

《反垄断法》中的鼓励创新目标与 反垄断分析范式革新

袁 嘉

【摘 要】新修订《反垄断法》加入了“鼓励创新”作为立法目标之一,在数字经济背景下,强调创新价值恰逢其时。围绕创新展开的竞争为市场带来活力,提升动态效率,并最终促进经济高质量发展。在《反垄断法》的适用中应当全面落实对于鼓励创新目标的考量,为此需对反垄断分析范式进行革新,从“以价格为中心”转向“以创新为中心”,在竞争损害理论中引入创新损害分析,将创新带来的动态效率纳入豁免或抗辩理由考量,并将其运用到垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中的反垄断规制中。全面落实鼓励创新目标有助于新修订《反垄断法》在数字经济时代的更好实施,并最终达到促进数字经济发展和维护创新竞争之间的良好平衡。

【关键词】反垄断;鼓励创新;竞争损害;动态效率抗辩

【作者简介】袁嘉,四川大学法学院副教授,主要从事竞争法、知识产权法和数据法研究(成都 610065)。

【原文出处】《南开学报》:哲学社会科学版(津),2023.5.96~109

【基金项目】司法部国家法治与法学理论研究项目(18SFB2051)。

一、问题的提出

新修订《反垄断法》第一条作为立法目的条款,对该法各具体条款的适用起着提纲挈领的作用,直接指导和影响垄断行为的认定和法律责任的追究。本次《反垄断法》修订在立法目的条款中加入“鼓励创新”,是立法者权衡利弊、深思熟虑之后的结果。虽然围绕“鼓励创新”价值目标的定位在学术界仍有颇多争议^①,但从规范性解释的角度出发,这一立法改变应当被反垄断法的适用者们重视并将其体现到各具体条款的理解和执行中。对新修订《反垄断法》第一条进行解构可知,《反垄断法》的直接目标是“预防和制止垄断行为”,间接目标是“保护市场公平竞争,鼓励创新”,终极目标是“提高经济运行效率,维护消费者利益和社会公共利益”。作为行为禁止法,

《反垄断法》的主要任务是预防和制止具有排除限制竞争目的或者效果的垄断行为,以此实现对于市场公平竞争和有效竞争的保护和鼓励创新,因此,保护竞争和鼓励创新应当是禁止垄断行为的直接效果。再来看鼓励创新与终极目标的关系,《反垄断法》的终极目标是一种多元利益平衡,提高经济运行效率与消费者利益、社会公共利益并列,促进社会主义市场经济健康发展则位阶更高。鼓励创新能直接提升经济效率,尤其是动态效率。而创新带来的新产品和新服务也有利于消费者利益。从社会公共利益的角度来看,创新带来社会的整体进步,例如大数据和人工智能的使用带领我们进入智能社会。从经济健康发展的角度看,创新通过将静态的经济循环跨越式地带入更高阶的经济循环而为经济发展作出直接

贡献,同时,创新带来的经济增长也让经济发展保持健康运行,更能抵御经济周期的影响。

“鼓励创新”价值目标被写入反垄断法绝非宣示性的无意义条款,而是直接有助于反垄断法多元目标实现的,能够统领反垄断法实施全局的,是需要由反垄断法的执行者广为理解和遵守的法律原则和价值目标。本文将结合数字经济高速发展的大背景,阐释“鼓励创新”目标的价值内涵和时代特点,并以此为支点提出该目标对反垄断分析范式的革新影响,最后结合具体垄断行为的认定演示分析范式革新带来的具体转变,以期能够更好地指导新修订《反垄断法》的实施,并最终实现在数字经济时代促进我国社会主义市场经济健康发展的目标。

二、鼓励创新作为独立价值目标的现代性

(一)传统竞争理论忽视将鼓励创新作为独立价值目标的弊端

传统竞争理论的诞生以亚当·斯密的古典经济学为代表,紧随其后出现的完全竞争理论、垄断竞争理论、有效竞争理论等均着眼于寻找最有利于经济发展、社会总福利或消费者福利的市场竞争理想状态。古典经济学的竞争理论产生于资本主义市场经济发展初期,彼时市场失灵、政府失灵的问题尚未凸显,生产力水平较为低下,竞争样态一般体现为价格竞争、质量竞争等初级水平的竞争。随着以电气化为代表的第二次工业革命和以信息化为代表的第三次工业革命出现,社会生产力水平大幅度提升,人们对产品和服务的需求越来越高级、越来越多样。创新在提升消费者福利和社会总福利当中所起的作用变得愈加明显。

此时关于竞争理论的讨论才慢慢开始关注到创新的问题,但囿于形式逻辑上已存在多年的“竞争”理论和“竞争”政策等语词表达的习惯性,很少有人真正认识到创新在经济发展中的核心作用和地位应当反映到竞争理论的完善中。例如芝加哥学派提出反托拉斯政策的制定应当考虑维护在位企业的投资激励,即当这些在位企业是通过提升效率或者创新获得市场支配地位后,不应主动寻求将其进行分拆

或者赋予其过多的行为义务,从而导致企业都不愿意成为龙头。芝加哥学派也提出在反垄断法的执行中引入更多的经济分析方法,尤其是围绕效率提升为中心展开利益平衡,其仍然更为重视生产效率和配置效率的提升,只是逐步认可创新带来的动态效率在整个效率提升中的作用。此时创新仅是作为效率中的很小一部分被得以考量。

随着第三次工业革命进入尾声,以全面数字化为代表的第四次工业革命启动,创新在效率提升和经济增长中的作用进一步凸显,甚至大有超过生产效率和配置效率之势。在这个阶段,颠覆式创新频出,创新的方式和频次也明显增多,苹果手机颠覆了整个传统手机行业,带领人们进入智能手机时代;特斯拉也重新定义了智能网联汽车,与来自中国的蔚来、理想、小鹏等新势力造车公司一起挑战以奔驰、宝马、丰田、本田等为代表的传统汽车公司;在互联网领域,美国的谷歌、苹果、亚马逊、微软和中国的阿里巴巴、腾讯等科技巨头更是通过各自的创新产品和服务创造出了新的平台经济领域,并且还在通过互联网+等方式持续改造和颠覆其他传统行业。创新不仅为社会带来经济增长,还在社会治理等方面起着更为重要的作用。上述新兴背景及社会发展趋势在一定程度上决定了,传统竞争理论忽视创新价值的独立性将在很大程度上导致以其为理论基础的竞争政策和竞争法在当前的社会环境下越来越远离自己的使命和目标。仅有市场竞争秩序,没有创新驱动发展的市场将很难在数字化经济时代背景下真正产生好的市场绩效。

(二)数字经济的发展要求更加重视创新的作用

在数字经济中,竞争样态已经发生重大变化,经营者之间在市场上的竞争(competition on the market)已经转变为经营者之间为市场的竞争(competition for the market)。对新市场的争夺高度依赖创新活动和创新过程。开辟一个全新的市场或者用新技术颠覆传统行业都是对新市场的争夺,在此过程中最重要的投入品是数据、流量和专利技术等。平台的出现为很多行业带来了颠覆式创新,例如网约车平台

对传统出租车行业的创新变革,网络购物平台对传统商品零售行业带来的变革,手机支付平台对传统银行支付业的颠覆。数据的使用,对生产、销售等流程的再造,对新产品或服务的研发,都产生巨大的影响。这种创新还将随着互联网+的深入而不断渗入更多的行业,包括互联网+农业,互联网+金融等。物联网出现后,工业互联网颠覆传统制造业,智慧城市颠覆传统城市治理模式,智慧司法颠覆传统司法。这些转变都对传统的反垄断分析范式和价值目标提出了挑战,譬如相关市场界定时的SSNIP(数额不大但很重要且非临时性涨价,Small but Significant Non-transitory Increase in Price)测试法很难在涉及提供免费服务的平台经济领域适用,此时的市场支配地位认定也无法用不受约束的定价能力来证明。越来越多的案例中出现了与创新而非价格本身的考量。

因此,企业如何在数字经济大浪潮中保持创新力和竞争力也是竞争法和竞争政策应当关注的焦点。竞争是创新的动力,围绕创新展开的竞争更是经济发展的重要基石。数字经济背景下的超级平台凭借其控制的核心数据、超大流量(用户数)和先进算法等专利或专属特征,可以很轻松地进入新市场,假设再伴随一些不正当的限制竞争或者限制创新行为,便将极大地影响整个市场中的创新激励,最终造成市场失灵。面对数字经济发展中出现的限制创新问题,出现了两种处理路径,一种是像欧盟这样出台《数字市场法》《数字服务法》等现有竞争法体系以外的新管制法,对超级数字平台实施强监管;另一种则是像德国这样对现有《反限制竞争法》进行改造,加入规制超级数字平台的专门条款,在竞争法体系内进行管制。无论哪条路径,都体现了数字经济背景下应对超级平台挑战需更加关注创新问题的重要性。数字治理体系的重要环节既包括竞争治理,也应包括创新治理。

(三)鼓励创新作为独立价值目标更能应对反垄断新挑战

数字经济中的市场力量集中趋势更加明显、快

速,基于极大的规模效应、网络效应和范围经济等特点,具有先发优势的企业和平台很容易取得超大的竞争优势。尽管熊彼特与阿罗争论的存在使得人们对于创新和垄断的关系在短时间内难以得出清晰的结论,但如何看待创新的产生和激励仍然是制定竞争政策时无法绕开的话题。创新政策需要平衡一组相互对应的利益:经营者通过创新参与竞争的权利和其他经营者获取创新成果部分价值的权利。健康的创新主要具备两个重要的前提条件:一是存在一个庞大的公有思想领域;二是保护持续丰富我们知识存量的那些重大的增量创新。^②知识产权制度在为创新者提供权利保护式投资激励的同时,也可能会因为在位者滥用知识产权带来的创新公地悲剧限制其他新进入创新者的发展。同样的道理,在竞争法中如果只关注低水平的价格竞争,而忽视创新对市场活力和经济发展带来的贡献,也可能导致在位者以“零价格”产品或服务拓展市场,损害新进入者的创新激励进而巩固自己的市场力量。

通过创新取得市场优势地位的平台如果面对持续减少的竞争,甚至在很难感知到竞争压力存在的时候,很容易丧失对创新的追求动力,进而转向如何维持自己的垄断势力并持续通过剥削交易相对人获得最大收益。^③为了解决这一困境,更好的方法是制止在位平台的妨碍性和剥削性滥用行为,并通过政府干预降低市场准入门槛,引入竞争压力。来自中小企业的创新能力提升能很好地达到上述目的,所以在竞争政策的制定和施行中加强对保持和提升中小企业创新能力的关注是非常必要的。针对这一问题,反垄断执法机构的任务应是保持“市场地位的可挑战性”,并以此维护公平竞争和创新,鼓励创新也因此理应成为与保护竞争并列的独立价值目标。

三、鼓励创新目标与反垄断分析范式的革新

基于鼓励创新价值目标的现代性,其在数字经济发展的大背景下将对《反垄断法》适用过程中的分析范式产生具体且深远的影响。在任何时期,调整

分析范式都是痛苦且颇具争议的,但此次《反垄断法》的修订明确将“鼓励创新”写入立法目的条款,为革新反垄断分析范式提供了很好的基础,扫清了障碍。反垄断分析范式的革新还将直接影响到垄断行为的认定、法律责任的承担,并最终关乎反垄断立法目的,尤其是终极目标“促进社会主义市场经济健康发展”能否实现。

(一)从“价格中心主义”到“创新中心主义”

以竞争理论为核心的反垄断政策制定产生于工业经济时代,彼时市场竞争状况评估的重要标准即是产品价格。完全竞争理论认为当市场上竞争者数量足够多时,产品价格会无限接近于产品的边际成本,此时竞争才是最完美的;不完全竞争理论则认为完全竞争的市场状态是不现实的,部分企业获得寡占垄断的地位,剩余部分中小企业对垄断企业保持一定程度的竞争压力,此时价格水平将维持到帕累托均衡的最优状态,是更现实的可以追求的理想竞争目标。但随后熊彼特的经济发展理论第一次揭示了,创新在经济发展中起着比常规生产和价格竞争更重要的作用。芝加哥学派提出的唯效率论和在反垄断中引入更多经济分析的做法虽然有过于极端化的嫌疑,但结合熊彼特提出的创新理论,可以把创新视为效率中的动态效率部分,可以更好地改进唯效率论在反垄断分析中的作用。

随着数字经济时代的发展和第四次工业革命的到来,创新呈现出颠覆性、高频次、低门槛等特征,创新对于经济增长和经济发展的影响被进一步放大,已经超越静态竞争带来的生产效率和配置效率,成为贡献最大最明显的效率因素。^④如果在数字经济相关的案件中沿用原有的“价格中心主义”反垄断分析范式,则会出现明显的力有不逮的情形。首先是在相关市场的界定中,如果以价格上涨来作为假定垄断者测试的变量,则无法涉及零价格的互联网产品和服务进行测试;其次在市场份额的计算中也会出现明显漏洞,没有销售额或者营业额的统计将使得市场份额无法统计;最后在竞争损害

分析中,由于很难证明涉案行为对价格的影响而无法证明竞争损害的情况愈加凸显,反垄断执法机构只能从消费者利益、社会公共利益等角度寻找规制理由。

自2015年开始,世界各国的反垄断执法机构在一些涉及数字巨头的案例中,如德国脸书案、欧盟谷歌案等,都明显加强了对于创新市场、创新损害的分析。尤其是当面对涉及零价格的互联网产品和服务时,可以放弃基于价格变化的SSNIP测试法,而采取基于与产品创新度高度相关的SSNDQ(Small but Significant and Non-transitory Decrease in Quality)测试法。^⑤人们越来越意识到创新作为独立价值目标在数字经济领域反垄断案件中的重要价值,故此,反垄断分析范式应该尽快完成从“价格中心主义”向“创新中心主义”的转变,将对创新的影响提升到反垄断分析中的核心位置,至少与原有对价格的影响分析并列,并以之作为垄断行为认定和抗辩豁免的重要组成部分。当然,从“价格中心主义”过渡到“创新中心主义”并不意味着忽视价格因素在反垄断分析中的作用,只是在价值位阶上有所调整,而价格变化仍然是反垄断分析中需要关注的重点指标。在反垄断分析方法上,经济分析仍将作为重要的分析方式之一,只是原来以价格分析为主的经济学分析工具需要更新为价格与创新影响并重抑或在特定情境下更关注创新影响分析的新工具,这也对未来反垄断经济学家的工作提出了挑战。

(二)在竞争损害理论中引入创新损害分析

以往在认定垄断行为时往往重点关注该行为是否会显著引发产品价格的上涨,而现在则应同时关注该行为是否会显著损害创新激励和减少创新活动。我国《反垄断法》中规定了三种垄断行为,分别是垄断协议、滥用市场支配地位和具有排除、限制竞争效果的经营者集中。为了保护和激励创新,《反垄断法》有必要对具有限制创新效果的垄断行为进行规制并将创新作为这些行为认定过程中的考量因素。

传统的竞争损害理论重点关注疑似垄断行为对竞争过程本身的损害,具体包括但不限于对竞争对手的排挤效应以及对交易相对人的剥削效应等。在数字经济背景下的相关实践中,一些疑似垄断行为呈现出非排他性的特征,看起来并未直接对竞争对手产生妨碍,却可能出现对竞争对手创新动机和创新能力产生明显削减的效果。尤其在前文所提到的为新市场而展开的竞争中,如果具有市场支配地位的在位企业选择不向其他经营者许可使用必要的核心数据,或者通过自我优待等方式使得新市场上的竞争对手丧失创新动力,都可能产生最终严重损害市场竞争、造成新垄断的结果。超级平台的跨市场垄断和生态系统效应更是放大了上述风险。这种风险不仅针对全新的产品和服务,涉及新市场的存在,而且对需要数字化转型的传统市场也同样适用。因为传统市场的数字化也需要大量的数据和流量作为创新的基础要素。

创新损害分析与竞争损害理论是相容的,为新市场展开的竞争实质上就是一种创新竞争,而对创新竞争的损害也是对竞争损害的一种类型。无非是在数字经济条件下创新损害问题相比于普通竞争损害问题变得更为突出。当然,在对创新损害进行分析时仍然要考虑到两个重要的条件,一是这种对创新的损害应当是在位者滥用其市场支配地位的产物,即滥用市场力量和对创新的损害之间应当有直接的因果关系,否则不应当对在位者的正常竞争行为给予违法性评价;二是具有强大资金实力、技术实力、丰富数据和流量的在位者可能也是创新活动的主力军,其自身对于创新的动力和开展创新活动的的能力也不应受到过多限制,否则将影响整个社会的创新量。在此背景下,最重要的是要依据可竞争市场理论重点关注市场进入门槛的问题,通过反垄断执法降低或者打破市场进入壁垒,以保持对市场上各类企业的创新竞争压力,进而达到反垄断法的目标。此外,评估创新影响时,还应当关注竞争行为对创新动机、创新投入、创新水平、创新空间和创新要素的影响。

(三)在反垄断豁免和抗辩中加入动态效率提升的考量

在反垄断豁免或者抗辩中,应当更多地接受与创新有关的动态效率提升抗辩,例如有利于新产品、新技术的开发,有利于消费者福利提升的商业模式变革,拓宽了创新空间等。创新在推动经济发展的过程中往往具有一定的颠覆性,同时颠覆性创新比其他创新更能推动经济的发展。这也要求我们在反垄断立法和执法的过程中正确认识创新的颠覆性效果。

首先,我们应该中立地看待创新的颠覆性效果。创新颠覆性的存在意味着经营者的创新行为很可能会给其他的经营者带来损害。但根据前文观点,在竞争法视角下,这种创新给其他经营者带来的损害并不一定是坏事,反而可能是经济发展过程中优胜劣汰的结果,可以带来效率的提升。反垄断立法和执法的过程中应该区分清楚哪些损害是创新带来的颠覆性效果,哪些是经营者的垄断行为所带来的,以防止将颠覆性创新行为误认为是垄断行为从而阻碍反垄断法创新目标的实现与数字经济背景下的社会创新。

其次,虽然颠覆性创新可以推动经济发展,但是我们也不能轻易通过法律手段来推动创新颠覆性效果的发生或加强其颠覆性效果。颠覆性创新常常带来产品、服务或技术的替代,这种新旧更迭会带来一定的社会成本。如果通过法律手段来推动市场中的新旧更迭则可能导致替代的速度过快,带来很多不必要的社会成本,可能损害社会福利或消费者福利。因此在没有充分理由的情况下我们应该遵循市场规律,不能揠苗助长。

当然,对于创新抗辩的适用还应当附之以严格的前提条件,尤其是要区别低强度创新和高强度创新,需要区别创新所造成的潜在影响中有多少可能到达消费者处及其可能到达消费者处的福利足以补偿作为颠覆性创新养料的社会成本。^⑥普通的技术改进或者商业模式的调整并不能给消费者福利和社会进步带来大幅度的提升,则不应作为创新抗

辩而被接受。

四、“创新中心主义”分析范式在垄断行为认定中的运用

(一)垄断协议认定中的创新考量

我国反垄断法的执行过程中,也已出现过对于创新的考量,但其运用并不多,也未能体现出“创新中心主义”的趋势。在对垄断协议的审查方面的典型案例有2013年12月30日由国家发改委作出行政处罚决定的浙江省保险行业协会横向垄断协议案。该案中浙江省保险行业协会认为其限制省内各财产保险公司设定商业车险手续费率上限标准的行为是为了保护中小保险经营者,且不损害消费者利益,应该属于《反垄断法》第十五条第三项所规定的为了“提高中小经营者经营效率,增强中小经营者竞争力”的行为,不应适用《反垄断法》第十三条之规定。但国家发改委驳回了该辩解,并指出该行为“实际上是保护低效率企业,不仅无助于提高中小经营者竞争力,而且也减弱了全行业经营者提升服务、创新产品的动力,消费者不仅不能从中获益,反而因市场竞争受到削弱”^⑦。该案中反垄断法执法机构将协议是否减弱行业创新产品的动力作为能否适用《反垄断法》豁免条款的重要判断标准。

关于订立垄断协议的行为,我国新修订《反垄断法》在第十七条和第二十条中对涉及创新的垄断协议进行了规定。其中第十七条规定了禁止具有竞争关系的经营者之间达成该条第四款中的“限制购买新技术、新设备或者限制开发的新技术新产品”的垄断协议。第二十条则对“为改进技术、研究开发新产品的”协议进行了豁免。但仅仅依靠这两项规定是不足以在当前数字经济时代背景下充分保护创新。在工业经济时代,创新的形式更多的是以新产品开发和技术创新为主的产品创新。但在数字经济时代背景下,创新的形式变得更加多样化,很多对经济发展起到重要推动作用的创新性行为不再仅仅是基于产品开发和科技创新的产品创新,而是属于工序创新的组织创新、供应链创新、营销创新和商业模式创新,比如近年来突然崛起的网约车行业,外卖行业都

是典型的商业模式创新的产物。

在第四次工业革命中,大数据、人工智能和物联网的应用使得传统行业的数字化趋势越来越明显,数字经济和平台经济的发展对于数据和算法的使用提出更高的要求。拥有数据和算法优势的互联网平台与传统行业中的龙头企业呈现出既合作又竞争的关系,由于数据所具有的非排他性和平台的用户多栖性特征,数据的分享和交换往往会成为开发新产品和新服务的重要基础。平台与平台之间、平台与传统企业之间、正在进行数字化转型的传统企业之间都可能会出现基于数据分享和利用的广泛合作。这种合作可以被视为是创新过程的重要组成部分,但在传统反垄断法理论中,具有横向竞争关系的经营者之间进行的合作很可能会被视为具有排除、限制竞争的后果。尤其是反垄断法禁止具有竞争关系的经营者之间进行与竞争有关的敏感信息的交换,认为这将影响经营者的独立经营决策并最终形成事实上的垄断。从现有竞争法律框架的视角分析,竞争对手之间共享数据库、根据最近的历史数据来追踪趋势和预测未来价格的行为,是一种既可能会增加行业知识,但也可能助长共谋的一个危险信号。当然,我国《反垄断法》对垄断协议采取的是“本身禁止+例外豁免”的认定模式,横向合作的垄断协议也可能会因为满足一定的条件而被豁免。

2022年新修订的《反垄断法》并未对豁免条款进行修改,也没能加入直接体现鼓励创新或者基于创新原因可以进行豁免的条件。但是对该豁免条款进行文义解释和目的解释后可以寻找到与创新有关的豁免理由。修订后《反垄断法》第二十条第一款第(一)项规定的豁免情形是研发豁免,即“为改进技术、研究开发新产品的”豁免情形,如果基于开发新产品和新服务而展开的数据共享和共同研发应当属于该情形涵盖的范围。同时,第二十条第一款第(二)项还提到“为提高产品质量、降低成本、增进效率,统一产品规格、标准或者实行专业化分工的”协议可以不被认定为垄断,这里的“增进效率”则可以引入创新抗辩,即如果企业之间的横向合作是为了

促进创新并以此实现动态效率的提升,也有可能不被认定为垄断协议。当然,即使引入创新豁免理由,也需要满足第二十条第一款第(七)项规定的另外两个条件,即经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争,并且能够使消费者分享由此产生的利益。

即使如此,也很难完全打消平台和企业开展数据交换和共享合作的顾虑。因为考虑到基于第二十条的豁免在以往的案例中被成功接受的很少,同时这样的豁免条件在实践适用的过程中也存在很大的不确定性。虽然我国在数字经济发展过程中对互联网平台提出了互联互通的要求,但平台和企业本就比较排斥数据的共享和联通,而基于上述豁免条款适用的不确定性及企业合规层面的严苛性,其很容易选择以合理规避垄断合规风险为由拒绝共享数据,继而可能错失很多创新机会。为了鼓励平台和企业开展数据联通,应当尽最大努力消除相关法律条款适用的不确定性,例如通过建立集体豁免制度或者个案豁免制度等由反垄断执法机构接收平台的合作协议事前评估请求,在评估得出结论该协议不会对市场竞争产生实质性影响且更有可能通过创新使得消费者受益后,即由反垄断执法机构批准通过。平台和企业就可以放心无碍地开展创新合作。

正如前文所述,以静态竞争为基础的传统理论逐渐与现实的社会经济情况发生偏离,竞争理论追求的目标应当着眼于现实的不完全竞争,而在这种不完全竞争中创新与竞争相互作用,竞争促进创新的同时,创新也会改善竞争,最终促进效率的提升。当前正值我国社会主义市场经济发展的新阶段,数字经济意味着新的资源配置方式和新的发展理念,集中体现了创新的内在要求^⑧,在垄断协议的豁免条款中注入创新因素有利于加速产业的升级迭代、开发更多激发经济活力的商业模式,是促进市场有效竞争的必然要求。

同时,在垄断协议的豁免条款中,还建议加入对于商业模式和管理模式创新的考量。这是由于创新

不仅包括技术的改进,还包括商业模式的创新、管理模式的创新等内容。商业模式旨在创造价值,创新的先锋企业通过创造新的商业模式绕开竞争者、创造新的市场,能够有效推进行业的持续发展。商业模式的功能在于使企业获取并使用资源,为顾客创造比竞争对手更多的价值以赚取利润,更容易直接带来效率的提升和对消费者利益的保护,可见,商业模式的创新在社会主义市场经济发展的新阶段中起的作用越来越大。在智能经济时代,随着信息基础设施的日益健全,通过5G、大数据、人工智能等新技术给传统经济行业的经营者进行赋能也变得更加便利,传统行业的转型升级也开始依赖于数字经济中的新技术,成功的典型案例诸如传统零售商与互联网结合产生的网络零售平台以及传统交通出行方式与大数据结合诞生的网约车应用,这样的赋能行为带来了极大的社会效应,应当对其给予正面评价,从而更好地激励创新。

综上所述,创新作为一种独立价值应当得到更高层次的重视,垄断协议的豁免条款也亟须将创新纳入考量范围,在包含动态效率评估的利益衡量下,对创新具有促进作用的改进技术、改善和服务流程、研究开发新产品及对新商业模式的探索行为都应当有机会得到豁免。

(二)滥用市场支配地位行为认定中的创新考量

既然鼓励创新已经成为反垄断法的价值目标之一,是否意味着在竞争损害理论中应该进行创新损害的评估?目前国内外主流竞争法域已经在实践中逐步开始在竞争损害理论中考量对于创新竞争的影响或者对创新的限制损害问题。

1. 国内外已有案例中的创新考量

关于滥用市场支配地位的行为,我国现行《反垄断法》中规定了六种被明确禁止的滥用市场支配地位的行为,但其中并不包括通过滥用市场支配地位限制创新的行为。而在实践中,具有市场支配地位的经营者利用其支配地位限制创新的行为并不少见。创新是企业参与竞争的最有力方式,尤其是在数字经济时代的互联网领域市场中,动态竞争越来

越明显,创新已成为小企业与大企业展开竞争的主要手段之一。如果具有市场支配地位的企业通过滥用其市场支配地位,限制其他竞争者进行创新,市场中的潜在竞争将大大减少,这将直接导致市场中竞争减弱,阻碍经济发展。因此,为保护和激励创新,我国《反垄断法》有必要在对具有限制创新效果的滥用市场支配地位行为进行规制。

在对滥用市场支配地位行为的审查中涉及创新考量的典型案例有奇虎公司与腾讯公司垄断纠纷案。最高人民法院在论证是否可以适用“假定垄断者测试”来界定相关市场时以及腾讯公司的财力和技术条件是否可以形成市场支配地位时,将创新作为了重要的考量因素。最高人民法院认为,“互联网服务提供商在互联网领域的竞争中更加注重质量、服务、创新等方面的竞争而不是价格竞争。因此该案不能适用假定垄断者测试来判断被告是否具有市场支配地位”。同时,“即时通信领域的创新活跃,对技术和成本的要求则相对较低,技术和财力条件对市场力量的影响并不显著”也是判断被告不具有市场支配地位的重要依据。^⑨在高通公司滥用市场支配地位案中,对于高通公司强制专利免费反向许可的行为,国家发改委指出该行为“抑制了被许可人进行技术创新的动力,阻碍了无线通信技术的创新和发展,排除、限制了无线通信技术市场的竞争”。同时,对于高通公司强制搭售非无线标准必要专利许可的行为,国家发改委认为该行为“使得与当事人持有的非无线标准必要专利具有竞争关系的其他替代性技术失去了参与竞争的机会和可能……阻碍、抑制了技术创新,最终损害了消费者的利益”^⑩。可见在滥用市场支配地位的反垄断案件中无论是司法机关还是行政机关都已将创新作为案件裁判过程中的重要考量依据。

早在2004年著名的微软浏览器软件和视窗操作系统软件捆绑销售案中欧盟反垄断执法机构就将创新作为认定垄断行为的考量因素。该案判决书指出,“微软利用其巨大的市场力量来伤害那些坚持采取可能加剧与微软核心产品竞争的举措的公司。微

软过去通过伤害和扼杀创新来阻碍那些可能对微软造成威胁的技术和企业获得投资。最终的结果是,一些真正有益于消费者的创新永远不会发生,其唯一原因是它们与微软的自身利益不符”^⑪,并以此作为对微软公司作出处罚的重要依据。

欧盟的反垄断执法中还有很多案例将创新作为判断是否构成垄断行为的标准。比如欧盟反垄断专员 Margrethe Vestager 在评论谷歌利用安卓操作系统和搜索引擎滥用市场地位的案件时指出,“谷歌的行为阻碍了消费者获得更广泛的移动应用和服务选择,违反欧盟反垄断规则,阻碍其他参与者的创新”。同时她还指出,“谷歌通过在搜索结果中推广自己的比较购物服务来滥用其在搜索引擎市场的主导地位,并降低竞争对手的价格。这种行为阻碍了其他公司在他们的优点上进行竞争和创新。最重要的是,它否定了欧洲消费者真正的服务选择和创新的全部好处”^⑫。可见,利用市场支配地位损害创新是近几年来欧盟对谷歌接连作出巨额罚款决定的重要原因之一。除此之外,欧盟委员会在2017年竞争政策报告中多次指出将保护和促进创新作为欧盟反垄断执法工作中的重要目标。

2. 数字经济时代新型限制创新行为的规制

在禁止滥用市场支配地位制度中,应要求取得垄断地位的平台或企业不得违背绩效竞争原则对其他经营者进行不当妨碍,尤其是不能损害其他经营者的创新激励。平台或企业的市场力量越大,其为了保持优势地位的努力行为越容易产生明显的排除、限制竞争的效果。^⑬当平台借助大数据优势、大规模用户和先进算法等聚合优势以及范围经济中的传导效应,对其他经营者实施剥削性滥用或者妨碍性滥用行为时,将很可能直接损害创新的产生,而非仅是对竞争自由和消费者选择产生负面影响。此时应当对创新损害的程度进行详细的分析,并在救济措施中考虑对于创新环境和创新激励的恢复。

在数字经济时代,典型的排除限制创新行为既可能在原有类型化的滥用行为中得以体现,也可能

尚未被纳入法定垄断行为类型的解释范畴。具有市场支配地位的经营者实施的捆绑搭售行为很可能直接损害被搭售品市场上其他竞争者的创新激励。尤其是如果在位者利用其资本、技术、数据等优势可以轻松赢得竞争,则该新市场上的中小企业将失去继续展开创新竞争的信心和勇气,这一现象在平台经济中尤为明显。

同时,具有市场支配地位的经营者实施拒绝交易行为也容易直接扼杀掉上下游市场中的竞争者的创新热情,尤其是当新产品或新服务的研发和提供需要该在位者提供的原材料或者关键技术许可时。必要设施理论在欧盟竞争法的运用中特地强调了新产品开发这一要件,即如果具有市场支配地位的经营者同时是必要设施的拥有者,其拒绝开放该必要设施直接影响到上游或下游市场上新产品的开发时,该等拒绝开放行为将被视为垄断行为,此时应当要求其以合理价格开放该必要设施。当前平台经济竞争问题中最热门的是拒绝开放必要数据问题,数据已经成为数字经济时代众多新产品和新服务的必要投入品,如果在位者拒绝提供竞争必要数据给其他经营者(这里已经超越上游或下游市场的范围,因为其他不相干市场也可能需要该竞争必要数据),影响到新产品或新服务的开发,也很有可能被视为违反反垄断法而遭到禁止。

3. 评估排除限制竞争效果中的创新抗辩

在对滥用市场支配地位行为进行反垄断分析时,可以由被指控企业提出“合理理由”进行抗辩。剥削性滥用的抗辩重点一般是向交易相对人收取过高费用或者附加不合理条件的正当性,且很少会被接受。妨碍性滥用中的创新抗辩更值得关注。妨碍性滥用主要是指没有正当理由对其他具有竞争关系的经营者进行排挤和阻碍,妨碍性滥用的目标可以是对支配企业所在的市场上竞争者进行妨碍,也可以是对上下游市场的竞争者进行妨碍。妨碍性滥用行为主要包括掠夺性定价、捆绑搭售、拒绝交易、歧视性交易、附加不合理交易条件等。在对妨碍性滥用行为进行违法性认定时,需要由原告或执法机构

证明该滥用行为具有排除限制竞争效果,再由被告或被调查企业提出合理理由抗辩。一般认为,合理理由的抗辩主要集中在通过效率提升带来的消费者福利提升或者社会总福利提升。在价格主义主导的竞争分析中,对效率提升的抗辩主要来自生产效率的提升和配置效率的提升。而鼓励创新价值目标的加入带来的一大变化是基于创新产生的动态效率提升将更多地受到重视。国家市场监管总局于2023年公布的《禁止滥用市场支配地位行为规定》第二十二条提到,反垄断执法机构在认定“不公平”或“正当理由”时,还应当考虑有关行为对经营者业务发展、未来投资、创新方面的影响。但在第十四条到第二十一条涉具体滥用行为正当理由的列举中,未能将创新抗辩的各种情形纳入。在“创新中心主义”反垄断分析范式中,应当对此予以完善。

例如,在捆绑搭售行为的垄断认定中,被告或被调查的经营者可以提出其实施捆绑或搭售行为的目的是进行产品或服务的创新,搭售品和被搭售品之间有很强的互补关系,两者一起使用将为用户带来全新的体验。在平台经济中,也可能出现类似抗辩,直播带货中的很多品牌商家都会在出售畅销产品时赠送或者低价加购非畅销产品,以达到营销宣传的目的,是不需要被禁止的。有的平台在搭建生态系统的过程中,会搭售不同互联网产品的会员服务,也是为了给消费者提供一站式的消费体验,属于可以被接受的抗辩理由。而在拒绝交易行为的垄断认定中,也需要对创新带来的动态效率提升抗辩给予足够的重视。平台对入驻商家的筛选如果是基于知识产权保护、品牌提升、消费安全等考量,被拒绝的商家通常是属于应当被淘汰的劣质供应商,则不应当认定其为违反反垄断法的拒绝交易行为。在限定交易行为的垄断认定中,《禁止滥用市场支配地位行为规定》第十七条提到正当理由可以是“为保护知识产权、商业秘密或数据安全所必需”,间接体现了保护和鼓励创新的原则,但仍需要考虑部分限定交易行为可能是为了实现更好的纵向一体化创新而实施的,尤其是在限定交易的产品与主产品之间有很强

的协同创新效应时,应当尽可能保证该协同创新效应的实现。

(三)经营者集中审查中的创新考量

关于经营者集中的行为,我国新修订《反垄断法》在第三十三条中规定了审查过程中应该考虑的五个因素,其中就包括经营者集中对市场进入、技术进步的影响。在我国经营者集中的审查当中应该考虑市场集中度与创新积极度之间的联系。目前经济学界对于市场集中度与创新积极度之间的讨论虽尚无定论,但可以明确的是在完全竞争和完全垄断的市场结构下创新的积极度都较低,不利于促进和激励创新。同时,企业规模和创新积极度之间是否存在正相关的关系也颇具争议,熊彼特认为规模大的企业与规模小的企业相比,创新积极度要更高,创新的能力也更强;而阿罗则认为中小企业相较于大企业更有竞争的动力,并展开积极的创新。^⑭基于此,需要在审查的过程中考虑企业规模和创新之间的关系,在审查经营者在相关市场的份额和控制力时应综合考虑市场结构因素和企业规模对于创新的影响。同时,不能片面地考虑市场份额的集中和经营者市场控制力的增强可能带来的市场威胁,而应综合考虑企业规模扩大可能带来的对创新的促进作用,从而避免因行政权力过度干预经营者的集中而限制创新。

新修订《反垄断法》第三十三条包含了多项审查应当考虑的因素,对应包括竞争、创新、效率、消费者利益等反垄断法的立法目标,这些因素全部服务于“促进社会主义市场经济健康发展”这一终极目标,因此经营者审查需要综合判断拟实施集中对上述因素的影响,如果集中带来的有利影响大于不利影响,则反垄断执法机关应当作出不予禁止的决定而不是在综合考虑全部因素后仍使参与集中的经营者处于不确定的状态之中,违反法律的确指性与指引性。

1. 建议在经营者集中审查中引入单独的创新损害分析

首先,在数字经济时代,创新是市场经济发展的重要影响因素,除了技术进步属于创新带来的直接

结果,商业模式创新、管理创新等也会为经济增长带来直接贡献。原有的“技术进步”并不能涵盖创新所带来的积极作用。近年来国际反垄断理论与实践在经营者集中领域开始实质性考虑创新因素,拓展创新损害理论:美国发布的《反托拉斯执法与知识产权:促进创新和竞争》报告(2007)^⑮及《横向合并指南》(2010)^⑯,欧盟发布的《横向合并指南》(2004)^⑰及《非横向合并指南》(2008)^⑱,德国发布的《创新:反垄断审查实践的新挑战》报告(2017)^⑲等均体现了在反垄断领域及其所包含的经营者集中规制领域“创新”因素的考量日益重要;在实践中,欧盟处理的强生与艾克泰隆案、陶氏化学与杜邦案等都体现了对创新的考量。在杜邦案中,欧盟委员会在考察集中对相关市场的竞争与价格机制的影响之外,还特别考察集中是否会“显著减少相关市场的创新竞争”,认为该集中会导致创新的动力减弱同时减少相关市场上具有该创新能力的竞争者数目,因此作出了附条件的集中决定,主要包括杜邦出售其全球农药业务的主要部分,包括其全球研发部门,保证了存在足够的竞争者参与相关市场并且有持续的创新研发能力。^⑳

就国内立法而言,新修订《反垄断法》第三十三条中涉及“技术进步”因素,《经营者集中审查规定》第三十三条进一步论述了集中在不同情形下对技术进步存在积极和消极影响。^㉑国内执法实践也逐渐加入对创新的考虑,如希捷科技收购三星电子案、西部数据收购日立存储案、陶氏化学与杜邦案等。但作为数字经济重要助推力的创新,不应仅限于“技术进步”,根据熊彼特的创新理论,创新可以包括对产品、技术、工艺、组织以及市场的开拓和控制^㉒,用“创新”代替“技术进步”是符合时代发展之举。我国反垄断执法机构在希捷/三星并购案的竞争分析就产品创新一项专门作出了审查,并指出“创新对硬盘行业影响重大。硬盘市场的竞争是维持产品创新的重要前提,排除或限制竞争行为将显著降低硬盘生产商的创新意愿和创新速度”。同时,在公告的审查决定中希捷公司作出“在决定作出后继续在创新领域投入研发资金的承诺,以确保给客户带来更多创新

性产品和解决方案”^②。可见我国反垄断执法机构在经营者审查中已将行业创新作为审查的重要考察因素,并将经营者集中行为是否对行业其他经营者的创新意愿和创新速度产生限制作为审查的依据。

其次,创新与竞争对经济发展的作用需要权衡考量。欧盟《横向合并指南》特别强调了合并可能带来积极的创新效应:源于研发及创新领域的效率提升所带来的新的或改进的产品或服务,可能超过反竞争效果以至于让消费者受益。欧委会2008年无条件批准的TomTom/TeleAtlas案^③,是一起领先的导航系统生产商与数字地图开发商的纵向合并,交易双方声称合并将带来显著的创新效率:从TomTom的用户那里获得的信息,可用于改善TeleAtlas地图创建的质量和时效性。欧委会承认,这些与创新相关的效率,至少部分是合并特有的,且将给消费者带来利益。^④在基于数据驱动而发起的经营者集中,如微软收购领英、Metanautix等不同于传统工业企业的合并,而是某一企业为实现创新而作出的战略性合并。这种基于创新的战略性合并极具动态性,在数字经济背景下具有创新优势的企业在新兴领域常呈现“赢者通吃”的局面,但这种创新形成的垄断引发的技术竞赛反而加剧了行业竞争,一旦出现颠覆式创新,则市场结构会被重构,市场经济也在创新竞争中不断发展。因此,执法机构应当对创新带来的动态效率因素作专项评估,防止过度干预阻碍经济发展。

最后,数字经济行业与创新这一要素的联系更加紧密,创新对市场力量的影响应得到更加细致化、体系化的评估,包括创新的可能性、动机、成本及收益。^⑤在进行经营者集中审查时,应当全面考虑集中对相关市场中创新竞争的影响。执法者还应当在审查中思考与解决创新与竞争的关系、用何种方法能够有效评估创新对竞争带来的动态影响等问题。

2. 建议在经营者集中审查中明确加入动态效率抗辩理由

经过反垄断执法机构初步审查认为可能具有排除限制竞争效果的经营者集中,可以提出一定的效

率抗辩以阐明并购交易应当得到通过或者至少附条件通过。以往的效率抗辩往往集中在生产效率提升带来的价格下降和资源优化配置带来的产出最大化等方面,基于创新产生的动态效率并未受到足够的重视。在数字经济时代反垄断执法机构应当加强对动态效率抗辩的重视和接受。

首先,动态效率理论为效率分析提供了新的视角,需要重新审视基于传统静态效率理论的竞争政策。动态效率也叫创新效率,主要是指由技术创新和进步所带来的成本节约或收益增加,包括新产品的引入、已有产品的质量改进和应用新工艺而导致的单位成本下降等。^⑥不同于静态概念的配置效率、生产效率,动态效率还考虑到技术进步、技能积累和产业结构变化等可能正在经济体中发生的变革。^⑦根据熊彼特的创新和动态竞争理论,竞争经济的实现自始至终是一个变动的过程,完全竞争不是常规,而仅仅是一种例外;竞争不仅从时序上看是一个动态过程,更重要的是从内部结构上看是一个演进的动态过程,是一个创新与技术进步的动态过程。^⑧

其次,动态效率理论在数字经济时代具有较强的适用性。数字经济,是以数字化的知识和信息为关键生产要素,以数字技术创新为核心驱动力,以现代信息网络为重要载体,通过数字技术与实体经济深度融合,不断提高传统产业数字化、智能化水平,加速重构经济发展与政府治理模式的新型经济形态。在此背景下的新兴产业争相进行知识竞赛,投入大量成本用于创新,在经营者集中方面也大量出现寻求互补的研发资源、知识产权联合开发运用、积累研发资金等寻求增强创新力量的集中情形。若前期的投资带来了颠覆式的创新,则还能开拓新的产品和服务,根据熊彼特的理论,此种创新本身就是一种竞争方式,这种方式又可以被称为“跳跃式竞争”。^⑨创新与竞争相互作用共同促进经济效率的提升,极大地体现了动态效率作为效率分析的价值,应当将“动态效率”纳入经营者集中制度的考虑因素。

最后,由于动态效率涉及对将来的预测,相对于

配置效率与生产效率更难以评估,建议借助相关经济学理论和创新竞争理论的发展构建合理的动态效率评估标准。

(四)滥用知识产权垄断行为认定中的创新考量

涉知识产权的垄断案件也是对创新考量最多的情形,反垄断法和知识产权法均有促进和激励创新的价值目标。传统意义上一般认为,知识产权法是通过提供一定期限的独占垄断收益权来对知识产权权利人提供激励,以保障其具有足够的创新积极性。而反垄断法则是通过保护有效竞争从而使得经营者保持基于创新的竞争压力,从而积极展开创新。但在涉知识产权的反垄断案件中,两者可能会产生一定的冲突,因此,2022年新修订《反垄断法》在第六十八条再次明确了,“经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为,不适用本法;但是,经营者滥用知识产权,排除、限制竞争的行为,适用本法”,从而延续了对滥用知识产权行为进行垄断规制的立法态度。国家市场监管总局则在2023年6月发布了新的《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定》,对具体可能涉及滥用知识产权垄断行为的认定进行了细化。

在数字经济领域,涉及滥用知识产权的垄断行为可能发生在与技术相关的专利权垄断、与创作相关的版权垄断等领域。例如,5G作为数字经济重要基础性底层技术的无线通信技术,可能会带来标准必要专利相关的垄断行为,而《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定》第十八条和第十九条列举了可能滥用标准必要专利的各类垄断行为及其认定方法,为知识产权的行使划出了较为清晰的红线。这一规定的背后逻辑仍然是鼓励创新,而不是限制创新,因为标准的制定和标准必要专利人的权利行使本身是有益于创新的,但如果对其不施加一定的限制,则可能会显著损害到其他竞争者的创新激励,也会直接影响到上下游经营者的竞争行为自由和创新自由。《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定》第二十一条还提到,“经营者在行使著作权以及与著作权有关的权利时,不得从事反垄断法和本规定禁

止的垄断行为”,明确了禁止滥用著作权从事垄断行为。但较为遗憾的是,该条款并未进一步细化可能出现的滥用著作权垄断行为。在数字经济时代,尤其是生成式人工智能技术(AIGC)快速发展的当下,滥用著作权影响和阻碍创新的行为逐步凸显,部分平台滥用其优势地位,通过著作权独家授权许可和垄断经营的方式阻碍竞争者的创新和发展,最终实际影响的是消费者享受到更便捷和物美价廉服务的权利。因此,随着滥用知识产权反垄断行政执法和司法案例的逐步增多,还需要继续对此类案件中的创新考量进行提炼和强化,以真正达到高效发挥知识产权法和反垄断法在激励和鼓励创新方面的协同效应。

当前,以大数据、云计算、人工智能、区块链等为代表的新一代高新技术革命正席卷全球,并迅速渗透、广泛应用于各个经济领域,催生以数字经济为代表的新兴经济业态,世界逐渐进入数字经济时代。针对传统工业经济特点制定的竞争法在面对数字经济新兴竞争特点、理念时,已力有不逮。

为了使我国在数字经济时代保持竞争活力,获得竞争主动权,我们应当在竞争政策、法律规则搭建起的经济秩序框架之下,不断挖掘社会主义市场经济体制的潜力,充分发挥竞争机制在资源配置中的作用,以促进我国社会主义市场经济发展为根本目标制定竞争政策、完善竞争法律规则。2022年新修订《反垄断法》明确加入“鼓励创新”价值目标是良好的开端,但如何在具体的反垄断法实施中落实“鼓励创新”理念才是决定法律实施效果的关键。无论在垄断行为的认定,还是在依法进行豁免或者抗辩分析时,应当注重数字经济时代竞争的动态性,加强对创新的保护和激励,注重竞争政策制定与执行的国际交流与协调;深入研究数字经济业态下竞争政策、竞争法律制定所依据的经济理论,建立与完善符合数字经济发展特点的有效创新竞争理论,并基于理论指导,开展新修订《反垄断法》的实施,以期形成富有时代特点、解决现实问题、有利于我国数字经济发展的新格局。

注释:

①参见吴子熙:《反垄断法促进数字平台创新的法经济学分析》,《当代法学》2023年第3期,第44-56页;林平:《保护竞争大目标下“鼓励创新”的内涵》,《中国市场监管研究》2023年第2期,第44-48页;方翔:《论反垄断法视角中的创新》,《竞争法律与政策评论》第8卷,北京:法律出版社,2022年,第205-223页。

②[美]克里斯蒂娜·博翰楠、[美]赫伯特·霍温坎普:《创造无界限:促进创新中的自由与竞争》,兰磊译,北京:法律出版社,2016年,第3页。

③Christensen, Clayton M., *The Innovator's Dilemma: When New Technologies Cause Great Firms to Fail*, Boston: Harvard Business Review Press, 2013, pp.120-123.

④参见陈兵:《因应超级平台对反垄断法规制的挑战》,《法学》2020年第2期,第105页。

⑤参见陈兵:《数字经济下相关市场界定面临的挑战及方法改进》,《中国流通经济》2021年第2期,第8-9页。

⑥See Commission's Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, 2004, paras 95-104, available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(07)&from=EN), 访问日期:2023年4月20日。

⑦参见发改办价监处罚[2013]7号, http://www.ndrc.gov.cn/fzgggz/jgdyfld/fjgld/201409/t20140902_624511.html, 访问日期:2023年3月20日。

⑧参见张新红:《数字经济与中国发展》,《电子政务》2016年第11期,第2页。

⑨参见中华人民共和国最高人民法院(2013)民三终字第4号判决书。

⑩参见发改办价监处罚[2015]1号, http://www.ndrc.gov.cn/gzdt/201503/t20150302_666209.html, 访问日期:2023年3月20日。

⑪参见欧盟委员会微软案判决书, Case COMP/C-3/37.792-European Commission, <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/>

cases/dec_docs/37792/37792_4177_1.pdf, 访问日期:2023年3月20日。

⑫Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1784, 访问日期:2023年3月20日。

⑬Europäische Kommission, Erläuterung zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl.2009 C/45/7, Rn.20.

⑭参见袁嘉:《有效创新竞争理论与数字经济时代反垄断法修订》,《竞争政策研究》2020年第3期,第24-26页。

⑮DOJ and FTC: Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition, 2007.

⑯DOJ and FTC: Horizontal Merger Guidelines, 2010.

⑰European Commission: Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings, 2004.

⑱European Commission: Guidelines on the Assessment of Non-horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings, 2008.

⑲Bundeskartellamt, Innovations-Challenges for Competition Law Practice, 2017.

⑳CASE M.7932-Dow/DuPont, https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932_13668_3.pdf, 访问日期:2023年6月20日。

㉑《经营者集中审查规定》第33条:“评估经营者集中对市场进入的影响,可以考虑经营者通过控制生产要素、销售和采购渠道、关键技术、关键设施、数据等方式影响市场进入的情况,并考虑进入的可能性、及时性和充分性。评估经营者集中对技术进步和创新的影响,可以考虑经营者集中对技术创新动力、技术研发投入和利用、技术资源整合等方面的影响。”

㉒参见[美]约瑟夫·熊彼特:《经济发展理论》,郭武军等译,北京:华夏出版社,2015年,第56页。

②③参见《商务部公告 2011 年第 90 号关于附条件批准希捷科技公司收购三星电子有限公司硬盘驱动器业务反垄断审查决定的公告》, <http://www.mofcom.gov.cn/article/b/c/201510/20151001144107.shtml>, 访问日期: 2023 年 2 月 20 日。

②④Case No.COMP/M.4854-TOMTOM/TELE ATLAS., https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4854_20080514_20682_en.pdf, 访问日期: 2023 年 2 月 20 日。

②⑤参见韩伟:《创新在反垄断法中的定位分析》,《中国物价》2019 年第 8 期,第 42 页。

②⑥参见韩伟:《数字经济时代中国〈反垄断法〉的修订与完善》,《竞争政策研究》2018 年第 4 期,第 58-59 页。

②⑦参见[美]弗兰克·N. 马吉尔主编:《经济学百科全书》,吴易风等译,北京:中国人民大学出版社,2009 年,第 449 页。

②⑧参见[德]乌尔里希·施瓦尔贝、[德]丹尼尔·齐默尔:《卡特尔法与经济学》,顾一泉、刘旭译,北京:法律出版社,2014 年,第 11 页。

②⑨参见王先林:《反垄断法与创新——兼论反垄断与保护知识产权的协调发展》,《中国价格监管与反垄断》2017 年第 8 期,第 50-51 页。

③⑩参见王先林、潘志成:《反垄断执法与知识产权保护之间的平衡——美国〈反托拉斯法与知识产权:促进创新和竞争〉报告评述》,《知识产权》2007 年第 6 期,第 11 页。

Encouraging Innovation in *The Antitrust Law* and Paradigm Shift of Antitrust

Yuan Jia

Abstract: The newly revised *Antitrust Law* has introduced "encouraging innovation" as one of its legislative goals, which is particularly relevant in the context of the digital economy. Emphasizing the value of innovation comes at an opportune time. Competition centered around innovation brings vitality to the market, enhances dynamic efficiency, and ultimately promotes high-quality economic development. In the application of *the Antitrust Law*, it is essential to fully implement considerations related to the goal of encouraging innovation. To achieve this, a paradigm shift in anti-trust analysis is necessary, moving from a "price-centered" approach to one that is "innovation-centered". This shift involves introducing innovation harm analysis within the framework of competition injury theories, incorporating considerations of dynamic efficiency resulting from innovation into the reasons for exemptions or defense, and applying these principles to antitrust regulations concerning monopolistic agreements, abuse of market dominance, and concentrations of business operators. Fully achieving the goal of encouraging innovation would contribute to the effective implementation of the newly revised *Antitrust Law* in the era of the digital economy, thereby ultimately achieving a balanced approach between promoting digital economic development and safeguarding innovation-driven competition.

Key words: Antitrust; Encourage Innovation; Competition Injury; Defense for Dynamic Efficiency