄断法修订

【作者简介】方翔,上海交通大学凯原法学院。

【原文出处】《法学》(沪),2021.12.162~176

【基金项目】本文系国家社科基金重点项目“强化反垄断促进平台经济健康发展研究”(批准号:21AZD017)的阶段性研究成果。

以创新为内容的竞争正成为数字经济时代的主基调,技术创新、产品创新、业态创新、模式创新也成了数字经济发展和平台竞争的重要驱动力,^①企业甚至必须依靠创新而生存。放眼全球,一些大型互联网平台企业实施的限制竞争行为,不仅妨碍了创新者进入,还威胁到其他企业的创新回报与激励,给数字经济的创新发展带来阻滞。^②这一形势迫使人们找寻更有效的法律工具来促进创新与竞争,反垄断法能否承受其重,成为研究的课题。

要回答此问题,需先回归到创新与反垄断法的关系这一基本命题上。在经济学界,竞争与创新关系的论辩长达半个世纪,至今未能形成普遍而广泛的共识,这从客观上妨碍了反垄断法对创新的认识。正在修订的我国《反垄断法》在第1条新增“鼓励创新”的立法目的表述,显示创新作为反垄断法追求的价值目标已进入立法者视野,但是“鼓励”无法阐明反垄断法与创新的关系,而且对反垄断法如何作用于创新,以及创新与反垄断法其他价值目标的关

系也是语焉不详。传统反垄断法理论一般不直接关注创新,一直以来,学界对反垄断法与创新的交叉研究聚焦在知识产权滥用的反垄断法规制上,^③反映的只是反垄断法对创新关切的一个面向,并非一般意义上的创新。所以,若不能对创新与反垄断法的关系作出理论回应,立法(修法)势必沦为无本之木,后续的反垄断执法与司法也难免陷入无的放矢之窘境。

一、经济学论争的再检视及其超越

(一)竞争与创新关系的经济学迷思

创新是一个多层面的现象,很多学科都对其展开不同视角的研究,并逐步形成了多学科支撑的创新学理论体系。^④基于不同学科语境下创新内涵的差异,反垄断法对创新的关切主要指的是经济学意义上的创新。^⑤

经济学对竞争与创新关系的认识主要有“熊彼特假说”“阿罗式创新”和“阿吉翁模型”三大经典理论。熊彼特认为,垄断是创新的基础和催化剂,市场中更少的竞争会给企业提供更多激励和动力去参与

创新活动,更高的市场集中度和更大的企业规模,将对创新产生积极影响。^⑥市场集中度可以使创新努力所产生的收益(增加垄断租金)内部化,因而市场集中度、研发的规模经济、卓越的风险管理均有助于企业创新。首先,市场集中度高的大企业拥有投资于昂贵且不确定的研发所必需的资金和资源,更有能力筹集到外部资金,因而能够在产品研发中实现重要的规模经济,这些是小企业难以做到的。其次,垄断市场中的大企业能够从创新努力中获得回报,从而用累积的垄断利润为持续的研发提供资金。^⑦最后,创新后市场竞争的减少会促使垄断企业投身更多的事前创新活动,这种来自市场力量得以维持或强化的愿景会成为垄断企业创新的重要激励。所以也有学者指出,熊彼特所专注的是创新后的市场结构。^⑧与熊彼特持相反观点的美国经济学家阿罗则认为,垄断抑制了企业进一步创新的投资,竞争压力才是创新投资的关键。申言之,在一个无竞争力的市场,垄断者不会因研发失败而受罚。^⑨对于占有支配地位和高市场份额的企业而言,无论是通过降低成本、提高质量还是创造新产品,都很难为其带来新的业务增长,因此更倾向于维持现有的市场优势,不太可能成为颠覆性创新的发起者。这种创新动机也被称为“阿罗效应”(Arrow effect)或“替代效应”(replacement effect)。^⑩相比之下,规模较小的竞争者通过创新活动,可从竞争对手那里吸引市场份额,带来更高的产量,从而增加创新激励。阿罗从创新前市场结构的分析视角,认为创新激励不仅取决于创新后的利润本身,还取决于创新前后的利润对比差异。^⑪基于这些原因,竞争压力本身就会激励企业参与更具创新性的实践,更少的竞争(垄断)只会降低创新激励。而阿吉翁等人提出的“倒U型模型”则分别从市场竞争的各种表现形式入手,如市场一体化、新进入者威胁、出口贸易等,为竞争与创新的关系提供更可靠的数据支撑。^⑫大量实证数据表明,创新率会伴随市场中企业数量的变化而变化,在适度集中的市场中创新率最高,当市场趋向垄断或更激烈的竞争,创新率则会逐渐下降。^⑬也就是说,竞争可能会增加创新带来的增量利润(逃避竞争效应),也可能会减少落后者的创新动机(熊彼特效应),^⑭这意

味着,竞争不足和竞争过度皆不利于创新。除此之外,还存在大量的建立在上述理论基础之上的其他经济学论断和实证研究。比如,有学者对熊彼特假说进行了更严格的解释,认为“一定程度的市场力量是创新的必要激励,而不是创新的原因”。^⑮又如,有学者进一步提出了创新与竞争关系的四项原则:(1)寻求开发相同新产品或工艺的企业之间的竞争会鼓励创新,当企业发现自己处于一场艰难的创新竞赛中时,会更加努力地去赢得胜利;(2)生产现有产品的企业之间的竞争鼓励它们找到降低成本或改进产品的方法,其真实目的是“逃避竞争”(escape competition),从而获得更大利润;(3)那些希望在创新后面临更多产品市场竞争的企业,对研发的投资动机就更少了;(4)如果这样做会阻碍其竞争对手的投资研发,那么该企业将有更多的创新动力。^⑯

总体上看,经济学研究结果已经表明,至少在已经高度集中的市场,缺乏竞争会降低企业的创新动力,但不排除个别情况下市场集中度提高也可能对创新动机产生积极影响。研究传达了一个清晰的信号,即竞争与创新的关系是动态而复杂的,它取决于诸多具体条件。譬如,在特定的分析中,运用不同的经济模型得出的结论会存在很大的差别,并且不同行业领域的研发投入水平、研发强度、所处行业结构与发展阶段、制度环境等因素的差异也会导致创新的保护水平和激励程度的不同。^⑰所以我们难以从既有研究中找到强有力的论据为上述经典理论提供普遍而稳定的支撑。有学者甚至直言,创新与市场结构或特定行业的市场力量之间并不存在联系,现有的理论假说和实证研究充其量只能表明两者之间的一种微弱影响。^⑱

(二)反垄断法对经济学论争的超越

经济学研究的聚讼纷纭在客观上影响了反垄断法对创新的认识,要超越当前无休止的经济学论争,反垄断法可从以下两个方面予以回应,并由此建立对创新的全新认识视角,实现对创新的关切。

1. 在分歧中澄清误区

经济学论争的焦点在于何种市场结构或市场集中度最有利于创新,其中既有截然相反的观点(如熊彼特与阿罗之争),又有二者的折中说(如阿吉翁)。

但实际上,西方经济学提出的四种市场结构——完全竞争、垄断竞争、寡头竞争和完全垄断,都不完全与创新有着清晰和稳定的联系。^①种种迹象表明,市场结构与创新不是简单的单向因果联系,而是一种双向互动关系,既可能是市场结构影响了创新,也可能是创新引发了市场结构的变化。这一表现在数字经济市场尤为明显,正是数字技术和商业模式的创新造就了互联网平台的高市场集中度,这种垄断地位的取得是企业创新与竞争的产物,系市场过程所内生,与市场公平竞争、经济运行效率并不矛盾。^②但因过往的经济学研究过于关注市场结构如何影响创新这一单向因果联系,导致了竞争与创新的关系紧张乃至冲突对立,进而否定了反垄断法与创新的联系。^③

其实,经济学意义上的垄断与反垄断法语境下的垄断并非同义,前者更关注市场结构面向的垄断地位,而后者“反”的也不是垄断地位本身,而是滥用垄断地位的行为,旨在为市场中的竞争者(包括创新者)提供发展的机会。在反垄断法视角下,企业基于创新竞争获得的垄断地位不仅合法,而且值得保护,这也是其维护规模经济效益和追求创新效率的重要方式。^④因此,反垄断法承认并保护企业基于创新竞争所取得的垄断地位,不能据此割裂反垄断法与创新的基本联系,忽视竞争与创新的双向互动关系。

2. 在争鸣中凝聚共识

无论采纳何种经济学说,创新都可从反垄断法所维护的竞争机制中受益。如果选择赞成阿罗和阿吉翁的观点,那么反垄断法所保护的竞争是创新的重要驱动力,创新也可在反垄断法所保护的竞争过程中得到激励。即便遵循“熊彼特假说”,具有垄断地位的大企业是创新的重要源泉,反垄断法也并不像其支持者声称的那样对创新毫无作用。相反,反垄断法对熊彼特提出的创造性破坏具有重要的保护作用,因为其激进性质对在位企业的威胁更大,反垄断法可确保创造性破坏的过程不会受到处于破坏风险的在位企业的阻碍。^⑤事实上,熊彼特与阿罗的观点并非完全剑拔弩张,两套理论均认为市场需要通过保持可竞争性、专有性(appropriability)和协同性(synergies)来促进创新,^⑥可竞争性和专有性与创新动

机有关,协同性与创新能力有关。反垄断法所维护的竞争机制和对知识产权“合法垄断”的许可,恰能实现创新所需的市场可竞争性和企业特定的专有性利益,所以,不少国家或地区的反垄断法都明确支持企业的研发合作,甚至可构成卡特尔协议的豁免情形,这有利于实现协同性。

由是观之,反垄断法通过为潜在的创新者(垄断者、竞争者皆可)保持市场开放来保护创新的过程,并致力于防止市场创新活动被反竞争行为所制约,所以有能力成为促进创新的法律工具。其毋需拘泥于垄断还是竞争的市场结构更有利于创新的经济学桎梏,避免以结构性视角作出僵化的前提预设,继而通过积极干预或不干预的方式维持一个所谓最优创新的市场结构,而应基于更广阔的视角理解竞争与创新的关系,将视点对焦在创新的实现过程,专注于保持市场竞争力,保障企业的创新活动不受垄断行为的妨碍,为企业的创新发展营造自由公平的市场竞争环境。申言之,反垄断法需要摆脱基于市场结构分析的静态视角,引入动态化的过程视角来正确理解竞争促进创新、创新加剧竞争的双向及良性互动关系。

二、反垄断法引入创新价值目标的理论基础

(一)创新是否能作为反垄断法的价值目标

创新能否成为反垄断法的价值目标,以及如何理解创新在反垄断法价值目标体系中的定位,需要理论的进一步澄清。追溯反垄断法的诞生史,美国《谢尔曼法》制定之初,在追求机会、效率、繁荣、公正、和谐及自由等价值目标的同时,也追求自然的、多数人共有的、以权利为基础的美好政治经济秩序的愿景。^⑦但随着反垄断理论特别是经济学理论的发展,美国芝加哥学派与民粹主义者围绕反垄断法应追求效率一元价值还是同时兼容多元价值展开了持续半个世纪的争辩。^⑧从目前世界各国反垄断立法及实施情况看,采取多元价值目标体系是主流(通常包括维护市场竞争、提高经济效率和保护消费者福利等)。在数字经济时代,传统反垄断法的价值目标体系受到冲击,将创新作为现代反垄断法主要价值目标乃至优先目标的呼声越发强烈。^⑨尤其是近年兴起的“新布兰代斯学派”(New Brandeis School)在

批判现行美国反垄断执法的基础上,主张应更多关注市场结构和竞争过程,^⑧以及反垄断法对市场创新的影响,^⑨力求通过反垄断来实现保护效率、创新、公平、言论自由等目标。^⑩

但是,创新何以成为反垄断法的价值目标,是存在理论争议的,大抵有“内源价值说”与“外源价值说”两种主张。前说认为,创新本身就被包含在现有的反垄断法价值目标体系中,是反垄断法与生俱来的价值追求。各国反垄断法的立法目的条款虽鲜有明确提及创新价值的目标,但其他目标的实现皆蕴涵了对创新的要求,结果均体现了对创新的促进,反垄断法正是以保护自由公平的市场竞争环境来促进创新和经济发展的,^⑪所以,创新价值是内源于反垄断法的。后说认为,创新可被视为特定市场结构带来的结果,并不是反垄断法的直接价值追求,^⑫反垄断法机构在认定是否构成反竞争行为时,对创新的分析不能作为直接的判断标准和决定性因素,而是基于一项特殊的“政策性价值”(policy value)考量进行的间接分析,^⑬所以,创新是一种值得反垄断法保护的外在价值,是反垄断法为实现创新政策目标而引入的新的独立价值。

上述学说皆需要证成一个共同问题——创新价值在反垄断法中是否具备理论基础?笔者认为,在审视反垄断法的价值目标时,除了应充分挖掘和发展现有的价值理论体系外,还需将创新价值置于反垄断法的整体价值目标体系中加以考察,找寻其存在的理论根基。即便认为创新是源于外部的全新价值主张,也不宜动辄以“政策性价值”为由径直引入,还需进一步考证反垄断法能否堪此“重任”,以及在引入创新价值后,反垄断法的价值目标体系能否自洽。对此,笔者拟从学界通说认为的反垄断法的价值目标切入,即以竞争价值、效率价值和消费者福利价值^⑭等维度,透视创新在反垄断法价值目标体系中的理论根基,并平衡可能发生的价值冲突。

(二)透视反垄断法创新价值的三个维度

1. 作为竞争方式的创新

竞争是市场机制运行的核心,也是反垄断法保护的首要价值。竞争价值的重要性不只体现在竞争机制,更在于其工具性价值的基本属性,即竞争价值

是实现其他价值目标的重要媒介。^⑮因此,保护竞争无疑是反垄断法最为直接的价值目标。^⑯创新是市场竞争的主要驱动力,自然也是企业竞争的重要方式之一,其日益影响市场条件和市场参与者的行为,并深刻改变诸多行业中的竞争样态,不仅带来了新产品和技术,还为生产、销售和分销产品引入了更具效率的新商业模式。^⑰通过技术创新,企业不仅可降低成本、减少投入,还能以有利于自身的方式确定竞争规则(如制定标准),将其领先的技术差距转化为持续存在的竞争优势。^⑱相应地,在产品、工艺、商业模式等方面的创新,可以助推企业摆脱同质化的竞争,走向依靠创新的差异化竞争,为消费者带来更多的选择。在数字经济市场上,创新维度的竞争更加激烈,企业竞争往往是为了市场而不是在市场内竞争,这种“赢者通吃”的竞争格局促使企业相继展开“炫奇争胜”的创新竞赛,产品和服务的创新周期也因此被不断缩短。与其他竞争方式相比,创新竞争具有如下值得反垄断法予以特别关注的特征。

其一,创新竞争是一种非价格竞争。一直以来,反垄断法主要以价格作为衡量竞争的重要参数,例如,在审查经营者集中时,合并双方的竞争限制使合并后的新实体有能力提高价格,通常会被视为具有反竞争效果。价格虽是市场竞争的主要手段,但不是唯一手段,在许多市场中,诸如创新、质量、产品种类多样性甚至隐私等非价格竞争因素,均可能在企业的竞争中发挥作用,影响消费者的购买决策乃至消费者福利。^⑲在以快速创新为主要特征的生物医药、电子信息、新材料、数字经济等领域,企业的基本竞争方式通常是以创新为核心的非价格竞争,具体表现为产品或服务功能的提升、商业模式的改变、技术研发的突破等。

其二,创新竞争是一种动态竞争。在静态竞争的市场条件下,企业需以最低成本和最优资源配置生产出质优价低的产品,从而实现理想的静态效率。^⑳但依创新与动态竞争理论,竞争经济的实现自始至终是一个变动的过程而非一种静态的结果,^㉑且竞争的动态过程比需要实现的静态结果更为重要。创新驱动的竞争即是一种动态竞争,“动态”二字是对激烈竞争活动的生动描述,如产品的显著差异化

和企业对市场变化的快速反应等。在动态竞争中,创新与竞争紧密相连,在位企业不断被创新型企业所取代,这种潜在的竞争压力会激励企业对其产品、服务、工艺等加以改进或推陈出新,进而形成动态竞争的局势。^⑫

概而言之,创新竞争是一种良性竞争方式,无论从竞争的激烈程度,还是从消费者的选择范围与受益程度看,动态的创新竞争都优于同质产品间的静态价格竞争,理应为反垄断法所鼓励与支持。事实上,美欧等国家或地区的反垄断执法机构在经营者集中控制制度的实践中已经开始考虑创新竞争这一因素。2004年欧盟发布的《横向并购指南》指出,经营者集中控制制度既考虑参与合并企业之间的竞争损失,也考虑其他非合并企业竞争压力的减少,其中需要分析的竞争效果之一是“对创新的影响”,并将创新减少所造成的竞争损害置于与价格上涨或产量减少同等重要的地位。^⑬指南的引言部分也明确提出,“价格上涨”被用作并购可能导致竞争损害的各种方式的“简写”,其引申内容包括了不断减少的创新。根据指南的规定,在创新是一种重要竞争力量的市场中,并购可提高公司将创新引入市场的能力和动力,增加竞争对手在市场中创新的竞争压力。2010年美国《横向合并指南》同样指出:“执法部门会考虑一项合并是否可能通过鼓励合并后企业将其创新努力降低至不合并时水平之下,来减少创新竞争。”^⑭

2. 作为动态效率的创新

在芝加哥学派看来,效率是反垄断法的终极目标乃至唯一目标。^⑮即使在采纳反垄断法多元价值目标体系的国家或地区,提高经济效率也是一项被普遍认同的价值。效率是一个广义的经济学概念,理论上可被界定为静态效率范畴的生产效率、配置效率和动态效率范畴的创新效率三个部分。^⑯生产效率是通过利用现有技术条件以最具成本效益的资源组合生产商品或提供服务来实现的,它直接影响未来社会财富的增长。^⑰配置效率则追求投入最佳组合的要素产出最优的产品数量,以达到资源分配的理想状态,实现帕累托最优效率。^⑱当商品或服务以边际成本或增量成本定价时,配置效率便实现了

社会福利在某一固定时间点上的最大化。^⑲由于生产效率和配置效率均属于静态概念,难以反映经济创新、制度变迁等因素对效率的影响而逐渐受到理论的批判,此后的新奥地利学派和新制度经济学提出了动态效率的概念,进一步发展了效率理论。^⑳所谓动态效率,亦称创新效率或技术进步,是指通过新产品的发明、开发和传播以及增加社会福利的生产过程来实现的效率。^㉑创新效率之所以是一种动态效率,乃因其着眼于随时间推移而发生变化的市场,并引发对创新和经济增长的关注,当企业促进技术变革和创新时,动态效率就会产生。

现实中,各国反垄断法并未明确其追求的经济效率为哪一种效率,从目前反垄断经济学分析的理论基础看,其一般被理解为静态的配置效率和生产效率,^㉒但这并不表明反垄断法不追求创新效率。在促进经济增长方面,动态效率要比静态效率更为显著,至少是与静态的生产效率和配置效率同等重要,所以很早便有学者呼吁应将其作为反垄断法的价值目标之一。自21世纪初以来,创新经济学的发展为反垄断政策和反垄断法理论注入了新鲜血液,形成了所谓的“创新学派”(The Innovation School)。^㉓该学派认为,新古典主义的芝加哥和后芝加哥学派过于关注静态的短期配置效率,未意识到动态市场和创新的重要性。尽管市场有时候存在均衡状态,但在新的知识经济体系中,随着企业市场份额的增加,这种均衡会转瞬即逝。^㉔创新型企业的进入、颠覆性创新的发生、商业模式的变化等都会不断影响市场,使其难以维持持续稳定的状态,特别是在创新水平较高的行业,这一现象尤为普遍。^㉕此际,反垄断法应该更多地关注市场中潜在的动态性和破坏性影响,把关注焦点转移到创新效率上,通过强调创新的重要地位来实现实际产出的增长,而不仅仅是在静态环境中分析和研判短期价格所衡量的消费者福利及配置效率的得与失。^㉖实际上,多数情况下,因配置效率低下所造成的损失与创新的收益相形见绌,反垄断法不必为此过于担忧。

当然,如何测量动态效率也是反垄断法实施中面临的一个重要问题。在前述三种经济效率中,最易测量的是生产效率,其次是配置效率,最重要的创

新效率却是最难测量的,^⑤这也解释了将反垄断法中的经济效率分析局限于静态效率的现实原由。因为反垄断经济学家很容易测量出一种反竞争行为如何降低产量和抬高价格,但可能无法预测垄断者的创新收益是否会远远大于这些短期的损失。^⑥尽管如此,鉴于创新在促进经济增长和社会福利方面的重要性,反垄断法仍应考虑推进动态的创新效率,至少不应该只片面地关注配置效率和生产效率。

3. 作为消费者福利目标的创新

保护消费者福利同样是反垄断法的重要价值目标,一些国家甚至将其作为最高立法宗旨。“消费者福利”的概念最早由美国芝加哥学派的代表人物罗伯特·博克(Robert Bork)法官提出,其认为反垄断法的立法目的是通过提升整体经济效率来促进消费者福利,^⑦但该观点一经提出即被质疑。批评者认为,这歪曲了反垄断法的立法历史,错误地将“消费者福利”与“总效率”(或“总福利”)的概念混淆,^⑧其真正关心的并不是消费者利益,而是经济效率的提升,同时也排挤了反垄断法的其他合法目标。受此影响,美国学界和司法实务曾一度出现了“消费者福利”术语误用的混乱状态,时而指代经济效率,时而指向特定的消费者利益。^⑨后芝加哥学派提出了与芝加哥学派不同的主张,以“消费者剩余”(即消费者支付意愿与购买价格间的差值)作为消费者福利的判断标准。^⑩通常情况下,市场竞争越激烈,产品的价格就越接近生产成本,当竞争促使利润保持在较低水平时,消费者的购买意愿也随之增强,从而增加了消费者剩余。^⑪这种消费者福利观实则是要求效率收益能够传递给消费者,并使消费者切实获得财富转移,故而也被称为“纯粹消费者福利”或“真正的消费者福利”。^⑫

当前,美国和欧盟反垄断实践采取的消费者福利是消费者剩余意义上的福利,而非效率意义上的福利。^⑬但无论采取何种定义,其对消费者福利的分析框架均建立在产出价格变化的基础上,这种以价格为中心的分析范式可能会产生扭曲的效果。特别是在数字经济时代,互联网平台企业对消费者实行免费的定价策略尤为普遍,此时的消费者福利更多体现在诸如创新、质量、隐私、自由选择权等非价格

因素上,^⑭既有的分析框架根本无法捕捉这些因素的变化和受影响程度。对消费者而言,其关心的不仅是短期的竞争性定价,同时也需要更优质的产品和更多的选择范围,这就要求反垄断法更加注重非价格维度的消费者福利目标,创新即为其中最关键的目标之一。

依托技术创新,企业不仅可以降低生产成本和提高生产效率、配置效率,同时,创新本身所具有的动态效率特质对提升消费者福利和社会总福利也具有重要作用。创新的过程刺激活跃了市场,有助于抵消边际收益的递减,^⑮创造更多的消费者剩余,由此带来的福利收益总体上也比提高配置效率所产生的收益大许多。^⑯此外,从消费者最本质的利益诉求观之,消费者福利的提升一定程度上还取决于效用的提升,而这有赖于创新及其对消费者偏好的影响。^⑰创新能为消费者提供独特的价值主张,随着新产品的进入和旧产品的退出,以及新旧商业模式的更迭,消费者将获得更好的体验,其得到的满足程度(即消费效用)也必然增加,这也有益于实现福利的最大化。可见,市场的创新和竞争都旨在促进消费者福利目标的实现。

综上,创新价值内生于反垄断法既有的价值目标体系之中。动态竞争和动态效率均来自创新,而创新又会进一步提升消费者福利,追求创新价值本是反垄断法的题中应有之义。

(三)平衡创新与反垄断法多元价值的冲突

明晰了反垄断法追求创新价值目标后,进一步讨论如何平衡创新与反垄断法多元价值的关系成为必要,这既是对反垄断法价值目标体系自洽性的证成,也有利于指导具体制度规则的建构,以更好地贯彻和实现反垄断法的价值目标。

目前的反垄断法价值目标对创新有着很高程度的包容性。^⑱从内部视角考察,创新竞争、创新效率和创新带来的消费者福利本身就是反垄断法竞争价值、效率价值和消费者福利价值中的重要维度。当某一价值内部发生冲突时,依前述基本认识,创新维度的竞争、效率和福利相比于其他维度或形式的竞争、效率和福利能够实现更优的效果,理应得到优先考虑和适用。申言之,动态的创新竞争优于静态竞

争,动态的创新效率优于静态的生产效率和配置效率,创新带来的消费者福利优于价格等其他因素产生的福利,此也是平衡价值目标内部冲突的基本逻辑。

如若将创新抽象为反垄断法的独立价值目标,还需要处理好其与竞争价值、效率价值和消费者福利价值的外部平衡与协调。反垄断法多元价值目标之间本是相互促进且彼此独立的,当出现不一致时,需依具体情况决定冲突价值之间的优先适用顺序,以平衡的方式进行协调,^①不宜抽象化地一概而论,将多元价值目标作简单的位阶排序。

在反垄断法的制度框架下,可能涉及创新与其他价值目标冲突的情形有以下两种:一是限制竞争效果分析中的创新损害与竞争损害的关系。反垄断法的竞争法属性决定了其保护竞争是最根本和最直接的价值追求,效率价值、消费者福利价值或是创新价值都是通过竞争机制实现的,所以促进创新的本质并非反垄断法的直接价值目标,而是保护竞争所带来的衍生目标或间接目标。反垄断法的介入和干预必须以竞争机制受损为必要前提,但因现实中测量竞争机制的损害并非易事,为使判断标准更具可操作性,通常会用其他价值受损作为竞争损害的替代,并以在抽象层面建立二者的因果联系为前提。^②依此逻辑,创新损害实际上是判断竞争机制受损的替代指标,与价格提高、产量减少、消费者福利减损等都属于衡量竞争损害的外在指标。可见,反垄断法所追求的创新价值有其限度,只有通过限制竞争的行为方式造成的创新损害,才是其介入和调整的前提要件,而非基于竞争机制受损所造成的创新损害,将无法在其框架下得到救济。所以说,创新损害实际上是竞争损害的一个例证,而不是一套独立的损害理论,这进一步说明了创新与竞争在反垄断法中并非平行的价值选择,创新价值不能脱离竞争价值的范畴而独立实现。二是创新作为限制竞争行为的抗辩(豁免)事由。反垄断法确立抗辩制度(主要是效率抗辩)的根因在于解决竞争与其他价值目标之间的冲突问题。当有充足理由证明反垄断法的其他价值目标在限制竞争中能够得到更好的实现,则可以据此作出抗辩,成为限制竞争的正当化事由,以寻

求反垄断执法机构的豁免。^③创新在反垄断法中也可被确定为一项抗辩事由,特别是在经营者集中控制制度中,企业合并对创新会产生积极的影响,如通过合并实现科学知识与技术资源的互补以及研发与生产的规模化,从而促进产品创新、技术创新、工艺创新和增量创新。^④此际,反垄断执法机构需要在这种创新效益与竞争限制间做出权衡,倘若并购后的新实体较之前能更有效地从事创新活动,应允许其构成合理抗辩事由,以平衡创新价值与竞争价值的冲突。当然,此类抗辩应有严格限制的理由,如欧盟《横向并购指南》规定的消费者可从新的或改进的商品(服务)中受益。^⑤但是,要将创新作为抗辩理由,参与合并的各方还须证明这种创新效率的积极效果可以传递给消费者,同时这种效率是可验证且只能通过并购实现的。^⑥

此外,针对竞争者之间的横向研发合作,同样存在创新与竞争的价值冲突及其平衡问题。产品、工艺和技术创新需要企业合作,这有助于产生协同效应,实现研发的经济性,分散研发失败的风险,但建立在竞争者之间的合作(通常以研发合作协议为联结)亦可能带来合谋的隐患。如何权衡由研发合作产生的创新收益以及由此造成的竞争损失,本质上就是反垄断法对创新与竞争价值的平衡。从欧美发布的涉及研发合作协议的相关法案、指南、豁免条例等可以看出,在不严重损害市场竞争的前提下,反垄断法鼓励支持旨在创新的横向研发合作协议,尽管其在形式上甚至部分协议内容上可能构成竞争限制。^⑦

三、反垄断法促进创新功能效果的实现方式

(一)创新功能是反垄断法自身所具有的可行性能力

前文探求创新乃反垄断法的内源价值,求证了反垄断法引入创新价值目标的应然性,但反垄断法如何实现创新价值追求、如何产生促进创新的功能效果,则是对该问题可行性的必要论证。也就是说,反垄断法的实施过程是竞争机制发挥作用的过程,其通过塑造有利于创新的内部条件和外部环境,具有间接促进创新的可行性能力,即反垄断法通过维护市场竞争机制来实现其促进创新的功能。

1. 施加创新竞争压力, 激发创新动力

竞争是创新发展的原动力, 反垄断法通过维护有效的市场竞争机制, 从根本上促进了创新。企业为获取市场份额和有限的资源而展开各种形式的竞争活动很大程度上包含了创新维度的竞争。正如竞争可以促使价格下降或质量提高一样, 来自实际或潜在竞争对手的竞争压力也可以成为创新驱动力, 迫使企业投身于产品研发活动, 通过不断改进生产工艺, 创新商业模式和组织制度, 在激烈的市场竞争中谋求生存与发展的空间。同时, 市场竞争水平的提高还会加速全要素生产率的增长, 并对生产成本形成下行压力, 鼓励企业通过创新来提高生产效率。可以说, 参与竞争的市场主体越多, 企业面临的创新竞争压力就越大, 特别是在创新活动频繁的行业领域(如数字经济市场), 即便是长期保持较高市场份额的垄断企业, 也会受到创新竞争的制约, 激励其不断开展研发活动。^⑧基于此种考量, 德国在2018年第九次修订《反对限制竞争法》时就将“创新驱动的竞争压力”(innovation-driven competitive pressure)作为了认定平台经营者市场支配地位的重要考量因素(第18条第3a款)。

2. 优化创新资源配置, 提升创新效率

创新的本质是一个集破坏性、风险性和高成本等特征于一身的变革过程,^⑨其与发明的最本质区别在于, 发明仅是提出一种新产品或新工艺的设想, 而创新则是将发明引入广泛的实际应用当中。^⑩欲实现这种转化, 企业要将创新所需的各种资源要素有机组合并成功地推向市场。一般认为, 与创新过程直接相关的资源要素包含知识信息、技术人才、研发资本等,^⑪在数字经济时代, 数据和算力也逐步成为创新资源和驱动经济发展的基础要素。^⑫囿于创新资源的有限性和高投入成本, 优化创新资源在不同部门或企业之间的配置对于提升创新效率具有重要意义,^⑬但是, 市场中的垄断力量会加剧创新资源在不同主体间的配置失衡。为了巩固和强化市场支配地位, 垄断企业会阻碍资源要素的自由流动, 抑或设置进入壁垒以消除创新者的竞争威胁, 这些做法不仅会降低其自身的创新动机, 而且会窒息竞争者的创新活力, 最终导致创新效率的丧失。^⑭反垄断法旨

在保障自由公平竞争的市场环境, 有利于打破垄断企业设置的不必要行业壁垒, 并通过竞争机制推动创新要素自由、高效地流动, 实现创新资源在不同所有制、不同经营规模、不同行业领域、不同地域空间的经营者之间合理的配置, 无疑是提升创新效率的重要法律工具。

3. 破除垄断因素制约, 拓展创新空间

近年来, 平台经济领域的垄断问题日益突出, 一些超级平台滥用市场支配地位, 阻碍、排斥其他经营者的创新活动, 对市场的创新和竞争造成了不可挽回的损害。例如, 受到广泛关注的扼杀型并购问题, 大型数字平台采取持续并购创新型初创企业, 以达到消除潜在竞争和创新、巩固其市场支配地位之目的, 这不仅会直接导致市场的创新来源减少, 还会在风险投资领域形成“杀戮地带”, 进而影响初创企业的融资对创新造成间接减损。^⑮为此, 2021年国务院反垄断委员会发布了《关于平台经济领域的反垄断指南》, 将“激发创新创造活力”作为平台经济领域反垄断监管的基本原则, 指出要防止和制止排除、限制竞争行为抑制平台经济创新发展和经济活力, 激发平台企业的创新动力, 拓展其创新活动的空间(第3条)。这种经济性垄断行为对创新的制约并非平台经济领域所独有, 同样存在于传统行业领域及知识产权领域。而行政主体利用行政权力限制、排除竞争的行为也会扭曲市场竞争和抑制创新。所以, 只有营造公平、开放、透明的市场环境, 充分保障每个经营者都有参与公平竞争的机会, 才能最大限度地调动其投身创新竞争的积极性, 激发市场的创新活力。而如何强化反垄断法的实施便成为工作的重中之重。

(二) 正确认识反垄断法创新功能的边界

尽管反垄断法所维护的竞争机制有利于创新, 但不代表竞争越充分越好。有效发挥反垄断法对创新的促进作用, 还需要正确认识反垄断法实现创新功能的边界与限度。现代反垄断法早已确立有效竞争而非完全竞争的追求目标, 适度是有效竞争的必要前提。^⑯通过竞争优化资源配置和最大限度地推动企业的创新活动, 需要反垄断法在消除垄断因素的同时保留某些必要的垄断因素,^⑰防止因过度反对

垄断导致规模经济效益的丧失,削弱企业依靠创新竞争获取合法垄断地位的动机。在对创新型企业进行反垄断法分析时,更重要的是据其所属行业的实况,剖析竞争强度如何影响创新速率以获得动态效率,避免因反垄断法过度干预导致的矫枉过正。^⑧是故,反垄断法在创新市场的适用应当有其限度,过度竞争并不会产生更多、更优质的创新,只会得到适得其反的结果。

同时,在促进和保障创新发展的法律体系内,不同部门法对创新的功能效果也应有其边界,故而反垄断法还需做好与知识产权法、反不正当竞争法等其他具有创新功能法律的协调。企业从创新中获得的竞争优势会随其他经营者的竞相模仿而被削弱,知识产权法和反不正当竞争法因具有界定模仿边界和保护创新成果之作用,从而具备了保护和激励创新之功能。^⑨创新甚至构成知识产权法的主导性价值,其通过赋予创新者对其创新成果的排他性权利,为创新者提供了最经济、有效和持久的创新激励。^⑩但是,这种创新激励需要控制在适度的范围内,不当地行使排他性权利则可能会阻碍其他经营者进入市场和从事创新活动,特别是不当行使超出反垄断法的底线并产生反竞争效果时,就会构成滥用知识产权排除、限制竞争的行为,受到反垄断法的规制。对于知识产权正当行使的边界及其与反垄断法的协调,在国务院反垄断委员会2019年印发的《关于知识产权领域的反垄断指南》中已有细化阐释。除此之外,反不正当竞争法也是保护知识产权的重要方法,其为知识产权提供补充或兜底的保护,^⑪即为无法受到知识产权法保护的知识产权和商业标记等提供保护,因而与知识产权法构成了一般法与特别法的关系。

不难看出,三法均具有保护竞争和创新的共同愿景,但实现创新功能效果的方式存在显著差异。知识产权法和反不正当竞争法是通过保护创造者的知识成果来激励创新,对创新产生的是直接的作用效果。反垄断法则是通过维护市场竞争机制来促进创新,需要借助竞争的媒介方能实现,对创新产生的是间接的作用效果。这同样表明,反垄断法对创新的作用是有边界的,其对创新的考量需要回到竞争

效果的分析框架下进行。

四、余论:创新视角下我国《反垄断法》第1条的修订

由于当前对市场结构与创新关系的研究并不明朗,所以反垄断法不宜通过直接干预市场结构的方式来刺激创新,而应重点关注创新实现的过程,通过专注于维护市场竞争机制来塑造有利于创新的内部条件和外部环境,确保企业的创新活动不受垄断行为的妨碍,从而达到间接促进创新的目的。所以说,在反垄断法中,促进创新是一种行为性而非结构性的事项,还需要进一步完善反垄断法实体制度的分析框架,以更好地考量创新因素。

(一)《反垄断法》引入创新价值目标的必要性

党的十八大以来,创新驱动发展被全面提升至我国的优先战略,加快形成以创新为主要引领的经济体系,成为推动我国经济高质量发展的根本动力与核心支撑。2015年出台的《关于深化体制机制改革加快实施创新驱动发展战略的若干意见》明确指出,发挥市场竞争激励创新的根本性作用,营造公平、开放、透明的市场环境,是创新驱动发展战略实施的重要内容。为此,强化反垄断法的实施,维护市场竞争机制不被扭曲,成为促进创新发展的重要法治保障。

立法目的是反垄断法实施的内在动因,直接关涉反垄断法的实施效果。如何在《反垄断法》中引入对创新的价值追求,如何科学、合理地设计立法条文,是修法亟待解决的问题。承前所述,创新本身已暗含在反垄断法的价值目标体系和一些条款中,是反垄断法隐而不彰的价值追求,但在数字经济时代有必要将其在立法目的条款中明示并确立为反垄断法独立的价值目标。

反垄断法价值目标的选择不仅取决于法律本身的应然价值,客观上还会受其所处历史阶段经济发展目标和发展水平、市场秩序与产业结构状况、国际竞争环境和相应的主流经济理论等因素的影响,^⑫而且价值目标的选择和侧重应随社会经济条件的改变而进行调整,方能体现和回应现实需求。在我国经济由高速增长转向高质量发展的新阶段,确保竞争与创新的良好互动关系,是促进我国经济高质量发

展的必要条件。^⑤在创新行业领域尤其是数字经济市场,竞争与创新的关系日益统一、密不可分,竞争促进了创新,创新反之加剧了竞争,其不仅激发了市场主体的创造活力,为市场经济注入动态效率,更成为提升消费者福利和社会总福利的关键因素。与此同时,对创新的限制要求也日益增加,其对市场造成的损害较之于价格固定和产量限制等传统卡特尔更甚,申言之,相比于传统行业领域,数字经济市场的技术创新、产品创新和商业模式创新往往是一种破坏性创新(disruptive innovation),^⑥不仅能满足现有市场中消费者的需求,还能进一步发掘潜在市场,满足消费者更高层次的需求,进而推动数字经济的整体变革。面对这种破坏性创新可能造成的市场颠覆,一些大型互联网平台或是无序收购创新型初创企业,以消除市场中的潜在竞争威胁,或是滥用其市场支配地位,以一种利己的方式设定竞争条件,破坏新进入者和潜在挑战者的商业模式,严重阻碍和限制了数字经济领域的创新。

如果说创新是驱动数字经济高质量发展的内核,那么反垄断法及其维护的竞争机制则是推动数字经济持续创新和规范健康发展的重要法治保障。在数字经济时代,为企业创新营造良好的竞争环境成为反垄断法的重要使命之一,而创新在反垄断法中的独立化地位更加突显,并构成反垄断法主要的乃至优先的价值目标。因此,在立法目的条款中引入对创新价值目标的追求,既是反垄断法回应当下数字经济发展的现实需要,更是反垄断法时代性的彰显。

(二)《反垄断法》第1条修订的具体建议

《〈反垄断法〉修正草案》第1条在现有规定中新增了“鼓励创新”的目标,即“为了预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争,鼓励创新,提高经济运行效率,维护消费者利益和社会公共利益,促进社会主义市场经济健康发展,制定本法。”仔细推敲不难发现,“鼓励创新”的表述更多的是一种价值宣誓,是反垄断法面向新技术、新产业、新业态和新模式应坚持的一项监管原则或执法政策,^⑦而非反垄断法立法目的和价值目标本身。“鼓励创新”要求反垄断执法机构秉持谦抑理念,鼓励和包容市场主体的创新行为,通

过审慎执法给予市场主体必要的“试错”空间,由此避免“过度执法”造成的假阳性错误。但试问,知识产权法、反不正当竞争法,乃至民法、行政法等,哪一部法律不鼓励创新?那么,鼓励创新都可以成为这些部门法的立法目的或价值目标吗?很显然,从反垄断法实施层面倡导的“鼓励创新”并未能从根本上揭示反垄断法与创新的关系,未能阐释竞争与创新的交互关系以及竞争作用于创新的深层机理,难以构成反垄断法的立法目的。并且,若将“鼓励创新”作为反垄断法的立法目的,还有可能对反垄断法和司法实践造成干扰,即为了鼓励和包容创新选择不适用反垄断法,听之任之,从而不当地“激励”企业假以创新之名,行其垄断之实。

创新之所以能成为反垄断法的立法目的,乃因反垄断法所维护的竞争机制是促进创新的重要手段之一。在反垄断法的框架下,创新价值目标的实现依赖于反垄断法全面有效的实施和市场竞争机制得到坚决的维护,而不是为了鼓励和包容创新选择不适用反垄断法。因此,将“鼓励创新”改为“促进创新”更为恰当,这也是目前其他国家反垄断立法的惯常做法。^⑧

此外,还需注意厘清创新与反垄断法其他立法目的之间的层次关系。如何把握立法目的本身的层次,是洞悉立法宗旨精神、平衡立法价值目标的前提。反垄断法的多元价值追求决定了该法的立法目的条款必然包含多项立法目的,这就需要通过精确的立法语言,按照它们的重要程度和逻辑关联进行恰当的顺位排列,以形成协调有序的立法价值目标体系。^⑨根据《立法技术规范(试行)(一)》的要求,立法者可遵循由小及大、由近及远、由直接到间接的逻辑顺序,在反垄断法的立法目的之间形成了一种递进的层次关系。

从现行《反垄断法》第1条的立法条文看,“预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争”是竞争价值的体现,也是反垄断法的首要价值和直接目的,应位居立法目的条款的第一层次。但竞争价值并非反垄断法的终极追求,反垄断法通过维护竞争机制,进而提高经济运行效率,惠及全体消费者,最终促进社会主义市场经济健康发展,这些都是由直接目的保护市

市场竞争而引发的其他立法目的,可谓反垄断法的间接目的或终极目标,应位居立法目的条款的第二层次。由于反垄断法中的创新价值无法脱离竞争机制而孤立实现,因而促进创新亦是反垄断法的间接目的和终极目标之一。考虑到促进创新可进一步产生动态经济效率并为消费者带来福利,其在第二层次的间接立法目的中居于前置位排序更符合立法逻辑。此外,为充分体现反垄断法对创新的促进以及其他间接立法目的均是通过维护竞争机制实现的,可参阅《中国人民银行法》第3条“货币政策目标是保持货币币值的稳定,并以此促进经济增长”的表达方式,在“保护市场公平竞争”后使用“并以此”作为衔接,能够清晰地呈现反垄断法立法目的之间的递进层次关系。

综上,建议将第1条修改成:“为了预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争,并以此促进创新,提高经济运行效率,维护消费者利益和社会公共利益,促进社会主义市场经济健康发展,制定本法。”

注释:

①参见孙晋:《数字平台的反垄断监管》,载《中国社会科学》2021年第5期,第105页。

②参见王先林、方翔:《平台经济领域反垄断的趋势、挑战与应对》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2021年第2期,第89页。

③例如,2001年王先林教授出版了我国知识产权法与反垄断法交叉领域的第一本专著《知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断问题研究》(法律出版社2001年版)。

④包括经济学、管理学、历史学、社会学、哲学、地理学、生物学、工程学等。参见张治河、潘晶晶:《创新学理论体系研究新进展》,载《工业技术经济》2014年第2期,第151页。

⑤熊彼特对“创新”的理论阐释是把一种从未有过的关于生产要素和生产条件的“新组合”引入生产体系,并在技术创新的维度得到了新发展。参见[美]约瑟夫·熊彼特:《经济发展理论》,何畏、易家祥等译,商务印书馆2019年版,第76页;张凤海、徐丽娜、侯铁珊:《关于技术创新概念界定的探讨》,载《生产力研究》2010年第3期,第26页。进入21世纪,以经合组织(OECD)发布的《奥斯陆手册》(Oslo Manual)为基础,全球范围内对“创新”的认识趋于一致,认为创新是指实施新的或显著改进的产品(货品或服务)、工艺流程、新的营销方法或新的组织方法,包括产品创新、工艺创新、营销创新和组织创新等。它们或通过最具“破坏性”的方式进行,为新产品创造全新

的市场,或通过渐进、连续的方式进行,从而改变现有市场的竞争格局。See OECD, Oslo Manual: Guidelines for Collecting, Reporting and Using Data on Innovation(4th Edition), <https://www.oecd.org/science/oslo-manual-2018-9789264304604-en.htm>, last visit on Oct.30, 2021; European Commission, Competition Policy Brief, EU Merger Control and Innovation, April 2016, http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2016/2016_001_en.pdf, p.2, last visit on Oct.30, 2021.

⑥See Wolfgang Kerber, Competition, Innovation, and Competition Law: Dissecting the Interplay(Oct.6, 2017). MAGKS Joint Discussion Paper Series in Economics, 42-2017, <https://ssrn.com/abstract=3051103>, last visit on Oct.30, 2021.

⑦See Markus Glader, Innovation Markets and Competition Analysis, EU Competition Law and US Antitrust Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, p.59.

⑧See Ioannis Kokkoris & Tommaso Valletti, Innovation Considerations in Horizontal Merger Control, 16 Journal of Competition Law & Economics, 2020, p.223.

⑨See Kenneth J. Arrow, Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention, in R. Nelson, The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors, Princeton University Press, 1982, p.609-626.

⑩See Jonathan B. Baker, Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation, 74 Antitrust Law Journal, 2007, p.578.

⑪同前注⑤, European Commission文, 第2页。

⑫参见雷鹏飞:《菲利普·阿吉翁对创新经济学的贡献》,载《国外社会科学》2020年第3期,第73-74页。

⑬See Philippe Aghion, Nick Bloom, Richard Blundell, Rachel Griffith & Peter Howitt, Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship, 120 Quarterly Journal of Economics, 2005, p.701-727.

⑭See Philippe Aghion, Stefan Bechtold, Lea Cassar & Holger Herz, The Causal Effects of Competition on Innovation: Experimental Evidence, NBER Working Paper No.19987(2014), <https://www.nber.org/papers/w19987.pdf>, last visit on Oct.30, 2021.

⑮See Giulo Federico, Horizontal Mergers, Innovation and the Competitive Process, 8 Journal of European Competition Law & Practice, 2017, p.668.

⑯See Carl Shapiro, Competition and Innovation, Did Arrow Hit the Bull's Eye?, in Josh Lerner & Scott Stern, The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited, University of Chicago Press, 2002, p.362.

⑰See Raymond DeBondt & Jan Vandekerckhove, Reflections on the Relation Between Competition and Innovation, 12 Journal of Industry Competition and Trade, 2010, p.7-19.

⑱See J. Gregory Sidak & David Teece, Dynamic Competition in Antitrust Law, 5 Journal of Competition Law and Economics,

2009, p.599.

①参见[德]乌里希·施瓦贝尔、丹尼尔·齐默尔:《卡特尔法与经济学》,顾一泉等译,法律出版社2014年版,第25、32、39、55页。

②参见陈林、朱卫平:《创新竞争与垄断内生——兼议中国反垄断法的根本性裁判准则》,载《中国工业经济》2011年第6期,第13页。

③尤以熊彼特假说的信奉者为典型代表。他们认为,反垄断法对创新没有多大作用,因为垄断对创新是必要的,且垄断只是暂时的,其会在创造性破坏的过程中被迅速取代。参见韩伟主编:《数字市场竞争政策研究》,法律出版社2017年版,第25页。

④参见王先林:《反垄断法与创新——兼论反垄断与保护知识产权的协调发展》,载《法学》2016年第12期,第52页。

⑤See Howard A. Shelanski, Information, Innovation, and Competition Policy for the Interact, 161 University of Pennsylvania Law Review, 2013, p.1693.

⑥同前注④, Carl Shapiro文,第361-410页。

⑦参见[美]欧内斯特·盖尔霍恩、威廉姆·科瓦契奇、斯蒂芬·卡尔金斯:《反垄断法与经济学》(第5版),任勇等译,法律出版社2009年版,第36页。

⑧参见叶卫平:《反垄断法的价值构造》,载《中国法学》2012年第3期,第135页。

⑨See Ariel Ezrachi, Mariateresa Maggolino, European Competition Law, Compulsory Licensing, and Innovation, 8 Journal of Competition Law & Economics, 2012, p.595-614.

⑩参见陈永伟:《从布兰代斯法官到“新布兰代斯主义”》, <http://www.eeo.com.cn/2021/0731/496974.shtml>, 2021年8月1日访问。

⑪参见韩伟:《创新在反垄断法中的定位分析》,载《中国物价》2019年第8期,第41页。

⑫参见唐要家:《数字平台反垄断的基本导向与体系创新》,载《经济学家》2021年第5期,第84页。

⑬同前注⑫,王先林文,第52页。

⑭See Paul Nihoul, Pieter Van Cleynbreugel, The Roles of Innovation in Competition Law Analysis, Edward Elgar Publishing, 2018, p.7.

⑮See Pablo Ibáñez Colomo, Restrictions on Innovation in EU Competition Law, 41 European Law Review, 2016, p.201-219.

⑯参见王晓晔:《我国反垄断立法的宗旨》,载《华东政法大学学报》2008年第2期,第98-102页。

⑰同前注⑯,叶卫平文,第138页。

⑱参见王先林:《论反垄断法的基本价值》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2002年第6期,第15页。

⑲同前注⑱, Paul Nihoul/Pieter Van Cleynbreugel书,第33-34页。

⑳参见张杰军:《反垄断、创新与经济发展》,知识产权出

版社2008年版,第42-43页。

㉑See OECD, Considering Non-price Effects in Merger Control-Background Note by the Secretariat(6 June 2018), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)2/en/pdf), last visit on Oct.30, 2021.

㉒See Ioannis Kokkoris, Innovation Considerations in Merger Control and Unilateral Conduct Enforcement, 8 Journal of Antitrust Enforcement, 2020, p.56.

㉓参见王先林:《竞争法学》(第3版),中国人民大学出版社2018年版,第12页。

㉔参见周万里:《数字市场反垄断法——经济学和比较法的视角》,载《中德法学论坛》2018年第1期,第42页。

㉕See Guide lines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concent rations between undertakings("HMG"), Official Journal C31, 5.2.2004, para.8.

㉖Horizontal Merger Guidelines by Department of Justice and Federal Trade Commission on August 19, 2010, Section 6.1.

㉗参见[美]理查德·A.波斯纳:《反托拉斯法》(第2版),孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,第3页。

㉘同前注⑱,乌里希·施瓦贝尔、丹尼尔·齐默尔书,第6页。

㉙See Joseph F. Brodley, The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress, 62 New York University Law Review, 1987, p.1025.

㉚See Herbert Hovenkamp, Distributive Justice and the Antitrust Laws, 51 George Washington Law Review, 1982, p.5.

㉛同前注⑲, Joseph F. Brodley文,第1020页。

㉜参见车圣保:《效率理论述评》,载《商业研究》2011年第5期,第31页。

㉝同前注⑲, Joseph F. Brodley文,第1025页。

㉞同前注⑲, 王晓晔文,第99页。

㉟参见李胜利:《美国联邦反托拉斯法百年:历史经验与世界性影响》,法律出版社2015年版,第122-123页。

㊱See Robert D. Atkinson, David B. Audretsch, Economic Doctrines and Approaches to Antitrust, The Information Technology & Innovation Foundation, January 2011.

㊲同前注⑲,王先林、方翔文,第90页。

㊳See Dina I. Waked, Antitrust Goals in Developing Countries: Policy Alternatives and Normative Choices, 38 Seattle University Law Review, 2015, p.994.

㊴同前注⑲, Joseph F. Brodley文,第1031页。

㊵See Herbert J. Hovenkamp, Schumpeterian Competition and Antitrust, Faculty Scholarship at Penn. Law 1788(2008).

㊶See Roger D. Blair & James M. Fesmire, Maximum Price Fixing and the Goals of Antitrust, 37 Syracuse Law Review, 1986, p.43.

⑩ See Robert H. Lande, A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing TheR from Consumers, and Consumer Choice, 81 Fordham Law Review, 2013, p.2349-2354.

⑪ 参见张永忠:《反垄断法中的消费者福利标准:理论确证与法律适用》,载《政法论坛》2013年第3期,第103页。

⑫ 参见任剑新:《美国反垄断思想的新发展——芝加哥学派与后芝加哥学派的比较》,载《环球法律评论》2004年第2期,第237页。

⑬ See Albert Allen Foer & Arthur Durst, The Multiple Goals of Antitrust, 63 The Antitrust Bulletin, 2018, p.508.

⑭ 参见张江莉、张镭:《平台经济领域的消费者保护——基于反垄断法理论和实践的分析》,载《电子政务》2021年第5期,第22-23页。

⑮ 参见兰磊:《反垄断法上消费者利益的误用批判(上)》,载《竞争政策研究》2016年第5期,第69页。

⑯ 同前注⑩,唐要家文,第86页。

⑰ See Ariel Ezrachi, EU Competition Law Goals and The Digital Economy, Oxford Legal Studies Research Paper No.17/2018, <https://ssrn.com/abstract=3191766>, last visit on Oct.30, 2021.

⑱ See Robert M. Solow, Technical Change and the Aggregate Production Function, 39 Review of Economics and Statistics, 1957, p.312-320.

⑲ 参见袁嘉、梁博文:《有效创新竞争理论与数字经济时代反垄断法修订》,载《竞争政策研究》2020年第3期,第28页。

⑳ 参见叶卫平:《反垄断法应鼓励创新》, <http://www.mzyfz.com/index.php/cms/item-view-id=1430124>, 2021年7月25日访问。

㉑ 参见兰磊:《反垄断法唯效率论质疑》,载《华东政法大学学报》2014年第4期,第129页。

㉒ 参见兰磊:《论反垄断法多元价值的平衡》,法律出版社2017年版,第141页。

㉓ 同上注,第227页。

㉔ 同前注⑲。

㉕ 同前注⑳, HMG, 第81段。

㉖ 同上注,第79-88段。

㉗ 例如,美国《国家合作研究和生产法》《竞争者合作反垄断指南》及欧盟《研发协议集体豁免条例》《横向合作协议指南》等,均明确支持企业横向研发合作协议,并建立了“安全港”规则。

㉘ 同前注⑳,周万里文,第42页。

㉙ 参见[美]乔·蒂德、约翰·贝赞特:《创新管理》(第6版),陈劲译,中国人民大学出版社2020年版,第74页。

㉚ 参见[挪]詹·法格博格、[美]戴维·C.莫利、[美]理查德·R.纳尔逊:《牛津创新手册》,柳卸林等译,东方出版社2021年

版,第5页。

㉛ 参见许庆瑞、蒋键、郑刚:《各创新要素全面协同程度与企业特质的关系实证研究》,载《研究与发展管理》2005年第3期,第16页。

㉜ 参见张昕蔚:《数字经济条件下的创新模式演化研究》,载《经济学家》2019年第7期,第32页。

㉝ 参见靳来群、胡善成、张伯超:《中国创新资源结构性错配程度研究》,载《科学学研究》2019年第3期,第545页。

㉞ 参见阳东辉:《科技创新市场的国家干预法律机制》,法律出版社2014年版,第233-234页。

㉟ 参见方翔:《数字市场初创企业并购的竞争隐忧与应对方略》,载《法治研究》2021年第2期,第142-143页。

㊱ 同前注⑳,袁嘉、梁博文文,第23页。

㊲ 参见王晓晔:《有效竞争——我国竞争政策和反垄断法的目标模式》,载《法学家》1998年第2期,第39页。

㊳ 参见睦纪刚、刘影:《创新发展中的竞争与垄断》,载《中国软科学》2018年第9期,第62页。

㊴ 参见高富平:《竞争法视野下创新和竞争行为调整的体系化思考》,载《法商研究》2015年第3期,第72页。

㊵ 参见吴汉东:《知识产权法的制度创新本质与知识创新目标》,载《法学研究》2014年第3期,第100页。

㊶ 参见王先林:《竞争法视野的知识产权问题论纲》,载《中国法学》2009年第4期,第5页。

㊷ 参见王先林主编:《中国反垄断法实施热点问题研究》,法律出版社2011年版,第8页。

㊸ 参见时建中:《强化反垄断实现竞争和创新的良性互动》,载《光明日报》2021年1月31日,第3版。

㊹ 所谓“破坏”,是指给市场带来剧烈的影响,最终由创新企业替代在位企业或者创造新的市场。OECD, Hearing on Disruptive Innovation(2015), <https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP%282015%293&docLanguage=En>, last visit on Oct.10, 2021.

㊺ 例如,《优化营商环境条例》(2019)第55条就曾强调:“政府及其有关部门应当按照鼓励创新的原则,对新技术、新产业、新业态、新模式等实行包容审慎监管,针对其性质、特点分类制定和实行相应的监管规则 and 标准,留足发展空间,同时确保质量和安全,不得简单化予以禁止或者不予监管。”

㊻ 例如,韩国《规制垄断与公平交易法》(2016)第1条规定:“本法的立法目的是防止事业者滥用市场支配地位、防止经济力量的过度集中,通过规制不当共同行为及不公平的交易行为,促进公平、自由的竞争,促进具有创意的企业活动,保护消费者,促进国民经济的均衡发展。”参见时建中主编:《〈中华人民共和国反垄断法〉专家修改建议稿及详细说明》,中国政法大学出版社2020年版,第5页。

㊼ 参见李培传:《论立法》,中国法制出版社2013年版,第436-437页。