

论数字经济时代鼓励创新作为《反垄断法》立法目的

倪奕玮

长春理工大学法学院, 吉林 长春

收稿日期: 2023年9月27日; 录用日期: 2023年10月23日; 发布日期: 2024年1月30日

摘要

数字经济时代的到来与高速发展, 创新与竞争的关系紧密相关, 为顺应创新驱动发展战略的实施, 将“鼓励创新”纳入《反垄断法》立法目的体系具有现实必要性, 并应成为独立的立法目的之一。创新不仅是重要的竞争方式, 同时具有提升动态效率和消费者福利的作用。《反垄断法》对“鼓励创新”的理解包括“促进创新”和“保障创新”两层含义。《反垄断法》通过维护竞争机制可从积极激励和消极禁止两条渠道实现创新价值目标, 在促进创新繁荣发展的同时严格规制损害创新的行为。

关键词

数字经济, 《反垄断法》, 鼓励创新, 市场竞争

Encouraging Innovation as the Legislative Purpose of the *Anti Monopoly Law* in the Digital Economy Era

Yiwei Ni

Law School, Changchun University of Science and Technology, Changchun Jilin

Received: Sep. 27th, 2023; accepted: Oct. 23rd, 2023; published: Jan. 30th, 2024

Abstract

The arrival and rapid development of the digital economy era are closely related to innovation and competition. In order to comply with the implementation of the innovation driven development strategy, it is necessary to incorporate “encouraging innovation” into the legislative purpose

system of the *Anti Monopoly Law*, and it should become one of the independent legislative purposes. Innovation is not only an important form of competition, but also plays a role in improving dynamic efficiency and consumer welfare. The understanding of “encouraging innovation” in the *Anti Monopoly Law* includes two meanings: “promoting innovation” and “ensuring innovation”. The *Anti Monopoly Law* can achieve innovation value goals through two channels: positive incentives and negative prohibitions, by maintaining competition mechanisms. It promotes the prosperity and development of innovation while strictly regulating behaviors that harm innovation.

Keywords

Digital Economy, *Anti Monopoly Law*, Encouraging Innovation, Market Competition

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

随着数字经济时代的到来，创新不仅是数字经济蓬勃发展的动力源泉，也成为企业赖以生存的主要竞争方式。但同时，一些企业为了自身利益，独享互联网红利，对其他竞争者实施限制、排除竞争的行为，不仅破坏了市场的公平竞争秩序，还阻碍了其他经营者的创新动力和潜能，使许多中小企业在市场竞争中“淹没海底”，不利于数字经济领域的创新。近年来，创新驱动作为我国重要的发展战略之一，其有效落实需要相关的法制保障，这迫使人们寻求更有效的法律工具来维护竞争和促进创新。因此，在时代需要进步，创新需要促进的背景下，反垄断法作为“保护竞争法”应承担这一重要使命，将新发展理念内化于立法目的。

法律的立法目的条款一般处于总则第一条的位置，引领着法律制度及具体条款的构建，是法律研究的重点对象，反垄断法亦是如此。经过十几年的经济发展，2022年全国人民代表大会常务委员会通过了《反垄断法》修正案，在原先立法目的的基础上，在“保护市场公平竞争”后增添了“鼓励创新”的表述，“鼓励创新”一词引起了学界的热烈讨论。

其实，创新在近年来已被置于国家发展全局中的核心地位。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[1]。由于国家的发展需要法治保驾护航，法律的立法目的反映时代的发展需求和发展理念，为顺序国家发展定位及重大战略部署，作为保护市场竞争的《反垄断法》将“鼓励创新”纳入立法目的范围。同时，数字经济时代的到来与发展，将“鼓励创新”作为反垄断法独立的立法目标之一具有现实必要性。一方面，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[2]，创新成为了企业赖以生存的竞争方式以及数字经济高质量发展的驱动力。另一方面，与传统市场领域不同，数字经济市场的创新极容易形成破坏性创新，具有颠覆数字市场，进而推动数字经济发展变革的潜力。面对这样的潜在竞争者，一些超级平台无限制地收购以创新为主要发展的初创企业，以消除相关市场中的竞争威胁，不仅打击了初创企业的创新活力和限制新进入者，还严重阻碍了数字经济领域创新的发展。因此，在数字经济时代，反垄断法以为创新活动塑造充分的竞争条件为主要目标，而如何让《反垄断法》成为鼓励创新的重要保障成了重要议题。

2. 反垄断法引入创新目标的理论基础

反垄断法以保护竞争为核心，它通过维护竞争机制的方式来鼓励创新。这是将创新纳入反垄断法目标的逻辑前提。

2.1. 竞争与创新的关系

在经济学上，学界对于竞争与创新关系的观点主要有“熊彼特假说”“阿罗式创新”和“阿吉翁模型”三大理论。熊彼特认为，作为垄断者的大企业具有充裕的资金、强大的研发团队和优质的销售资源等，能够顺利地将新产品、新技术等投入市场，进而赚取更多的资金并将其运用于下一轮的创新，形成创新的良性循环。因此，大企业具有较强的创新能力。阿罗则认为，占有市场支配地位和高市场份额的垄断者具有难以克服的“创新惰性”，它们不会主动寻求创新。而对于身处竞争环境中中小企业而言，它们需要创新来赢得一定的市场份额与利润，从而具有更强的创新动力。而阿吉翁根据各种经济学理论和大量的实证数据得出，市场的竞争性与行业整体创新水平间呈倒U型。结果表明，创新率与企业数量的关系并不是单向地递增或递减，而是具有最优点，即当市场竞争适度集中时，会产生创新率的最高点。从熊彼特和阿罗的观点可以看出，两者关注的都是市场结构与创新之间的静态关系，即何种类型的市场结构更有利于创新的发生。而阿吉翁的研究则表现出竞争与创新的关系是动态而复杂的，它取决于许多具体条件。

从竞争行为出发，我们可以发现，不管是哪种市场结构，一旦市场上存在有效竞争，经营者双方的竞争行为就会对对方造成竞争压力，从而促进了创新。同时，经营者的创新活动会形成竞争优势，使其抢占市场，将竞争压力传给竞争对手，从而形成“竞争行为→竞争压力→创新行为→竞争压力→竞争行为”的逻辑线。在行为主义的分析框架下，市场结构引发的分歧被消解了，创新与竞争存在十分明显的双向互动关系，有效竞争会在一定程度上促进创新，而创新也会使市场竞争更为充分、更加高效[3]。因此，反垄断法应通过营造公平、开放、透明的市场环境，维护市场竞争机制顺利运行并不被扭曲，发挥市场竞争激励创新的根本性作用。

2.2. 创新与反垄断法其他价值目标之间的关系

在数字经济市场，竞争与创新的关系密切相关，创新不仅作为主要的竞争方式，还为市场经济注入动态效率，并提升消费者福利。

2.2.1. 作为竞争方式的创新

竞争是市场机制有效运行的前提，也是反垄断法的最直接价值目标。到了数字经济时代，以创新为内容的竞争是最有价值的一种竞争，其日益影响市场环境和市场经营者的行为，不仅带来了新产品和新技术，还形成了新的商业模式，创新能力将越来越成为影响市场竞争格局关键因素。由于互联网平台所处的都是双边市场，其所具有的网络效应、规模效应以及大数据，大企业已经在平台经济领域形成了巨大的进入壁垒，造成这个领域出现明显的“赢者通吃”的现象。因此，数字市场在技术、信息、数字化、网络化条件的共同作用下，进入壁垒一定程度上会被降低，在位经营者会面临比传统产业更为严酷的市场进入挑战，创新维度的竞争更加激烈，从而推动了数字经济的发展[4]。

与其他竞争方式相比，创新竞争具有以下不同的特征：第一，创新竞争表现为非价格竞争。实践中，传统反垄断法的竞争分析以价格为主。但数字经济的出现，带来了新的商业模式。平台利用用户信息、流量及数据等，形成了基础产品或服务免费的“零价”商业模式，人们支付给平台的对价不再是金钱，而是自身的注意力，使得反垄断法对竞争的分析指向质量竞争、创新竞争等非价格竞争。第二，创新竞争是一种动态竞争。根据阿吉翁理论，竞争与创新的关系是动态的，竞争过度不利于创新，竞争不足也

不利于创新。在动态竞争中，创新与竞争息息相关，初创企业的“颠覆式创新”使得头部企业的市场地位受到威胁并不断被取代，这种强大的竞争压力使得头部企业与初创企业持续形成动态竞争。

2.2.2. 作为动态效率的创新

创新是效率的一个维度，经济学上的效率包括静态效率与动态效率，其中，静态效率分为生产效率与配置效率，而动态效率主要指的是创新，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。

根据我国反垄断法的实践，行政执法与司法实践都陷入固定思维方式，重点关注静态效率的损害，其惩罚的主要是经营者造成配置效率或者生产效率下降的排除、限制竞争的行为。但在某些情形下，只追求静态效率会阻碍创新的实现，两者之间产生了一定的矛盾关系。例如，初创企业为了宣传新产品可能会对其他竞争对手采取一些排挤行为，造成短期内静态效率的降低，但却能够形成新产品、新技术的大面积推广，使其具有一定的竞争能力并赢得市场机会。聚焦到我国，我国经济已由高速增长阶段转向高质量发展阶段，以创新为主的动态效率不仅在提升经济效益方面具有关键作用，也是加快转变经济发展方式、调整经济结构、提高发展质量的重要手段。相比静态效率，数字经济时代的反垄断法更应追求创新引发的动态效率^[5]。

2.2.3. 作为消费者福利目标的创新

消费者福利同样也是反垄断法的重要价值目标，对于消费者福利的认识，后芝加哥学派提出以“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。一般情况下，市场竞争越激烈，产品的价格会逐步降低直到越来越接近生产成本，当竞争导致利润维持在较低水平时，消费者的购买欲望也会不断增强，从而增加了消费者剩余。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”。

依托创新与竞争的双向互动关系所带来的产品层面的创新对提升消费者福利具有重要作用。一方面，创新的产生及发展让市场充满活力，有助于抵消边际收益的递减，进而创造出更多的消费者剩余，其可带来更多的消费者福利收益。另一方面，根据消费者需求，消费者福利的提升一定程度上还在于效用的提升，消费者对效用的要求主要是受创新及其对消费者偏好的影响。商业模式层面的创新是改变企业价值创造的基本逻辑，即把新的商业模式引入社会的生产体系，并为客户和自身创造价值，以增强自身的核心竞争力来创造客户价值最大化，给企业带来更持久的赢利能力与更大的竞争优势。技术创新、产品创新和商业模式创新等能够提供更优质的产品和服务，满足消费者的个性化需求的同时激发消费新活力，随着各个企业以创新为主的不断竞争，消费者将获得更多的选择和更好的体验，其得到的用户满意和满足程度也会中不断增加，进而促进消费者福利目标的实现。

2.3. 反垄断法“鼓励创新”的多重理解

反垄断法对于“鼓励创新”一词的理解并没有规定具体的解释。但从反垄断法已有的条款中所具有的潜在创新目的来看，“鼓励创新”包含以下两种含义：其一，促进创新；其二，保障创新。

在促进创新方面，由于反垄断法以保护竞争为核心，利用竞争与创新的双向互动关系，其可发挥竞争机制的作用来保持市场的可竞争性，形成创新活动的繁荣。竞争是创新的动力源泉，反垄断法维护市场竞争机制的有效运行并直接作用于创新^[1]。为了获取市场地位，初创企业将创新竞争作为主要手段。市场中实际或潜在竞争对手对企业造成的竞争压力具有驱动创新的作用，为了赢过竞争对手，企业不得不将资金投入于创新项目，例如推出新产品和新工艺、不断改进并完善生产技术，寻求新的商业模式。与此同时，市场中的可竞争性越强，潜在竞争对手就越多，增强了企业的创新竞争压力，该特点在高新

技术行业领域表现得更为明显。这是由于数字经济时代的高速发展，在位企业所具有的竞争优势会被快速削弱，使新进入者参与竞争会更加轻松，形成“赢者通吃”的场面，且一旦实现了“颠覆式创新”，便有可能打破原有的市场结构时，即便是拥有市场地位的头部企业，也会受制于竞争压力，使其不得不持续开展创新活动。

在保障创新方面，主要包含以下两个层面的含义。第一，识别并强化规制表面看似促进静态效率实际却阻碍创新的垄断行为。反垄断法应防止大企业实施垄断行为来阻碍、排斥其他经营者的创新活动。例如，在平台经济领域一些垄断协议以抑制创新为潜在目的。由于超级平台善于运用数据、算法、技术，会让垄断协议变得十分隐蔽，难以让人发现。当市场经营者们都具有“不挖掘新技术”的意识时，创新活动的开展就会持续减少。而且，超大数字平台对创新型成长企业不受控制的并购潮也让整个市场缺乏持续创新的精神和动力[6]。第二，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，防止错误规制。反垄断法应鼓励包容创新能力突出的企业，这在已有的反垄断法的条款中有所体现。例如，《反垄断法》第 20 条规定，“为改进技术、研究开发新产品”而达成垄断协议的，当该协议所带来的创新等积极效果不会严重限制相关市场的竞争，消费者可以得到创新利益就可以被豁免。即使这种垄断协议会影响现有竞争秩序并可能降低静态效率，但由于其有助于创新可被反垄断法所豁免。

3. 反垄断法“鼓励创新”目的的实现路径

在反垄断法的制度下，创新价值目标的实现的前提为反垄断法的有效实施和对市场竞争机制的坚决维护。为了更好地实现反垄断法“鼓励创新”的制度目的，反垄断法应当识别并防止错误规制并包容促进创新的竞争行为，同时强化对阻碍创新行为的规制。

3.1. 积极激励：豁免促进创新的竞争行为

积极激励主要是通过将创新定位为抗辩理由，豁免促进创新的竞争行为来实现的。这是指当竞争与创新有所背离时，竞争行为所带来的长期利益能够超过或抵消其所限制或排除的竞争效果时，该竞争行为可以创新作为抗辩理由予以豁免。

现行《反垄断法》对主要的三种垄断行为都规定了豁免制度。第一，《反垄断法》第 20 条规定，当经营者达成为“改进生产技术、研究开发新产品”的并对竞争造成负面影响的垄断协议时，由于其能够产生创新效率的积极效果，且消费者能够分享到创新带来的益处，该垄断协议可被豁免。第二，《反垄断法》第 22 条规定经营者可提出“正当理由”对滥用市场支配地位的行为进行抗辩。《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》对这一规定给予了相关解释，反垄断执法机构在认定上述条款中的“正当理由”时应考虑“有关行为对经营者业务发展、未来投资、创新方面的影响”。第三，《反垄断法》第 33 条规定：审查经营者集中，应当考虑“经营者集中对市场进入、技术进步的影响”等因素。对此，《关于平台经济领域的反垄断指南》第 20 条第 5 项进一步解释到，经营者对技术进步的影响，可以考虑“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”。

以上三个创新豁免制度的适用都有共同的前提，即要证明该行为产生的创新效果要大于其带来的不利影响。而这其中的难题就在于：如何评估竞争行为的创新效果？我们可以从创新的多维性出发来评估创新效果。第一，深入分析经营者的创新动力与创新能力。根据上述竞争与创新的关系分析，在竞争相对充分的市场中，经营者基于竞争压力，往往具有较强的创新动力。当经营者减弱市场中的外在竞争压力，就可能妨害创新并产生“创新惰性”。对创新能力的评估则需要具体案件中结合经营者的人力、财力、资源以及技术等多重条件进行考虑。经营者所具有的资金越充裕、开发团队人数越多、信息资源

越丰富、技术条件越发达，其创新能力就越强。第二，重点考察创新行为与创新结果。创新行为的考察可从行为目的的角度分析，即是否具有创新目的。例如，“企业推广创新成果需要从事一定排挤性行为”与“企业为获取市场力量而采取排挤性行为”的目的不同，应当区别对待，前者要保护，后者要禁止。同时，对创新结果的考察要区分既有产品、技术的创新与面向未来市场的潜在创新。前者要重点评估创新的明显性、有效性；后者要重点评估创新的可能性、及时性。第三，量化分析创新活动的成本、收益。一般来说，经营者只有在创新活动获得实际利润才会频繁地创新。对既有产品、技术的创新，应分析创新活动对降低生产成本、销售成本的作用；对潜在产品、技术的创新，可将资本金融市场对企业的经济估值变化作为一个参照标准。

3.2. 消极禁止：禁止妨害创新的禁止行为

消极禁止是指通过禁止经营者进行损害创新的竞争行为这一反面角度来保障并促进创新。预防和制止垄断行为是反垄断法维护竞争制度最直接的方式，当该垄断行为在损害竞争的同时，对创新也造成了打击，此时创新与竞争具有一致性，创新损害本身就能够作为竞争损害理论的实质审查因素之一。

在实践中，创新损害的对象主要包括以下三种：第一，与市场竞争秩序相关的创新损害主要表现为相关市场上的创新活力减弱，创新投入减少，创新速度降低等。具体而言，若在相关市场中占据市场份额第一、第二的经营者实施以排除、限制竞争为目的的经营者集中。由于双方在相关市场上占据领先地位，拥有先进的技术、团队和资源等，两者集中将消除其展开竞争的基础。当竞争消失，竞争对手的威胁不再，双方通常会选择以保守的发展方式维护和巩固现有地位，而不是投入大量资金进行创新。进而减弱双方进行创新发展的动力，可能会导致相关市场上对创新领域的研发减少，创新速度的降低，限制了相关领域的创新发展。第二，与相关市场上的竞争对手相关的创新损害主要表现为无法开展创新活动，难以继续开展新技术、新产品、新工艺，被相关市场淘汰。例如，当超大数字平台通过网络效应、用户数据以及算法合谋，阻碍或者控制相关数字市场的竞争对手的创新活动时，削弱了其他经营者通过颠覆式创新等获取竞争优势的动力，影响了其他竞争者和潜在竞争者的获取市场地位的机会。第三，与消费者相关的创新损害主要表现为用户体验降低、自由选择的范围缩小。例如，经营者签订以阻碍创新为目的的垄断协议，达成“限制投资、研发新技术、新工艺、新产品”的共识，这将会导致相关市场上的新产品、新技术、新工艺的减少，从而限制消费者对相关产品的选择范围，不仅损害消费者的现实利益，也会损害消费者的期待利益。

当创新作为竞争损害理论的审查因素时，主要体现在扼杀式并购反垄断审查中。欧盟方面，依据 2004 年《横向合并指南》，合并控制要分析的影响之一是“对创新的影响”，将创新减少带来的竞争损害与商品和服务的价格上涨或产量、选择、质量的降低等同起来^[7]。由前述可知，在平台经济领域中，超级平台实施的以有发展前景的初创企业为对象的扼杀式并购在损害竞争的同时很可能对创新造成不利影响。因此，应评估该并购对创新的影响。创新竞争损害的认定应考虑以下方面：1) 该并购是否会损害技术、产品或商业模式等方面的创新；2) 该并购的实施目的是否是创新且只能通过该途径实现；3) 该并购并未对其他方面产生明显不利影响；4) 该并购是否表面上提升静态效率，实际上却损害创新。

4. 结语

将“鼓励创新”纳入到《反垄断法》立法目的条款当中。一方面，是为顺应创新发展重大战略部署，用法治给创新保驾护航。另一方面，是为了回应数字经济时代创新发展的现实需求，用竞争来鼓励创新。

《反垄断法》立法目的条款具有重要地位和功能，其改变是顺应时代发展的同时也需要依靠扎实的基础理论研究，从而明确实现立法目标的路径。因此，掌握并实施《反垄断法》确立的“积极激励”“消极禁止”这两个实现鼓励创新的方法，以切实发挥《反垄断法》对促进创新功能的有效作用。

参考文献

- [1] 方翔. 论数字经济时代反垄断法的创新价值目标[J]. 法学, 2021(12): 162-176.
- [2] 孙晋. 数字平台的反垄断监管[J]. 中国社会科学, 2021(5): 101-127+206-207.
- [3] 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[J]. 中国政法大学学报, 2022(1): 173-185.
- [4] 孟雁北. 数字经济时代反垄断法“反什么”——以《反垄断法》立法目标切入[J]. 探索与争鸣, 2022(7): 47-55+177.
- [5] 郭传凯. 反垄断法“鼓励创新”的功能定位及其实现[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2023(4): 182-192.
- [6] 潘宁. 论鼓励创新作为《反垄断法》立法目的[J]. 科技与法律(中英文), 2022(5): 43-52.
- [7] 韩伟. 创新在反垄断法中的定位分析[J]. 中国物价, 2019(8): 40-42.