

· 数字经济时代竞争法的理念转向与法治构型 ·

数字经济是推进全国统一大市场建设的关键一环，也是重塑全球经济结构、改变全球经济格局的关键力量。超大规模的市场和超大规模的平台企业，既构成了我国独特的发展优势，但同时也牵引出了许多市场乱象，这对我国数字经济的反垄断、反不正当竞争工作提出了更高要求。应该看到，诞生于工业经济时代的《反垄断法》等法律法规，已逐渐不适应数字经济时代的发展趋势。如何既做到防止数字资本无序扩张，又做到充分发挥数字资本效能，摆脱“一管就死，一放就乱”的治乱循环，是新发展格局背景下理论界和实务界需要共同思考的课题。当下，《反垄断法（修正草案）》已审议通过，以此为契机，本刊组织专家力量，从反垄断法的修法目标、平台规则理念转型、防止资本无序扩张的监管制度设计等多方面展开探讨，以期系统地剖析数字经济时代竞争法的理念转向与法治构型等根本问题。文章仅代表作者观点，不代表编辑部立场。

——编者按

数字经济时代反垄断法“反什么”

——以《反垄断法》立法目标切入

孟雁北

【内容摘要】 数字经济时代，反垄断法并未改变核心立法目标“维护市场竞争”的共识，但如何评估“竞争损害”则面临更多挑战；“促进创新”应成为反垄断法独立的立法目标之一，但需要通过完善创新抗辩制度予以更好实现；“维护公平交易”不宜成为反垄断法独立的立法目标之一，但可被“社会公共利益”目标所涵盖。因此，建议我国《反垄断法》第1条修订时增加“促进创新”但不增加“维护公平交易”的表述，且不必对我国《反垄断法》是否以及在立法目的条款中规定“创新”和“公平交易”的立法目标过度解读。由此，可以对数字经济时代反垄断法“反什么”作出回答。

【关键词】 数字经济 反垄断法 立法目标 促进创新 公平交易

【作者】 孟雁北，中国人民大学法学院教授。（北京 100872）

【基金项目】 国家社会科学基金一般项目“平台反垄断理论问题研究”（21BFX115）

数字经济的实质是以数字化的知识和信息作为关键生产要素、以现代信息网络作为重要载体、以信息通信技术的有效使用作为效率提升和经济结构优化的重要推动力的一系列经济活动。当亚



①④ Subcommittee on Antitrust, “Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary,” *Investigation of Competition in the Digital Markets*, https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf.

② 樊鹏、李妍：《驯服技术巨头：反垄断行动的国家逻辑》，《文化纵横》2021年第1期。

③ 袁嘉：《数字背景下德国滥用市场力量行为反垄断规制的现代化——评〈德国反限制竞争法〉第十次修订》，《德国研究》2021年第2期。

⑤ 邓正来：《中国法学向何处去——个案研究与批判》，《政法论坛》2005年第2期。

⑥ Robert H. Bork, *The Anti-trust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York: The Free Press, 1993, p. 50.

亚马逊、苹果、脸书和谷歌等超级平台已从“富有挑战精神的初创企业”转变为“我们曾在历史上看到过的如石油大亨和铁路大亨那样的超级垄断者”时，^①这些超级平台更像一个集中了数据、资本和技术的充满力量且隐匿无形的复杂系统，这个复杂系统同时结合了权力的高度集中、统治（支配）技术的智能化管理以及资源（数据）的分布式汲取的三重优势，形成了一个既具有统一意志，又具有以松散、耦合、开放能力为汲取特征的权力系统。^②面对数字经济的挑战，德国被称为“反垄断法数字化改革进程”的《反限制竞争法》第十次修正案于2021年1月19日正式生效，该修正案以解决平台和大数据带来的挑战为主要目标，提出了一系列核心规制改进条款，主要集中于滥用市场力量行为规制领域，包括在市场支配地位认定因素中加入“获取竞争相关数据的能力”，重点考虑“中间人力量”，引入“具有跨市场竞争优势平台”的特殊规制；在滥用行为中明确数据作为必要设施的认定前提，完善禁止滥用相对优势地位行为制度等。^③欧盟则认识到现有的竞争法框架在应对数字平台垄断时灵活性不够且存在滞后性的弊端，关注数字平台借助庞大用户规模、海量数据以及算法技术的创新发展带来的强大市场聚合与传导效应，以及对用户数据隐私甚至社会民主公平等价值维度的减损，因此致力于探索在以《欧盟运行条约》为主的反垄断监管框架之外创新监管工具，其中最重要的举措是推出《数字市场法》和《数字服务法》。美国新布兰代斯学派则提出互联网巨头的过分集中对于政治与经济都是危险的，坚持要严厉监管大企业和保护小企业，反对经济集中，支持经济民主，呼吁回到布兰代斯时期的政策。巴里·林恩强调反垄断立法目的在于保护生产者的利益和保护民主不受财富与权力过度集中的危害。美国国会众议院司法委员会发布的《数字市场调查报告》也建议在数字市场的语境下，恢复并重申反垄断法的初衷和广泛目标，明确反垄断法律不仅仅旨在保护消费者，也保护工人、企业家、独立企业以及开放市场、公平经济、民主理想。^④在我国，中央深改委会议、中央财经委会议和中央经济工作会议多次强调要强化反垄断和防止资本无序扩张，中央深改委会议2021年审议通过的《关于强化反垄断深入推进公平竞争政策实施的意见》正式把强化竞争政策基础地位，促进形成公平竞争的市场环境，上升为国家战略，并通过修订《反垄断法》及进一步完善反垄断立法来应对数字经济的挑战。

立法目标是立法者通过立法希望获得的最终结果，回答了立法的理由，并决定着所立之法的应有样态，是一部法律有别于其他法律的主要标志之一。作为一种理念层面的抽象事物，立法目标既体现在法律的立法目的条款上，也体现在法律的具体制度安排中。从更深的层次上讲，立法目标来源于立法者的主观意图，是调整某种社会关系的客观需要在立法者主观层面上的集中反映，科学的立法目标应该是对这一客观需要的生动、准确反映。正如学者所说：“不知道目的地，选择走哪条路或确定如何走某条路都是无甚意义的；然而，不知道目的地的性质，无论选择那条路还是确定如何走某条路，却都有可能把我们引向深渊。”^⑤博克教授认为，除非我们能确切地回答一个问题，否则无法做到反垄断政策的理性化：该法是干什么用的，即它的目标是什么？所有其他问题均取决于我们对这一问题的回答……只有在解决了反垄断政策的目标后，才有可能形成连贯的反垄断具体规则。^⑥

反垄断法的立法目标在不同的国家可能会有不同的答案，在同一国家的不同历史时期也可能会有不同的答案。反垄断法是一个在各种利益、各种价值和各种目标之间进行衡量、选择的开放的规范系统。在数字经济时代，当产品供给呈现出“多产品组合供给”，市场呈现出“双边甚至多边市场”，市场竞争呈现出“跨市场竞争”，产品或服务定价呈现出“免费模式与交叉补贴”等

新特性后，反垄断立法、理论以及实践均需要回答的核心问题，便是数字经济时代的反垄断立法目标是否需要重构？维护市场竞争是否仍是反垄断法的核心目标？“创新”是否应当成为反垄断法新增的独立立法目标并体现在立法目的条款中？“公平交易”是否也应成为反垄断法新增的独立立法目标并体现在立法目的条款中？实现反垄断立法目标在数字经济时代会面临哪些挑战？我国正在修订中的《反垄断法》第1条立法目的条款应该作出怎样的修法选择？

数字经济时代“维护市场竞争”的反垄断立法目标并未改变

反垄断法的立法目标是反对垄断行为和保护竞争，就如伯吉斯所言：“反垄断法的目的是简单明确和不存在争议的，就是要保护竞争。”^①美国新布兰代斯学派将数字平台垄断视为美国当前反垄断理论的最大挑战，并认为针对数字平台应当采取更为严厉的执法措施，反垄断法应当更关注市场竞争过程与市场结构本身，应当回归反垄断立法本质，关注有效竞争。^②但是，数字经济给反垄断法带来的诸多挑战，仍未改变反垄断法的核心目标是“维护市场竞争”的立法选择。

第一，“维护市场竞争”作为反垄断法的核心立法目标从未发生改变。反垄断法是为促进和保护市场竞争，通过规制反竞争行为来调整竞争关系以及与竞争有密切联系的其他社会关系的法律。德国学者认为，市场本身是一个协调和创新的过程，竞争本身总是能带来有利的结果，反垄断法致力于建立和确保一个有效的竞争机制，其任务是保护市场主体的竞争自由，维护市场的竞争性。^③1958年的《欧共体条约》第4条“共同体及共同体成员国执行一个维护自由竞争的、开放的市场经济的竞争秩序”的规定，表明“维护市场竞争”也是欧盟竞争法的核心立法目标。在1962年的“布朗鞋业公司诉美国国会案”中，美国最高法院认为国会希望禁止的只是“显而易见有反竞争效果的兼并……立法史表明，国会关心的是保护竞争，而不是保护竞争者，国会力图限制兼并仅仅是因为这种联合会趋向于削弱竞争”。^④“反垄断法保护的是竞争，而不是竞争者”的观点及论断，之后事实上也被大多数国家反垄断法所接受，^⑤即只有某种行为对市场竞争形成了限制或阻碍时，才会被判定违反了反垄断法。因此，各司法辖区在反垄断法的核心立法目标是维护市场竞争方面，已经达成共识。在数字经济领域，市场竞争不仅仅能够促进数字市场现有企业和新进入者创新并提高生产率，还可以刺激企业加强在隐私和数据保护等其他方面的投入，为消费者福利提供保障。数字经济时代反垄断法维护市场竞争的核心立法目标并没有发生改变。

我国现行《反垄断法》第13条关于“本法所称垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为”，第6条关于“具有市场支配地位的经营者，不得滥用市场支配地位，排除、限制竞争”以及第28条关于“经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，国务院反垄断执法机构应当作出禁止经营者集中的决定”的法律规定，以及我国《反垄断法（修正草案）》并未对上述法律规定进行调整的修法方案，表明我国反垄断法禁止的垄断行为仍聚焦于具有竞争损害后果的行为，或者说垄断行为的重点就是具有竞争损害的“排除、限制竞争”的行为，我国反垄断法“维护市场竞争”的核心立法目标也未发生变化。

第二，美国关于数字经济时代反垄断立法目标的争论并未改变反垄断法“维护市场竞争”的目标选择。美国关于反垄断法立法目标的争论其实从未停止过，只是基于数字经济存在的诸多竞

① 小贾尔斯·伯吉斯：《管制和反垄断经济学》，冯金华译，上海：上海财经大学出版社，2003年，第168页。

② Linda M. Khan, "Amazon's Antitrust Paradox," *Yale Law Journal*, vol.126, no.3, 2017.

③ 金曼：《论欧盟反垄断法的目标及其体现——以“谷歌案”为视角》，《甘肃政法学院学报》2017年第6期。

④ 尚明：《反垄断法理论与中外案例评析》，北京：北京大学出版社，2008年，第35—37页。

⑤ *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294, 1962.

① Lina M. Khan, "The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate," *Journal of European Competition Law & Practice*, no.9, 2018.

② Sandeep Vaheesan, "The Twilight of the Technocrats Monopoly on Antitrust," *Yale Law Journal Forum*, <https://www.yalelaw-journal.org/forum/the-twilight-of-the-technocrats-monopoly-on-antitrust>.

③ Daniel A. Crane, "The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy," *Antitrust Law Journal*, vol.79, 2014.

④ 理查德·A·波斯纳:《反托拉斯法》,孙秋宁译,北京:中国政法大学出版社,2003年,第2页。

⑤ 菲利普·阿瑞达等:《反垄断法精析:难点与案例(第五版)》,北京:中信出版社,2003年,第3—7页。

争或非竞争问题提出政策主张的新布兰代斯学派使关于美国反垄断法立法初衷的讨论备受关注。哈佛学派认为,消费者利益是由竞争带来的,反垄断法的目标是维护竞争,根据其“市场结构—市场行为—市场绩效”(Structure-Conduct-Performance, S-C-P)范式,市场结构状况决定着经营者的利润最大化方式,从而决定着当事人的行为选择。按照哈佛学派理论的逻辑,“维护竞争”是指维护“竞争性的市场结构”,其核心要素是使每个经营者都处于竞争压力之下,由此可以保护竞争性的价格形成机制,但不是保护具体经营者的具体竞争活动。芝加哥学派否认市场结构的决定性作用,认为反垄断法的目的是增进经济效率,而不是片面地维护竞争性的市场结构,反垄断法应以维护经济效率为目的,应以“对效率的影响”作为评判行为合法性与否的标准。后芝加哥学派也坚持以经济效率为垄断行为的判断标准,但同时认为反垄断体系还应充分结合结构性因素。新布兰代斯学派则认为,反垄断法应当更加重视竞争过程与竞争结构,而不是竞争效果,消费者福利标准作为芝加哥学派一直以来所倡导的反垄断策略,需要进行变革。^①瓦伊桑通过大量研究表明,消费者福利标准未能真实反映反垄断法的立法初衷。^②尽管数字经济时代的美国关于反垄断立法的初衷充满争论,但争论的核心议题是反垄断法维护的市场竞争究竟应当是“竞争状态”“经济效率”“可竞争性”还是“竞争过程”“竞争结构”,关于反垄断法是“维护市场竞争”的法律这一共识并没有受到原则性影响。

第三,“消费者福利标准”与“社会总福利标准”之争并不会改变反垄断法核心立法目标是“维护市场竞争”的选择。博克曾提出反垄断法在规范意义上的唯一目标就是追求消费者福利最大化,而实现这一目标最好的方式就是促进经济效率。^③波斯纳认为,反托拉斯法的唯一目标应当是促进经济学意义上的效率。^④因此,高效率企业伴随着高市场集中度应当受到鼓励,其对经济效益是有好处的,不应当通过市场结构来判断是否违法。阿瑞达认为,竞争是一种对私人经济加以约束并能被接受的社会控制手段,完全竞争能够实现帕累托效应最大化的目标,此时也最有效率,即实现生产销量与资源配置效率的最大化。^⑤在大多数情况下,维护市场竞争就可以实现效率,事实上,尽管哈佛学派与芝加哥学派观点不同,但均认可效率的重要性,两者差别之处在于哈佛学派认为竞争必然促进效率,并未将效率本身作为独立的考察环节;而芝加哥学派则认为竞争与效率有产生冲突的可能,在有些情况下,对竞争施加必要的限制反而能增加社会总产出,应以经济效率为中心来对垄断行为进行判断。因此,不同学派争论的焦点从来不是效率本身的重要性问题,而是经济效率能否成为反垄断法唯一的立法目标。同时,消费者福利标准和社会总福利标准在评估效率以及竞争损害中具有重要的作用,当下美国最具影响的是芝加哥学派的社会总福利(包含生产者福利和消费者福利)最大化和后芝加哥学派的消费者福利最大化两个判断标准,美国法院通常在这两个标准之间徘徊摇摆。欧盟竞争法更倾向于后芝加哥学派消费者福利最大化标准,我国的选择也与欧盟相仿,其中我国现行《反垄断法》第15条关于垄断协议的豁免要件需要“能够使消费者分享由此产生的利益”的法律规定,就在一定程度上体现了消费者福利最大化的判断标准。

数字经济时代,反垄断法以“效率”为中心的价值目标不断受到挑战,芝加哥学派将促进经济效率作为反垄断法唯一目标的主张也不断受到质疑,也有观点认为消费者福利标准需要进行澄清,此处的消费者不仅是商品和服务的最终购买者,任何交易中的买方都可以被称为消费者。阿里尔·扎拉奇则提出,数字经济条件下竞争法应当采用多元价值体系,尽管消费者福利标准是首要因素,但是有效竞争结构、效率与创新、公平以及经济自由、多样性和民主,以及欧盟内部市

场一体化等因素也同等重要。^①当然,这些争议和讨论并没有改变反垄断法“维护市场竞争”这一核心立法目标已经成为共识的客观事实。

第四,数字经济必然给“竞争损害评估”带来诸多挑战。当反垄断法以“维护市场竞争”为核心立法目标时,“竞争损害评估”便成为反垄断法规制市场行为的重要工作,而数字经济正在给“竞争损害评估”带来诸多挑战。例如,在评估竞争损害的量化分析中,无论是社会总福利最大化标准还是消费者福利最大化标准,都是以价格理论作为分析基础,但数字经济时代的商业模式已经发生变化,由于流量、数据的重要性,以及平台业务中双边或多边市场的融合,出现了基础产品或服务免费的“零价”商业模式。当多边平台企业对一边商品或服务的定价为零,会使得用户与商品或服务间不存在可精确衡量的市场价格,导致以价格为基础的分析工具在实践中遭遇困境,通过社会总福利最大化标准或消费者福利最大化标准来判定竞争损害的分析范式面临挑战。再如,在竞争损害评估中,数字经济时代之前的反竞争效应通常是指共谋效应和排他效应,其中共谋效应指的是竞争者之间的竞争被直接限制,体现为竞争者行为的一致性或联合行动;排他效应指的是不当削弱了竞争对手的竞争能力,如对竞争对手造成客户与原料封锁效果或大幅提高竞争对手成本。如果一种行为产生了上述效应,通常可认定存在竞争损害。但是,数字经济中平台双边市场和跨界竞争等新特点,使评估竞争损害时需要重视传导效应分析,关注超级平台的杠杆化行为以及超级平台能否将市场力量进行杠杆传导,并进而对相关产品市场产生长期排他效应等。

“促进创新”应成为数字经济时代反垄断法独立的立法目标之一

数字市场的创新是促使市场竞争以效率更优的方式发展的关键因素,商业模式的变化使市场竞争从价格竞争转向质量竞争、创新竞争等非价格竞争,创新已成为数字经济时代的主要特征,不断进行循环创新对经营者长期的动态竞争尤为重要。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,反垄断法都应当关注并促进这种创新竞争。

第一,竞争与创新的关系问题是数字经济时代反垄断法的重要命题。熊彼特认为,真正有价值的竞争并非价格竞争,而是由各种创新引起的在成本或质量方面占有优势的竞争,创新引致的竞争才是超越利润和边际产出的竞争。^②数字市场属于创新驱动型、技术密集型市场,技术更新使得数字市场的破坏性创新速度加快,动态竞争的存在使得新进入者可以不断挑战在位平台,如 Airbnb 平台的出现就给 Booking、Expedia 等在线旅游服务平台带来极大冲击。数字经济时代的反垄断法需要思考维护市场竞争是否可以当然促进创新这一古老议题。

事实上,竞争和创新的关系是经济学界长期关注的焦点问题之一。熊彼特认为大企业和市场集中有助于创新,垄断的市场结构有助于新技术和新产品的开发。阿罗认为在新古典分析框架下,垄断厂商技术开发的激励低于竞争厂商。^③围绕着“熊彼特与阿罗”之争,阿吉翁等学者提出“倒U型模型”,认为创新率会伴随市场中企业数量的变化而变化,即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。由此可见,竞争与创新的关系是动态而复杂的,^④不同程度、类型的竞争对创新有不同的影响,竞争过度不利于创新,竞争不足也不利于创新,维护了市场竞争并不必然会促进创新。例如,具有竞争损害可能性的一项并购同时也可能会促进创新。在大型科技企业并购案中,如果产品之间具有很强的互补性或者企业的创新能力

① Ariel Ezrachi, “EU Competition Law Goals and the Digital Economy,” https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3191766.

② 约瑟夫·熊彼特:《资本主义、社会主义与民主》,吴良健译,北京:商务印书馆,1999年,第149页。

③ 李停、陈家海:《从“市场竞争”到“为市场竞争”:创新性行业的反垄断政策研究》,《上海经济研究》2015年第2期。

④ Philippe Aghion, Nicholas Bloom, Rachel Griffith, Peter Howitt, Richard W. Blundell, “Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship,” *The Quarterly Journal of Economics*, vol.120, no.2, 2005.

之间具有很强的协同效应，就像人工智能技术和大数据企业的互补收购等，并购就可能既具有反竞争效应但同时也具有促进创新的效应。

第二，创新竞争作为数字经济发展的主要方式使“促进创新”应成为反垄断法独立的立法目标之一。动态效率也被称为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。^①创新的动态效率是影响消费者福利和社会总福利的重要因素，因此效率目标在大多情形下是可以包容创新目标的，甚至可以认为创新目标是效率目标的子目标，此时的创新目标即便非常重要，也没有成为反垄断法独立的立法目标之一的必要性，但数字经济的到来正在改变上述判断。当新兴市场中的初创企业可以凭借创新实现“赢者通吃”，数字技术高速迭代可以快速削弱在位企业的竞争优势，使新进入者相对容易地参与竞争，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，^②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，从而使这种创新竞争推动了数字经济的发展。面临创新竞争，超级平台可能会通过扼杀式并购、先发制人并购等方式收购创新型初创公司，而初创公司往往可能会选择在早期阶段将业务出售给超级平台，此时创新性的市场进入就会因并购而减少。当超级平台借助用户规模、海量数据以及算法技术产生的强大市场聚合力和传导效应，对数字市场潜在的创新进行阻碍或者控制时，数字平台市场力量对创新的损害就会引发反垄断法的关注，“促进创新”也因此具备了成为数字经济时代反垄断法独立的立法目标之一的现实需求。

创新与效率就如同竞争与效率的关系一样，在大多数情形下两者具有一致性，不过数字经济时代“掠夺式创新”等概念的提出凸显了创新与效率发生背离的可能性。掠夺性创新是指通过产品的一个或多个技术要素的变化以限制或消除竞争的行为，掠夺性创新可能采取的形式包括技术平台的变更以及产品技术设计的变更，但这些形式的目的可能旨在消除第三方主体的技术以及与占市场支配地位经营者之间的兼容性，或者旨在损害竞争性技术的运行等。^③此时，在数字经济创新竞争的重要性不断加强的时代背景下，创新目标就如同效率目标一样，具有了成为反垄断法独立的立法目标之一的必要性。

第三，反垄断“促进创新”的立法目标需要通过完善创新抗辩制度予以实现，但创新抗辩制度是否一定独立于效率抗辩制度进而成为独立的新的抗辩制度，还有待于进一步观察与深入研究。反垄断法在维护市场竞争的同时大多数情形下当然会促进创新，但数字经济仍存在限制竞争行为却产生促进创新后果的可能性。例如，有观点认为，在动态的数字经济中，超额利润的获取源于创新驱动的市场格局变化，超额利润可以看作对创新成本的补偿和对创新本身的激励，由于每一轮创新都可能得到相应的补偿和激励，创新也因此得以不间断的周期性延续，而频繁的创新在网络效应的作用下快速散播传递，单个企业和社会整体的运作效率几乎同时得以提升，暂时性的市场集中促成了社会总收益超过社会总成本的短期超额利润，此时创新引致的短暂经营者集中可能是为下一轮的创新蓄力，^④这与可能会产生排除、限制竞争后果的经营者集中并不相同，竞争虽然可能受损但却有益于创新与效率。当然，此时的竞争与创新目标虽然存在一定程度的背离，但不应简单依据是否损害竞争或促进创新来认定是否构成垄断行为，而需要通过创新抗辩制度予以平衡协调，我国现行《反垄断法》第15条将“为改进技术、研究开发新产品”等情形规定为垄断协议豁免的法定情形就是典型例证。此外，我国《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第20条在认定滥用市场支配地位的正当理由抗辩时，规定应当考虑“有关行为对经营者业务发展、未

① 兰磊：《反垄断法唯效率论质疑》，《华东政法大学学报》2014年第4期。

② 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》，《竞争政策研究》2020年第3期。

③ 韩伟：《创新在反垄断法中的定位分析》，《中国物价》2019年第8期。

④ 陈富良、郭建斌：《数字经济反垄断规制变革：理论、实践与反思——经济与法律向度的分析》，《理论探讨》2020年第6期。

来投资、创新方面的影响”，《经营者集中审查暂行规定》第 27 条规定反垄断执法机构在评估经营者集中对创新的影响时可以考虑集中行为对技术创新动力、技术研发投入和利用以及技术资源整合等方面的影响，都是创新抗辩制度的重要内容。

就如同效率抗辩衡量机制是将效率获得与竞争损害进行比较衡量一样，所谓的创新抗辩制度是指先进行竞争损害分析，之后再将创新获得与竞争损害进行比较和衡量，只有在创新所得超过或者抵消竞争损害效果后才能进行有效抗辩或予以豁免。或者说，当创新与竞争具有一致性时，创新本身可作为竞争损害分析的实质审查因素之一，只有当竞争与创新有所背离的时候，创新抗辩才会是竞争损害分析之外的独立对抗制度。当然，为了防止创新抗辩制度成为经营者逃避反垄断法规制的借口，创新抗辩制度应当规定严格的适用条件，如创新应当是可以被证实的有利于消费者利益的重大创新，能够形成抗辩权的创新应当是技术提升的创新等。如果经营者仅是以“创新”为幌子，通过改变产品外观、产品功能、集合两类软件产品等微小或者形式上的创新来提高竞争对手的交易成本进而损害竞争，这样的“创新”并不符合创新抗辩制度的适用条件。

在数字经济时代之前，创新抗辩常常被效率抗辩所涵盖，在数字经济时代到来之后，随着创新竞争的重要性日益凸显，尤其是“促进创新”应当成为反垄断法独立的立法目标之一后，创新抗辩制度的相对独立性、创新与竞争的关系、创新与效率的关系、创新抗辩的适用条件等问题，均需要从理论、立法及实践的视角进行系统研究。

“维护公平交易”不宜成为反垄断法独立的立法目标之一

工业经济时代经营者的市场力量主要体现为一种控制价格的能力，数字经济时代超级平台的市场力量更多体现为一种控制交易内容的能力，这种变化使我们需要从更广阔的视角关注反垄断法在实现公平交易中应该发挥的作用。

第一，“维护公平交易”立法目标的选择实质上是对反垄断法能否规制剥削性滥用行为议题的重新讨论。数字经济时代之前，各司法辖区关于反垄断法是否需要规制剥削性滥用行为的讨论主要聚焦于不公平定价的规制，且存在以美国为代表的“放任派”和以欧盟为代表的“规制派”两大对立阵营，^①由此形成了反垄断法“不予规制”或“规制”剥削性滥用行为的两种政策主张。鉴于大多数司法辖区持有的是反垄断法规制不公平定价等剥削性滥用行为的政策主张，尽管规制的力度与适用条件存在差异，但也由此可知在许多国家（地区）反垄断法的立法目标中已明确或者隐含着“维护公平交易”的立法选择。^②数字经济时代的超级平台正逐渐演化成超级生态系统，其可能会利用自身的权利（力）来影响甚至控制交易相对人，从事显著损害包括消费者在内的交易相对人合法权益的行为，这使得超级平台与平台内经营者、超级平台与消费者之间的公平交易问题日益凸显。尽管存在差异，基于反垄断法应在确保公平交易中发挥一定作用的共识，大多数司法辖区反垄断法均通过对平台剥削性滥用行为予以规制的政策选择，表明“维护公平交易”已成为反垄断法的立法目标之一的态度。

美国反垄断法虽没有改变以往观点，但是其一贯坚持的反垄断法不予规制剥削性滥用行为的政策主张在数字经济时代已经出现更多反思并有可能发生变化。需要关注的是，美国反垄断法的立法目标在立法最初也是多元的立法目标选择，富兰克林·罗斯福在 1938 年向国会提交的咨文中

① Michael S. Gal, “Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in U.S. and the EC: Two System about Monopoly,” *Antitrust Bulletin/Spring-Summer*, vol. 49, 2004.

② 孟雁北：《反垄断法规制平台剥削性滥用的争议与抉择》，《中外法学》2022 年第 2 期。



① 关在汉编译：《罗斯福选集》，北京：商务印书馆，1982年，第186—188页。

② 王晓晔：《反垄断法》，北京：法律出版社，2011年，第27—28页。

③ Louis B. Schwartz, "‘Justice’ and Other Non-Economic Goals of Antitrust," *University of Pennsylvania Law Review*, vol.127, 1979.

④ 孟雁北：《反垄断法规制平台剥削性滥用的争议与抉择》，《中外法学》2022年第2期。

就主张：“垄断力量以及垄断力量的滥用部分或者全部地取消了经济机会平等，是违反经济民主的。所以，担负着保障经济民主任务的国家应当以法律为手段，对垄断力量予以有效的控制。”^①美国最高法院也曾指出：“谢尔曼法依据的前提是，不受限制的竞争将产生最好的资源配置、最低的价格、最高的质量和最大的物质进步，同时创造一个有助于维护我们民主的政治和社会制度的环境。”^②美国反垄断法目前虽声称其主张的是单一立法目标，但事实上却从来没有放弃过对于“公平”目标的考量，《联邦贸易委员会法》第5条对于“不公平贸易方法”的规定也明显游离于反垄断法的基本分析框架之外。即便是在芝加哥学派最具影响力的时期，美国也有关于“反垄断到底反什么？”这个具有价值取向的反垄断法本源问题的讨论，以及“正义，以及其他反垄断的非经济目标”的学术讨论。^③换言之，即便当下的美国反垄断法拒绝将“维护公平交易”作为立法目标之一，仍存在数字经济时代的反垄断立法目标发生复归或者重构的可能性。

第二，数字经济时代的反垄断法会更关注能否以及如何“维护公平交易”的议题。随着超级平台市场力量的高度集中引发的大讨论，美国平台反垄断监管的政策风向也开始发生变化，开展了一系列针对平台巨头的反垄断调查和诉讼活动。当超级平台以数据为驱动力，以消费者注意力为主要竞争优势，既作为在线市场的交易中介，又在某种意义上具有基础设施的作用之时，其市场地位会持续强化，市场竞争机制就可能很难对超级平台形成有效的约束。例如，超级平台掌握了大量的消费者数据，使消费者隐私保护的传统私法范式面临挑战。当超级平台在数据获取和交易过程中以不合理的交易条件侵害消费者利益或者剥削交易相对人时，此时的市场自我矫正能力却因超级平台力量的强大在减弱。当大量企业围绕超级平台构建他们的业务，销售他们的服务或商品给平台的使用者时，就会出现超级平台与平台内经营者之间不公平交易的规制问题。^④

数字经济时代的反垄断法需要关注能否以及如何“维护公平交易”问题，德国卡特尔局也已开始进行执法探索。2019年2月6日，德国卡特尔局认定脸书在个人用户数据的收集、整合和使用等方面构成剥削性滥用行为，即在未征得用户有效同意的前提下，将其自有平台(Facebook, WhatsApp, Oculus, Masquerade 及 Instagram)、合作的第三方网站及软件收集的用户个人信息整合至脸书账号，并要求脸书在12个月内进行整改。对于卡特尔局的这一决定，脸书向德国杜塞尔多夫高等法院提出上诉。2019年8月26日，杜塞尔多夫高等法院作出裁判，支持了脸书的主要诉求，认为脸书的数据处理不构成对消费者的剥削性滥用行为，也不构成对竞争者的排他性滥用行为。随后，卡特尔局向德国联邦最高法院提出上诉。2020年6月23日，德国联邦最高法院作出裁判，推翻了杜塞尔多夫高等法院的裁判结果，支持了卡特尔局对脸书的调查处理决定。最高法院认为，脸书滥用市场支配地位，未经用户“自愿同意”从第三方网站和应用程序中收集用户数据，并与用户脸书账户中的其他数据关联融合，构成了剥削性滥用行为，卡特尔局对脸书施加的禁令是适当的。由于本案涉及对欧盟《通用数据保护条例》(GDPR)的解释，杜塞尔多夫高等法院于2021年3月24日向欧洲法院咨询有关本案的意见。截至目前，欧洲法院尚未作出回应。但卡特尔局认为，一家具有市场支配地位的企业并未以市场封锁或共谋的形式限制竞争从而产生竞争损害，但产生了其他损害（如消费者损害、数据保护损害等），其行为仍可以被反垄断法所规制。

第三，“维护公平交易”目标可以被“社会公共利益”目标所涵盖。从各司法辖区的立法来看，韩国和日本的反垄断法比较特殊，其反垄断法本身在立法目标中就强调对公平交易的维护，这一点与韩国和日本经济发展中财阀经济的特点有关，也可以在其反垄断法案名称中都有“公平交易”

一词可以发现原因。韩国《垄断规制和公平交易法》直接禁止具有市场支配地位经营者不当定价(第3条之2第1款第1项)行为,禁止不当显著损害消费者利益的行为(同款第5项后段),日本《禁止私人垄断和确保公平交易法》针对滥用市场支配地位的规制体现在对私人垄断和不公正交易方法行为的规制上,其中“不公正交易方法”主要包括共同拒绝交易、差别性价格、不当廉价销售、限制转售价格、滥用优势地位行为以及公正交易委员会认定的其他不公正交易方法。但是,对大多数国家(地区)而言,反垄断法的核心立法目标仍是“维护市场竞争”,这些国家(地区)虽不拒绝将“维护公平交易”作为反垄断法的立法目标之一,但态度是审慎和保守的,在制度构建与实施中也尽量避免对“维护市场竞争”这一核心立法目标产生冲击,因此“维护公平交易”的立法目标不宜独立规定在反垄断法的立法目的条款中,而更适宜被“社会公共利益”目标所吸收。

结论

我国现行《反垄断法》第1条规定:“为了预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争,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。”在数字经济时代,尽管“竞争损害评估”会面临更多挑战,但反垄断法并没有改变核心立法目标是“维护市场竞争”的共识,我国现行《反垄断法》“为了预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争”的立法目的表述不需要修订。

我国反垄断法的立法目标并没有选择与芝加哥学派一样以“经济效率”为唯一的立法目标,在大多数情形下维护市场竞争就会实现效率,而特殊情形下竞争与效率的背离可以通过效率抗辩制度来平衡协调,我国现行《反垄断法》“提高经济运行效率”的立法目的表述不需要修订。“促进创新”应成为数字经济时代反垄断法独立的立法目标之一,并通过反垄断分析中创新抗辩制度的完善予以实现。我国《反垄断法(修正草案)》第1条已增加“鼓励创新”这一立法目标表述,而“鼓励创新”更适合用来表达知识产权法的价值追求与立法目标,反垄断法更多是通过维护市场竞争和赋予经营者创新抗辩权来促进创新,建议我国《反垄断法》修订中增加“促进创新”而不是“鼓励创新”这一独立的立法目标表述。

反垄断法关于“维护公平交易”立法目标的思考实质上是对反垄断法能否规制剥削性滥用行为议题的重新讨论。为了防止影响反垄断法“维护市场竞争”这一核心立法目标,除非反垄断法的定位如日本、韩国一样有特别考量,即便是立法目标多元化的国家(地区)的反垄断法也不宜在立法目的条款中将“维护公平交易”作为独立的立法目标之一予以规定,该目标更适合被“社会公共利益”目标所涵盖,我国现行《反垄断法》“维护消费者利益和社会公共利益”的立法目的表述便足以涵盖反垄断法“维护公平交易”的立法目标。

因此,建议我国《反垄断法》第1条修订为:“为了预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争,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。”无论我国《反垄断法》修订中是否以及如何如何在立法目的条款中表述“创新”和“公平交易”立法目标,均是反垄断理论、立法以及实践原有议题在数字经济时代的新思考,并没有对反垄断法的立法目标进行重构,因此不必过度解读,而如何实现反垄断法立法目标才应当是更值得关注的问题。

编辑 孙冠豪