

反垄断法“鼓励创新”的功能定位及其实现

郭传凯

摘要:在反垄断法的效率目标长期被局限于静态效率的背景下,“鼓励创新”被写入我国新《反垄断法》立法宗旨条文的做法值得肯定。“鼓励创新”并不是一句空洞的口号,人民法院或执法机构应切实履行反垄断法保障创新的制度功能。一方面,识别并规制表面促进静态效率实际却阻碍创新的垄断行为;另一方面,避免规制促进创新的合法行为,即使是该行为造成静态效率的下降。《反垄断法》及其配套规定不仅在具体表述上存在问题,而且面临对阻碍创新的垄断行为回应不足、存在错误规制促进创新行为的风险等困境。实现反垄断法“鼓励创新”的制度功能,需完善条文表述,强化对阻碍创新行为的规制,并防止对促进创新行为的错误规制。

关键词:反垄断法;立法宗旨;鼓励创新;功能实现

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2023.04.016

反垄断法的立法宗旨引领反垄断法律制度的具体建构,是反垄断法研究的重要对象。芝加哥学派将“经济效益最大化”作为美国反垄断法的唯一宗旨,“消费者福利”被视为经济效益的另一种表达^①;反对者则推崇该法宗旨的多元化,美国学者苏利文就将反垄断法的宗旨归纳为保护市场竞争机制、增进消费者福利、保障创新和技术进步、保护特定经营者利益与实现经济力量的去中心化等五个方面^②。

具体到我国实践,维护市场经济秩序、保障自由竞争、增进消费者福利是我国学界公认的反垄断法的立法宗旨^③,诞生于实体经济的反垄断规则体系与数字经济时代的制度建构均体现了前述宗旨。在此基础上,2020年底公布的《〈反垄断法〉(修订草案送审稿)》在第1条立法宗旨条文中增加了“鼓励创新”的表述^④。持质疑态度的学者认为,《反垄断法》只能“通过建立公平的竞争环境并维护自由的竞争秩序以促进创新,而非依靠文本规范来鼓励创新”,“若鼓励创新最终被确立为立法宗旨,很可能增加法律的模糊性,徒增执法成本”^⑤。然而,在国外,除苏利文教授外,扎拉奇教授亦将“效率与创新”视为欧盟竞争法的主要宗旨^⑥。尽管2022年8月1日起正式实施的我国《反垄断法》最终保留了上述修订,但“鼓励创新”的功能定位究竟为何、反垄断法如何“鼓励创新”等问题依旧有待探讨。

基金项目:国家社科基金青年项目“数字经济时代超级平台企业竞争合规体系的建构研究”(22FXC00635);山东大学国家治理研究院2023年度研究课题“数字经济发展的竞争法治保障研究”(23A01);山东大学人文社会科学创新团队项目“全面依法治国战略实施中的数据运用与数据治理”。

作者简介:郭传凯,山东大学法学院副教授,硕士生导师,山东大学法学院博士后研究人员(青岛 266237; dywaneguo@163.com)。

① William E Kovacic, “The Chicago Obsession in the Interpretation of US Antitrust History”, *University of Chicago Law Review*, 2020, 87(2), pp.459-494.

② Lawrence A. Sullivan, “Antitrust, Microeconomics, and Politics: Reflections on Some Recent Relationships”, *California Law Review*, 1980, 68(1), pp.1-12.

③ 王晓晔:《我国反垄断立法的宗旨》,《华东政法大学学报》2008年第2期。

④ 依据经济合作与发展组织发布的《奥斯陆手册》的界定,创新包括商品与技术、企业经营方式以及商业实践与工作场所的组织方式等方面的革新。本文亦采纳此界定。

⑤ 孙晋:《数字平台的反垄断监管》,《中国社会科学》2021年第5期。

⑥ 韩伟:《创新在反垄断法中的定位分析》,《中国物价》2019年第8期。

一、反垄法“鼓励创新”的时代需求与功能定位

(一)反垄法“鼓励创新”的时代需求

在传统经济学理论下,提升静态效率被视为实现经济效益最大化的主要途径。所谓静态效率,是指资源合理配置与使用所产生的效率,包括配置效率与生产效率。市场竞争无疑是提升静态效率的根本途径。商品价格在竞争机制的作用下不断接近其边际成本或平均可变成本,价格水平与前述成本的差值成为衡量静态效率高低的指标^①。在此基础上,反垄法的目标自然是通过保障自由竞争来实现静态效率的最大化。

在静态效率支配下,保障或促进竞争的观念对国内外反垄法的实施均产生了较大的影响。例如,在2010年美国司法部与联邦贸易委员会联合发布新版《横向合并指南》之前,美国执法机构对企业并购活动的审查很少关注创新因素^②,联邦法院则在不到三分之一的案件中考查了并购对创新因素(如研究开发)的影响^③。具体到我国,行政执法与司法裁判均以追求静态效率为主要目标,裁判文书或行政处罚决定书中常见的“排除或限制竞争效果”表述,指向的正是排挤其他经营者、扭曲市场竞争或直接侵害消费者利益等市场主体所造成的配置效率或生产效率下降。

如果对静态效率的追求总能同时实现创新,则学界不需要对立法宗旨进行反思。以熊彼特为代表的学者指出,以静态效率为基础的分析在很多场合会妨碍创新的实现,一些反垄法规制虽然在短期内可使消费者获得物美价廉的商品,却会使社会错失创新的机会。例如,企业为推广新商品往往会采取一定的排挤性行为,这些策略虽在短期内损害静态效率,却有助于新技术、新商品的普及,严苛的规制活动将阻碍创新。由此可见,追求静态效率与实现创新在一定程度上形成了矛盾关系。对此,熊彼特指出:“由创新引发的动态竞争才是真正重要的竞争。”^④无休止的存量竞争只能导致低水平的重复“内卷”和经济增长的乏力。波斯纳亦认为:“在网络经济等‘新经济’中,创新比企业静态效率更加重要,而反垄法却更倾向于制裁那些为实现创新而导致静态效率下降的行为。”^⑤这意味着静态效率不应成为反垄法追求的唯一目标。

以熊彼特为代表的学者将创新引发的生产力或生产关系的革新定义为动态效率,并指出动态效率在提升经济效益方面的关键作用,进而推崇以实现动态效率作为企业经营的主要目标^⑥。在我国经济已由高速增长阶段转向高质量发展阶段的背景下,“以科技创新和商业模式创新引领和推动高质量发展,是破解当前经济社会深层次矛盾和问题的必然选择,也是加快转变经济发展方式、调整经济结构、提高发展质量和效益的重要抓手”^⑦。关注创新引发的动态效率,激发企业的创新活力,不仅是市场竞争的应有之义,更有利于产业结构的升级和发展质量的提升。

创新无疑是新时代企业赢得市场机会、形成竞争优势的主要手段,更是市场竞争的主要场域。“创新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

^① George A. Hay, Market Power in Antitrust, *Antitrust Law Journal*, 1992, 60(3), pp.807-828.

^② 韩伟:《美国〈横向合并指南〉的最新修订及启示》,《现代法学》2011年第3期。

^③ Richard J. Gilbert, Hillary Greene, “Merging Innovation into Antitrust Agency Enforcement of the Clayton Act”, *George Washington Law Review*, 2015, 83(6), pp.1919-1947.

^④ Frank H. Easterbrook, “The Limits of Antitrust”, *Occasional Papers from the Law School, the University of Chicago*, 1985, 21, pp.1-26.

^⑤ Richard A. Posner, “Antitrust in the New Economy”, *Antitrust Law Journal*, 2001, 68(3), pp.925-944.

^⑥ Geoffrey A. Manne; Joshua D. Wright, “Innovation and the Limits of Antitrust”, *Journal of Competition Law & Economics*, 2010, 6(1), pp.153-202.

^⑦ 时建中:《新〈反垄法〉的现实意义与内容解读》,《中国法律评论》2022年第4期。

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。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。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。”^①站在激励竞争的立场,反垄断法应当鼓励与支持创新,力求使企业竞争在创新的驱动下提升至更高水平,进而实现经济效率的最大化,增进消费者利益。相比静态效率,新时代的反垄断法更应追求创新引发的动态效率。

相比之下,有学者并不主张将“鼓励创新”纳入《反垄断法》第1条。他们认为:一方面,传统范式下的静态效率与创新引发的动态效率都属“经济运行效率”的范畴,将“鼓励创新”与“提高经济运行效率”并列将造成逻辑体系的混乱;另一方面,不将“鼓励创新”写入《反垄断法》并不意味着《反垄断法》对创新活动就不提供保护,现行制度已不乏对创新的关切^②。然而,笔者认为,在学界与业界长期将“经济运行效率”限定为“静态效率”的背景下,将“鼓励创新”写入该法能够起到强调动态效率的作用。且下文还将指出,在反垄断法实施的过程中,部分人民法院或执法机构对创新的分析,不足以实现本文主张的“鼓励创新”功能。因此,将“鼓励创新”纳入立法宗旨的做法值得肯定。

(二)反垄断法“鼓励创新”的功能定位

为适应新时代需求,2022年8月1日正式生效的我国新《反垄断法》,在第1条立法目的条款中增加了“鼓励创新”的立法表述。依据字义解释,鼓励创新包含以下两种含义:其一,促进创新,即通过补贴、税收减免等方式积极创造条件,推动企业创新;其二,保障创新,即规制损害创新的竞争行为,同时为促进创新的行为营造宽松的制度环境。由于反垄断法难以通过“有形之手”促进创新,“鼓励创新”的实质含义应为保障创新,具体包括以下两方面内容:一方面,人民法院或执法机构应识别并规制表面促进静态效率实际却阻碍创新的垄断行为;另一方面,有损静态效率的行为完全有可能因促进创新而构成合法行为,人民法院或执法机构应避免对这类行为的错误规制。

“鼓励创新”不应是一句空洞的口号,而应是在案件处理过程中切实分析行为对创新的影响,确保分析的独立性与优先性。所谓独立性,意指人民法院或执法机构应当在案件处理过程中,将行为对创新的影响视为一个独立因素予以专门分析,行为是否有利于创新与其能否提升静态效率并无必然关联。所谓优先性,意指当静态效率与动态效率存在冲突时,人民法院或执法机构应优先追求动态效率;提升静态效率却阻碍创新的竞争行为依旧构成垄断行为,削弱静态效率却能产生动态效率的行为很可能是合法行为。

反垄断法的“鼓励创新”功能亦是立足个案进行具体分析的过程。例如,大企业与小企业究竟谁更有利于创新并无“放诸四海而皆准”的答案。围绕前述问题,熊彼特与阿罗曾进行了近半个世纪的争论。前者主张“具有垄断力量的大企业是创新的主力军”“完全竞争与创新无法相容”^③。前述主张的理论依据有二:其一,市场力量强大的企业能够获得较高的利润,从而确保研发资金;其二,市场力量较强的企业可从创新中获得回报,从而激发进一步创新。其他学者通过实证研究指出:“一些高度集中的市场往往呈现创新成果涌现的局面,而一些原子型市场似乎陷入了创新困境。”^④但基于以下原因,阿罗认为大企业往往阻碍创新:(1)其他企业的创新往往会动摇在位大企业的市场地位,后者将采取行动阻止创新。(2)创新有着较大的沉没成本和不可逆性,新的技术或方法一旦确立,旧的技术或

① 方翔:《论数字经济时代反垄断法的创新价值目标》,《法学》2021年第12期。

② 王磊:《创新目标在〈反垄断法〉上的定位与实现——兼评〈反垄断法(修正草案)〉第1条》,《中国政法大学学报》2022年第1期。

③ Jonathan B. Baker, “Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation”, *Antitrust Law Journal*, 2007, 74(3), pp.575-602.

④ Richard J. Gilbert, “Looking for Mr. Schumpeter: Where Are We in the Competition Innovation Debate?”, *Innovation Policy and the Economy*, 2006, 6, pp.159.

方法则被淘汰。当大企业尚未从后者获取充足回报时,则会选择放缓创新的步伐甚至“雪藏”最新技术成果^①。

实际上,两者观点并不存在根本冲突。一方面,抑制大企业并不必然有利于创新,一定程度的市场力量和随之而来的市场集中度往往有利于创新的实现。创新往往需要克服巨大困难,创新企业最终只有少数获得成功,因此创新密集行业一般不会呈现原子型市场结构。另一方面,在位大企业阻碍其他经营者创新的排挤性行为应当受到规制。反垄法应包容创新能力突出的大企业,同时防止其滥用市场力量阻碍创新。例如,当市场黏性较强或出现“赢家通吃”的局面时,大企业无须创新即可从过去的成果中获得充足的回报,此时执法机构应警惕其滥用市场力量阻碍创新的行为。此外,对创新而言,协议与集中均具备两面性。一方面,协议与集中均为企业联合研发的主要手段^②;另一方面,协议与集中均可产生阻碍创新的后果。在垄断协议与经营者集中案件中,人民法院或执法机构亦需立足个案对行为的创新效果进行分析。

二、实现反垄法“鼓励创新”功能面临的困境

《反垄法》的三大支柱性制度均包含对创新因素的考查。例如,“限制购买新技术、新设备或限制开发新技术、新产品的协议”被原则性禁止,“为改进技术、研究开发新产品”则被列为垄断协议豁免的事由之一;经营者的技术条件是判断其有无市场支配地位的主要考查因素;经营者集中审查亦需考虑集中对技术进步的影响。

《反垄法》的主要配套规定亦对创新作出了规定。《禁止垄断协议规定》第11条禁止具有竞争关系的经营者达成限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品的垄断协议,第16条对“协同行为”的认定亦需考查行为对技术进步等方面的影响。《禁止滥用市场支配地位行为规定》第7条第2款规定界定市场支配地位、分析相关市场竞争状况应考查创新和技术变化等因素,第9条规定经营者技术条件的确定需分析其研发能力,第22条则要求分析行为正当性时考虑行为对创新的影响。《经营者集中审查规定》第31条将“对技术进步的影响”作为审查的主要因素之一。在《关于平台经济领域的反垄指南》中,除第11条平台市场支配地位的认定外,单方行为的正当理由包含创新因素。例如第13条规定“在合理期限内为促进新商品进入市场”构成低于成本销售行为的正当理由,第15条将“保护知识产权”列为限定交易行为的正当理由,第20条则规定审查平台企业的经营者集中可考虑“现有市场竞争者在技术和商业模式等创新方面的竞争,对经营者创新动机和能力的影响,对初创企业、新兴平台的收购是否会影响创新”等因素。《关于知识产权领域的反垄指南》第4条规定界定相关技术市场可考虑行为对创新、研发等因素的影响,第5条从评估市场的竞争状况和对具体行为进行分类两个方面要求人民法院或执法机构分析技术创新、传播、发展等因素,第6条则规定行为分析需兼顾行为对创新的积极影响^③。然而目前,在实现鼓励创新的制度功能方面,《反垄法》及其配套规定面临以下困境:

^① Jonathan B. Baker, “Beyond Schumpeter vs. Arrows: Antitrust Fosters Innovation”, *Antitrust Law Journal*, 2007, 74(3), pp. 575-602.

^② 联合研发可通过市场机制、战略联盟与经营者集中三种方式予以实现。其中,依据是否涉及企业资本或股份,市场机制可分为“短期的以市场交易为表现形式的协议”和“资本或股份投资行为”,战略联盟亦可分为“中长期战略合作协议”和“基金会、少数持股或交叉持股”等合作形式。

^③ 除上述条文外,该指南中针对不同行为类型的具体规则亦包含了对创新因素的考查。例如,第9条规定对知识产权回授行为的分析需要考虑回授对被许可人改进技术的积极性是否造成影响,第16条则要求分析拒绝许可行为是否阻碍相关经营者的创新。

(一)具体表述问题

1. 概念使用以偏概全。例如,《反垄断法》第17条禁止具有竞争关系的经营者达成限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品的垄断协议,这导致经营方式、组织结构等创新因素被排除在考查范围之外。第20条将抗辩事由限定为“改进技术”与“研究开发新产品”,而研究开发新设备等情形无法成为法定的抗辩事由。这种“以偏概全”的概念使用方式导致有关创新的相关因素无法获得全面分析。

2. 不必要的表述差异。例如,在鼓励创新方面,《禁止垄断协议规定》与《经营者集中审查规定》重点使用了“技术进步”概念,《禁止滥用市场支配地位行为规定》则同时使用了“技术变化”“创新因素”等概念,《关于平台经济领域的反垄断指南》使用了“技术创新和应用能力”“技术进步”“技术和商业模式创新”等表述。此外,《关于汽车业的反垄断指南》还使用了“技术创新”“技术升级”“模式创新”等概念。这些不必要的表述差异损害了法律秩序的统一性,徒增了法律解释的成本,不利于“鼓励创新”功能的实现。

(二)对阻碍创新的垄断行为回应不足

其一,经营者集中阻碍创新效果的审查标准有待细化。《经营者集中审查规定》仅原则性地要求人民法院或执法机构考查集中对创新的影响,这导致前述主体存在较大的裁量空间。执法机构很可能因涉案集中活动能够提升静态效率(如向消费者提供质优价廉的商品)而允许有损创新的经营者集中。

其二,现行制度难以充分应对阻碍创新的扼杀性并购。在平台经济领域中,在位大企业发起的以有经营前景的初创企业为对象的扼杀性并购很可能对创新造成不利影响。(1)经济学实证研究表明,创新活动及其利润的专属性直接影响企业创新的动机。上述并购使进行前期投资的初创企业失去独占创新成果以获取利润的机会,进而无法保持创新动机^①。(2)扼杀性并购为初创企业的投资者树立了错误的目标,使后者进行投资的主要目的沦为以更高的价格出售初创企业赚取差价,这显然不利于企业创新。(3)经济学家阿罗指出,头部企业相较初创企业具有创新劣势^②。由于在位大企业现有的技术或经营模式尚未充分释放其盈利能力,即使其获得了初创企业的创新成果,亦会选择将其“雪藏”。更有甚者,为避免初创企业的创新成果挤占其盈利空间,在位大企业可能在完成并购后终止创新活动。

然而现行制度却难以规制扼杀性并购。(1)经营者集中制度遵循“经营者集中—相关市场结构变动—影响市场竞争”的内在逻辑,作为审查对象的单边效应或协同效应皆源自集中造成的相关市场结构变动。扼杀性并购发生于实力相差悬殊的两个企业之间,即使两者被界定在同一相关市场,该并购亦不能使市场结构出现明显变动。(2)许多扼杀性并购既非发生于同一相关市场的横向集中,亦非发生于上下游市场的纵向集中。此时,该类并购虽在形式上符合混合集中的概念,但却难以适用相应的审查标准。阻止混合集中的原因在于被并购方构成并购方的潜在竞争者,放任该集中将有损潜在竞争。而依据潜在竞争者进入相关市场的可行性、及时性与充分性要求,在发生并购时,初创企业很难被界定为超级平台企业的“潜在竞争者”。(3)对单边效应或协同效应的关注忽视了并购对创新的不利影响。尽管以熊彼特为代表的许多学者认为大企业是创新的主力军^③,但将初创企业的创新成果据为己有,未必比保障其独立发展更有利于创新。实际上,熊氏笔下的“大企业创新”,是指大企业在初创企业的竞争压力下为保持竞争优势所进行的创新。(4)扼杀性并购对经营者集中的事前申报制度形

① Thomas M. Jorde, David J. Teece, “Innovation, Cooperation and Antitrust”, *High Technology Law Journal*, 1989, 4(1), pp.1-114.

② Richard J. Gilbert, Hillary Greene, “Merging Innovation into Antitrust Agency Enforcement of the Clayton Act”, *George Washington Law Review*, 2015, 83(6), pp.1919-1947.

③ C. Scott Hemphill, “Disruptive Incumbents: Platform Competition in an Age of Machine Learning”, *Columbia Law Review*, 2019, 119(7), pp.1973-2000.

成了挑战。一些初创企业在中国境内的年营业额无法达到4亿元人民币的门槛,致使相关并购无须进行事前申报^①。

其三,经营者在进行知识产权许可时可能会滥用其在相关商品市场或技术市场中的市场力量,禁止被许可方开发与之竞争的新技术。而《关于知识产权领域的反垄断指南》中相关市场的界定,仅包括相关商品市场或技术市场以及与之对应的相关地域市场,前述制度工具难以有针对性地衡量知识产权滥用行为对技术创新的遏制效应。因此,如何进行制度回应成为需要解决的问题。

其四,不论新《反垄法》还是最新公布的《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为规定》,都忽视了对行政垄断是否阻碍创新的分析。例如,行政机关或法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织,往往可通过设置地域关卡的方式阻碍新产品或新技术进入本地市场。这不仅妨碍本地企业吸收先进技术实现产业结构优化转型,更导致创新企业难以通过市场机制获取合理回报。再如,有的行政机关为避免产业创新对传统纳税企业形成冲击而对创新企业施加歧视性待遇。因此,反垄法回应行政垄断应当考查涉案行为对创新的阻碍效果。

(三)存在错误规制促进创新行为的风险

目前,人民法院或执法机构对垄断行为的认定以静态效率为主要标准,对创新的考查依附于对静态效率的分析。在行为损害静态效率的情形下,若涉案行为未对创新有明显的促进作用,即使执法机构将行为解释为抑制创新,案件处理结果亦不至有失公正;而当行为确有可能促进创新时,附属性分析则易造成错误规制。

在“东莞市横沥国昌电器商店、东莞市晟世欣兴格力贸易有限公司纵向垄断协议纠纷案”中^②,二审人民法院在认定涉案转售价格维持行为未损害静态效率的同时,附带性指出该行为可促进新品牌、新商品进入相关市场;而在“锐邦公司诉强生公司纵向垄断协议纠纷案”中^③,二审人民法院则在转售价格维持行为损害静态效率的前提下认定该行为不利于新商品的销售。两法院均未着力分析行为对创新的影响,涉案行为被认定为垄断行为的实质理由是损害静态效率。在“阿里巴巴‘二选一’行为行政处罚案”^④中,国家市场监督管理总局在分析阿里集团强制“二选一”对竞争的阻碍效果时,阐述了该行为对平台创新的影响。一方面,“平台内经营者可以根据不同平台用户特点……相机采取不同的竞争策略,开展差异化经营”,而当事人的“二选一”行为限定前述经营者只能与其进行交易,继而“抑制了平台内创新发展的动力和活力”;另一方面,“当事人通过不正当手段维持和巩固自身竞争优势,削弱了平台内经营者开展技术和商业模式创新的动力,影响了其他平台和潜在竞争者的创新意愿”。然而,限制差异化经营必然影响创新的动机和活力的观点,既没有理论依据,亦缺乏实证支持。即使损害静态效率的行为构成垄断行为,亦不代表其必然削弱其他经营者的创新能力。

执法机构在经营者集中案件中草率认定集中的阻碍创新效果亦可导致上述错误。在“陶氏化学与杜邦合并案”中^⑤,商务部在认定合并将损害静态效率的前提下分析了合并对创新的影响。合并前,陶氏和杜邦是除草剂和杀虫剂市场上重要的创新力量,各自在研发领域展开竞争,研发投入较大、创新能力较强、商品储备丰富,而合并后,双方可能减少进行技术研发的动力、减少目前平行创新领域(具有相同靶向商品)的投入、延缓新商品上市速度,可能对该商品市场的技术进步产生不利影响。商务部认为,两企业各自进行研发将形成技术竞争,从而推动相关市场的创新,但它未重视以下关键因素:(1)两企业各自创新所面临的困难,(2)联合开发对解决前述困难的必要性,(3)联合研发对

① 郭传凯:《超级平台企业滥用市场力量行为的法律规制——一种专门性规制的路径》,《法商研究》2022年第6期。

② 广东省高级人民法院(2016)民终1771号民事判决书。

③ 上海市高级人民法院(2012)民三(知)终字第63号民事判决书。

④ 国市监处[2021]28号行政处罚决定书。

⑤ 商务部2017年第25号公告。

推动技术进步的可能性,(4)通过其他途径实现同等创新的可行性,(5)相关市场内其他经营者的市场力量与创新能力等。因此,商务部可能阻止了原本促进创新的经营者集中。

还有,创新作为抗辩事由的作用未得到充分发挥,加剧了错误规制的问题。(1)新《反垄断法》第20条将“为改进技术、研究开发新产品”情形作为垄断协议抗辩的事由之一。依据《禁止垄断协议规定》第20条规定,经营者依据前述规定进行抗辩,需证明协议实现前述情形的形式与效果、协议与实现前述情形的因果关系、协议是实现前述情形的必要条件。经营者承担该证明责任并非易事,有的人民法院或执法机构往往对“协议促进创新的效果”并不信任,由此造成垄断协议案件中创新抗辩的困难。例如,在“信雅达等三家密码器企业垄断协议案”中^①,涉案三家企业明确以创新为由提出抗辩,但案件审理法院却选择直接忽略。(2)《经营者集中审查规定》第34条第2款要求,经营者集中审查应当分析集中对创新的影响^②。这种中立式表述可能导致执法机构偏重分析集中对创新的阻碍效果而忽视创新作为抗辩事由的意义。与此同时,前述文件并未对企业如何通过创新进行抗辩作出规定,创新抗辩之路有待疏通。(3)滥用市场支配地位制度中的抗辩事由并未突出创新的重要意义^③。例如,对搭售行为而言,《禁止滥用市场支配地位行为规定》仅将“实现特定技术”作为该行为的正当理由之一,《关于平台经济领域的反垄断指南》则未在正当理由中体现有关创新的内容,而搭售行为完全有可能实现技术或商品的创新。再以拒绝交易为例,上述两文件中的相关正当理由均未规定与创新有关的内容。实际上,强迫经营者将其创新成果进行交易,很可能在实现静态效率的同时损害该经营者的创新动机与能力,亦不利于激励交易相对方进行技术开发等创新活动。

三、反垄断法“鼓励创新”功能的实现路径

为更好地实现反垄断法“鼓励创新”的制度功能,法律条文的表述应当进行优化,制度建构与法律实施应当强化对阻碍创新行为的规制,并避免对企业创新行为的错误规制。

(一)完善条文表述

由于创新包含技术、商品、组织结构、经营模式等方面的革新,除必要的差异化表述外,相关规则可直接使用“创新”概念进行指代,以解决以偏概全与表述不统一等问题。首先,在部分法条的表述上,立法者可以增加列举式表达以提示案件分析的侧重点,但最终落脚点应为“创新”这一概念。例如,《反垄断法》第17条第四项“限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品”,可改为“以限制购买新设备或限制开发新技术等方式阻碍创新”;该法第20条第一项“为改进技术、研究开发新产品”,可改为“为实现技术、产品等方面的创新”。其次,在不强调侧重点的法条中,立法者可直接使用“创新”概念对差异性表述进行替换。例如,《经营者集中审查规定》第31条“经营者集中对市场进入、技术进步的影响”,可改为“经营者集中对市场进入、创新的影响”。最后,相关配套规定在专门指涉具体层面(如技术层面)的创新时,仍可继续使用个性化表述^④。为实现前述改进,在《反垄断法》或其配套规定中增设“创新”的定义条款值得期待。

(二)强化对阻碍创新行为的规制

《经营者集中审查规定》需进一步明确审查经营者集中阻碍创新所需考虑的因素。美国2010年《横

① 北京市第二中级人民法院(2018)京02行终82号行政判决书。

② 上述条款规定,评估经营者集中对技术进步的影响,可以考虑经营者集中对技术创新动力和能力、技术研发投入和利用、技术资源整合等方面的影响。

③ 《禁止滥用市场支配地位行为规定》仅在第22条中笼统地规定,对行为正当理由的考查应当分析行为对创新方面的影响。

④ 当相关规则需指明有关创新的特定内容时可使用差异化表述。例如,《关于知识产权领域的反垄断指南》第7条有关联合研发考虑因素的规定,可继续使用“是否限定经营者在与联合研发无关的领域研发的新技术或者新产品所涉知识产权的归属和行使”。

向合并指南》第六章第四节规定,若参与并购的企业正在或有能力开发新产品,则并购很可能对创新造成不利影响。为避免前述不利影响,联邦执法机构应专门考查以下因素:(1)参与集中的经营者是否在技术、经营模式等层面进行过竞争,如经营者是否在竞争的激励下明显追加过创新的经费投入。(2)集中是否有助于经营者排挤其他可能在技术、经营模式上对其形成挑战的经营者。(3)参与集中的经营者是否可通过技术开发等途径赢得与参与集中的其他经营者之间的竞争。(4)集中是否使经营者有能力阻止研发活动。(5)相关市场是否存在其他有竞争力的技术方案等。这些规定值得我国借鉴。

为应对扼杀性并购,事前申报标准应当予以修订。针对该类并购,欧盟与美国并未在通用申报标准上进行修正,而是采取了针对“守门人”企业或“覆盖平台”的专门性规制策略。尽管国家市场监督管理总局出台的《互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》,试图强化对超级平台企业的规制,但2022年6月公布的《国务院关于经营者集中申报标准的规定(征求意见稿)》表明,我国将把扼杀性并购问题放置在经营者集中制度的框架下进行解决,而不局限于对特定类型企业的规制。该征求意见稿第4条规定:“经营者集中未达到本规定第三条规定的申报标准,但同时满足下列条件的,经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报,未申报的不得实施集中:(一)其中一个参与集中的经营者上一会计年度在中国境内的营业额超过1000亿元人民币;(二)本规定第二条第(一)项所规定的合并其他方或第二条第(二)项和第(三)项所规定的其他经营者市值(或估值)不低于8亿元人民币,并且上一会计年度在中国境内的营业额占其在全球范围内的营业额比例超过三分之一。”国家市场监督管理总局对该征求意见稿的说明并未指出前述条文主要适用于平台经济领域^①，“营业额超过1000亿元人民币”的规定的确可将很多大型实体企业的并购活动纳入申报范围。但从被并购方市值(或估值)指标的选择可以看出,前述申报标准明显兼顾了平台经济领域的申报工作。正是由于作为被并购方的平台企业在营业额、销售额、资产数额等传统指标上的数值偏低,导致前述指标不足以反映其真实市场力量及并购对市场竞争造成的影响,国家市场监督管理总局才转而选择市值或估值作为遴选其他参与方的指标。前述标准试图兼顾实体经济与平台经济领域的事前申报问题,造成数额设定的针对性与科学性有所不足。例如,平台经济领域有市场前景的初创企业市值或估值一般远远超过8亿元人民币,将市值的数额门槛设置为8亿元人民币将导致几乎所有大型平台企业发起的并购活动均需进行事前申报,这不仅超过保障市场竞争的实际需要,更对并购者造成过高的合规成本,阻碍经济效率的实现^②。再比如,国家市场监督管理总局将“在中国营业额占全球总营业额三分之一以上”作为判断其他参与方在我国有大量业务的标准,难以适应平台企业的特殊性。发生并购时,作为被并购方的平台企业在中国的营业额数值及其在全球总营业额的比重可能不高,但该企业依旧可能已经或即将在我国拥有大量业务。采取前述标准有可能错放对竞争造成不良影响的并购活动。因此,笔者主张,应旗帜鲜明地针对平台经济领域的扼杀性并购行为确定专门的申报标准,保留营业额1000亿元人民币的数额门槛,适当提高市值或估值的数额门槛,并将在我国日均或月均活跃用户数量作为衡量是否在我国有大量业务的标准^③。

① 国家市场监督管理总局指出:“根据案件申报和审查情况,大型企业一般市场力量较强,相比中小经营者,其集中行为具有或者可能具有排除、限制竞争效果的可能性较高。同时,关注大型企业并购也符合国际趋势。对大型企业开展集中的申报门槛进行规定,并依法进行竞争分析,对于具有或者可能具有排除、限制竞争效果的集中,经营者集中审查制度可以在事前有效预防产生垄断的市场结构,减少集中对竞争产生的不利影响,增强反垄断治理的准确性和有效性,保护市场主体创新活力。”参见国家市场监督管理总局关于公开征求《国务院关于经营者集中申报标准的规定(修订草案征求意见稿)》意见的公告, https://www.samr.gov.cn/jzxts/tzgg/zqyj/202206/t20220625_348150.html, 访问日期:2022年11月1日。

② 对实体经济领域而言,8亿元人民币的数额门槛亦有过低之嫌。当集中参与方有一定市场前景或市场力量时,依照第4条进行申报才有意义。在独角兽企业的市值或估值动辄在10亿美元以上的时代,市值在8亿元人民币左右的企业并不具有明显的市场前景。

③ 郭传凯:《数字经济领域扼杀性并购的反垄断规制》,《上海财经大学学报》2023年第1期。

对符合事前申报标准的经营者集中,参与集中的企业应主动汇报并购对创新的影响。在符合以下条件时,扼杀性并购可获得批准:(1)并购很可能实现技术、产品或经营模式等方面的创新;(2)该创新很难通过经营者集中以外的其他途径予以实现;(3)该集中并未在其他方面造成明显不利影响;(4)即使没有该并购,静态效率下的竞争也很难被明显激化。执法机构不应批准可提升静态效率却有损创新的扼杀性并购。此外,事后跟踪评估机制可用于分析并购对动态竞争的实际影响。一旦发现不利情况,执法机构可要求并购企业予以整改;情况严重的,执法机构还可采取结构性救济。在未经申报径自进行集中的案件中,经营者在执法程序开始后主动向反垄断执法机构报告扼杀性并购的有关情况并提供重要证据的,执法机构可以酌情减轻对该经营者的处罚。

笔者建议,在我国《关于知识产权领域的反垄断指南》中应引入研发市场的概念,从而形成“商品市场—技术市场—研发市场”的完整体系,以应对排除或限制研发市场中竞争活动的行为。一方面,对相关研发市场的界定更有助于分析滥用知识产权许可或知识产权驱动的经营者集中对研发活动的影响,避免经营者从事遏制研发的行为。另一方面,有助于促使在研发市场中有支配地位的经营者不得在知识产权许可时附加不合理的限制条件(如禁止专利改进),不得从事其他阻碍创新的知识产权行为。

研发市场由可商业化的研发活动及其替代品组成。在界定研发市场时,从事研发活动的经营者的现有技术、研发设施及相关资产、相关商业环境等因素均需考查。以之为基础分析市场力量时,执法机构应当考察研发市场的市场集中度和经营者的市场份额,若前述因素不易评估且经营者从事研发活动的能力近似,则执法机构可认定其市场力量实质相同。值得一提的是,美国司法部和联邦贸易委员会于2017年联合发布的《知识产权许可的反托拉斯指南》规定,若研发市场上至少有另外四家经营者拥有同等的能力和动机从事类似研发,则涉案行为一般不会对相关研发市场造成负面影响。

针对行政垄断对创新造成的阻碍效果,公平竞争审查制度的实施应着重分析规范性文件对创新的阻碍效果。行政机关或法律、法规授权的组织通过排除、妨碍市场竞争的具体行政行为阻碍市场创新的,经营者可提起行政诉讼。

(三)防止错误规制

错误规制出现的主要原因在于,人民法院或执法机构一旦在排挤性行为与经营者市场力量的形成之间建构起因果关系,就容易认定垄断行为的存在。在以存量竞争为主的领域,这种认定方法可能是中肯的,但在创新多发的领域,创新成果的推广往往需要一定的排挤性策略并伴随经营者市场力量的提升,此时,忽视创新带来的长期效益而机械地认定垄断行为的做法则值得反思。笔者认为,人民法院或执法机构应当区别对待“企业推广创新成果需要从事一定排挤性行为”与“企业为攫取市场力量而采取排挤性行为”。在涉案经营者具备市场支配地位时,行为认定更需谨慎。原因在于,既然不采取排挤性行为被告亦能维持市场地位,则有理由相信其行为以推广创新成果为目的或能够实现推广创新成果的效果。人民法院或执法机构应分析行为可能对创新带来的促进效果,明显产生前述效果的行为即使具备一定的排挤性,亦不属于垄断行为的范畴^①。

为确保创新分析的独立性,原告或执法机构主张被告或行政相对人的经营活动阻碍创新时应当提供直接证据。一方面,原告或执法机构证明被告或行政相对人的行为阻碍创新的成本,一般小于被告或行政相对人证明其行为不会产生前述后果的成本,因此举证责任不能倒置。另一方面,人民法院或执法机构认定涉案行为对创新造成损害时,应有证据证明这种损害已超越对特定经营者的损害,如涉案行为限制技术进步或新商业模式的普及。举证责任的承担可有效防止人民法院或执法机构仅因涉案行为不利于静态效率就草率认定该行为阻碍创新,从而避免错误规制。

创新的抗辩功能应当得以强化。首先,除呼吁人民法院或执法机构重视经营者的创新抗辩外,安全港制度的建构亦便于经营者在垄断协议案件中进行前述抗辩。一般而言,市场力量较小的经营者

^① Thomas A. Lambert, “The Limits of Antitrust in the 21st Century”, *University of Kansas Law Review*, 2020, 68(5), pp.1097-1132.

可通过协议的方式进行联合研发,实现技术等方面的创新,却很难造成排除或限制竞争的效果。该制度源自20世纪80年代美国联邦法院的裁判,在纵向垄断协议案件中,美国联邦法院通常要求原告证明被告经营者在相关市场上享有20%—25%以上的市场份额^①。欧盟委员会则在2010年制定的《纵向协议集体豁免条例》中规定,除核心限制外,上下游经营者在各自相关市场中所占市场份额不超过30%时相关协议可获得集体豁免。值得注意的是,尽管率先产生于纵向协议案件中,但安全港规则亦可适用于横向协议案件。例如,美国《关于竞争者之间合谋的反托拉斯指南》规定,对于不属于本身违法的协议,如果合谋参与者总共的市场份额不超过竞争可能受到影响的每一相关市场的20%,执法机构不会对该竞争者合谋进行指控。再如,欧盟《非重要协议通告》规定,对于不构成对竞争明显限制的竞争者之间达成的协议,如果受该协议影响的任何相关市场上协议各方的总市场份额不超过10%;对于不构成对竞争明显限制的非竞争者之间达成的协议,如果受该协议影响的任何相关市场上协议各方的市场份额不超过15%,那么上述协议不受《欧盟运行条约》第101条第1款的禁止。与之类似,我国《关于知识产权领域的反垄断指南》的“安全港规则”规定,当有竞争关系的经营者市场份额总和不超过20%,或有交易关系的经营者在各自相关市场上的市场份额均不超过30%时,所达成的协议一般不会阻碍创新。相比之下,修订后的我国《反垄断法》仅在纵向协议中规定了安全港规则,从而排除了横向协议适用该规则的可能性。这种做法存在问题。学界主张将该规则扩展适用至横向协议的呼声很高。未来的“安全港规则”可针对横向协议与纵向协议设置不同的适用门槛,符合条件的联合研发协议可据此获得豁免,除非原告或执法机构证明该协议具备排除或限制竞争的效果。

其次,执法机构不应遏制有利于创新的经营者集中,即使该集中可能损害静态效率。然而,避免这类错误并非易事。一方面,创新在很大程度上属于企业内部决策的范畴,且企业往往选择将技术开发过程作为商业秘密进行保护,导致执法机构面临信息不对称的难题。另一方面,创新本身是不确定的。企业当下为创新作出的努力往往只能在一定时期后才能取得成效,基于眼前利益而否定经营者集中很可能扼杀创新。为走出前述困境,相关制度设计可将创新定位为企业抗辩的主要事由,以激励企业主动提供有关合作创新的相关信息。执法机构应在相应指南中明确规定企业通过创新进行抗辩的权利,并列举通常的抗辩情形,如企业技术的匹配性、企业内部具备可行性的研发计划、集中可使相关企业在技术上更好地应对竞争对手的挑战、合作研发的重大效率、相关市场内存在多项可替代技术等。前述抗辩应当满足必要性要件,即参与集中的经营者应证明创新难以通过集中以外的其他途径予以实现^②。

最后,有关禁止滥用市场支配地位制度中的正当理由应包含有关创新的内容。例如,搭售行为的正当理由应包括实现新技术或研究开发新产品,拒绝交易行为的正当理由可包括防止创新成果泄露。人民法院或执法机构在认定是否属于滥用市场支配地位时,应主动考察与创新有关的因素。以拒绝交易行为为例,人民法院或执法机构不应仅因拒绝者具备支配地位、交易相对方利益受到损害或拒绝者因其行为获得相应收益就认定涉案行为违法。当设施研发耗费经营者大量成本时,草率认定拒绝交易行为违法无疑会阻碍其通过市场机制收回成本、获取利益的空间,从长远来看不利于激励企业进行创新。

四、结语

创新在提高经济效率、增进消费者福利等方面的作用不言而喻。在反垄断法的效率目标长期被局限于静态效率的背景下,将“鼓励创新”写入《反垄断法》立法宗旨条文的做法值得肯定。人民法院或执法机构须对创新进行独立的、优先的分析,在有效制止阻碍创新的垄断行为的同时,避免错误规制。

^① Polk Bros., Inc. v. Forest City Enterprises, Inc., 776 F.2d 185 (7th Cir. 1985).

^② 应品广:《论我国经营者集中反垄断审查标准的选择》,《经济法论丛》2013年第2期。

相比价格、产量等静态效率因素,人民法院或执法机构往往更难对创新因素进行分析,践行“鼓励创新”的制度功能无疑给人民法院或执法机构带来挑战。人民法院或执法机构应在考察涉案经营者业务特征与所属行业发展状况的基础上,拓宽案件处理线索。例如,用以证明经营者阻碍或促进创新意图的内部文件、企业规划,企业员工、关联市场的经营者对涉案行为所产生的创新效果的看法,企业以往研究开发的投入,相关知识产权的数量,创新活动的定位及对其可能性、充分性、及时性的评估,企业从事创新活动的成本与收益等因素,均可成为影响案件处理的相关证据。为实现充分翔实的创新分析,实证调研与经济分析应在案件处理过程中获得更多运用。另外,反思总结执法案件、公布指导性案例等方式亦有助于“鼓励创新”功能的实现。

The Functional Orientation and Implementation of “Encouraging Innovation” in the Anti-monopoly Law

Guo Chuankai

(Law School, Shandong University, Qingdao 266237, P.R.China)

Abstract: Innovation in technology and business models is the core driving force for high-quality economic development, and it is also an effective approach for optimizing economic structure and transforming development methods. In order to fully utilize the innovation capabilities of large enterprises and effectively stimulate innovation vitality of small and medium-sized enterprises, it is necessary to achieve a positive interaction between innovation and competition. A free and fair competitive order provides the necessary guarantees for enterprise innovation, and the emergence of innovative achievements drives market competition to transit from low-end inventory competition to high-end incremental competition.

In this context, the practice of incorporating “encouraging innovation” into the legislative purpose provisions of the revised Anti-monopoly Law is not a simple reference to extraterritorial experience but based on a profound summary of China’s experience. “Encouraging innovation” is not an empty slogan, and people’s courts or law enforcement agencies must effectively perform the institutional function of the Anti-monopoly Law to ensure innovation: On the one hand, it targets at identifying and regulating monopolistic conduct that promotes superficial static efficiency but hinders innovation in reality; on the other hand, it aims to avoid restraining legitimate conduct that promotes innovation even if it results in a decrease in static efficiency. The Anti-monopoly Law and its supporting regulations have problems in specific expressions, and they face with challenges such as insufficient response to monopolistic behaviors that hinder innovation and the risk of the misconduct which restrains behaviors that promote innovation. In order to achieve the institutional function of “promoting innovation”, it is necessary to improve the wording of the articles of the law, to strengthen the regulation of innovation-inhibiting behavior, and to prevent innovation-promoting behaviors from being restrained.

Keywords: Anti-monopoly law; Legislative purpose; Encouraging innovation; Functional implementation

[责任编辑:李春明]