

数字经济时代反垄断法视野下 必需设施理论之高度审慎适用

孟雁北

【摘要】 反垄断法能否以及如何适用必需设施理论一直充满争议，相关理论也伴随着各国反垄断立法与司法活动的变化在不断发展。虽然反垄断法在实施中具有适用必需设施理论的可能性，但是面对可能会不当限制经营者权利的质疑以及可能会抑制投资与创新动力的担忧，必需设施理论的适用一直秉承审慎适用原则，它在知识产权领域的适用更为审慎，在数字市场的适用则应高度审慎，尤其在认定数据或者平台是否构成必需设施时更要恪守高度审慎原则，并将必需设施理论的适用框定在滥用市场支配地位行为的分析框架中。当然，数字经济时代的必需设施理论除了在反垄断法领域适用，在数字市场管制法中可能也有更广阔的适用空间，这也消除了对数字市场高度审慎适用必需设施理论是否会弱化反垄断法实施效果的疑虑。

【关键词】 必需设施理论 反垄断法 数字经济 高度审慎适用

【作者简介】 孟雁北，中国人民大学法学院教授、博士生导师。

【中图分类号】 D922.29 **【文献标识码】** A

【文章编号】 2097 - 1125 (2024) 11 - 0041 - 17

一、引言

必需设施理论 (Essential Facilities Doctrine) 在反垄断法领域的适用一直充满争议，各国反垄断法也没有关于“必需设施”的通用概念或达成共识的适用标准。必需设施通常指对包括竞争者在内的其他经营者而言必不可少和不可替代的设施或者要素资源。经营者一旦拥有这些参与市场竞争必需的设施或者要素资源，就可能导致市场上形成“瓶颈”垄断。必需设施理论的适用通常指当经营者控制了必不可少且不可替代的必需设施时，它就有

义务让包括竞争对手在内的其他经营者以合理的商业条件使用该必需设施以避免反竞争后果的产生。必需设施理论主要适用于自然垄断产业或网络型产业,在数字经济时代,由于网络效应、规模经济、平台产品服务供给呈现的公共性以及日渐固化的市场准入壁垒,必需设施理论的适用再次受到各国学术界和实务界的关注。当部分大型数字企业掌握的超级平台、海量数据、先进算法、基础算力日渐成为平台内经营者、上下游经营者甚至竞争者开展经营活动的瓶颈和重要通道时,就可能出现掌握上述设施或者要素资源的数字企业试图通过平台封禁、设置歧视性条件等方式拒绝或变相拒绝必需设施请求方的接入或共享的现象。例如,在2021年抖音诉腾讯滥用市场支配地位一案中,抖音称微信、QQ作为国民级社交通讯产品,属于具有市场支配地位的基础设施,腾讯限制微信和QQ用户分享来自抖音的内容构成滥用市场支配地位行为,并要求腾讯解除封禁。该案引发了关于平台封禁、平台关闭API接口等行为是否构成反垄断法禁止的拒绝交易行为和必需设施理论能否以及在平台经济领域适用的讨论。我们需要关注的是,在数字经济时代,某一技术、要素、系统、网络、平台等在哪些情形下会被认定为必需设施?必需设施的所有者是否有义务以合理交易条件与包括竞争者在内的设施请求方进行交易?必需设施理论在数字市场能否适用以及如何适用?

二、必需设施理论的源起与动态发展

滥觞于美国的必需设施理论随着其在各国反垄断立法与司法中的适用不断发展。同时,在反垄断法中是否应当适用以及如何适用必需设施理论的问题一直存在诸多争议。

(一) 必需设施理论的产生与发展

必需设施理论的源头可追溯至1912年的美国终端铁路协会案(U. S. v. Terminal Railroad Association of St. Louis),在该案中,美国联邦最高法院首次确认拒绝竞争对手使用或重新使用市场必需的设施的行为违反反托拉斯法。^①在该案中,联邦最高法院指出,终端铁路协会掌控所有的横跨密西西比河的连接设施,拒绝开放意味着其他运输公司无法进入圣路易斯地区,从而导致竞争受到限制。法院要求终端铁路协会开放其掌握的铁路设施,原因在于:其一,其他运输公司在事实上无法独立建立跨河设施;其二,运输公司必须使用这些设施。^②但“必需设施理论”一词第一次明确在美国出现是在1977年

^① 参见 United States v. Terminal Railroad Association, 224 U. S. 383 (1912)。

^② 参见 Marissa A. Piropatto, Open Access and the Essential Facilities Doctrine: Promoting Competition and Innovation, *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 2000 (1), 2000, p. 369。

赫克特诉职业足球公司案（Hecht v. Pro-Football, Inc.）的裁决中。^① 必需设施理论在欧盟起源于1974年的Commercial Solvents案，^② 法院在确认被告的市场支配地位后，将“原材料供应的唯一性”和“拒绝供应对竞争的危害性”作为判决的重要依据，^③ 指出如果被告拒绝交易的标的对其他企业在下游市场进行竞争必不可少，则拒绝交易行为构成对欧盟竞争法的违反。^④ 但“必需设施”一词在欧盟第一次出现是在1992年的B&I v. Sealink案中，法院在该案中指出，适用必需设施理论须满足相关条件，即具有市场支配地位的企业不允许竞争对手使用或者以比提供给自己更不利的条件同意竞争对手使用该设施，使得竞争对手处于竞争劣势，从而构成对欧盟竞争法的违反。必需设施理论在美国Otter Tail案、^⑤ MCI案^⑥和欧盟Magill案、^⑦ Bronner案、^⑧ IMS案^⑨等案件中不断得到发展。

美国联邦第七上诉巡回法院在1983年的MCI案中，根据联邦最高法院在终端铁路协会案和Otter Tail案中的判决，首次确立了必需设施理论的适用标准：第一，必需设施由具有垄断力量的经营者控制；第二，竞争者无法复制该设施或复制该设施是不合理的；第三，具有垄断力量的经营者拒绝让竞争者使用该设施；第四，具有垄断力量的经营者能够提供该设施。具有垄断力量的经营者只要满足上述四个要件，就可以被认定为控制着必需设施，其拒绝交易行为就会被视为违反反托拉斯法，这四项标准成为必需设施理论在美国适用的基本要素，并在后续案件中被广泛采用。当然，美国联邦最高法院在MCI案中还认为，即使满足必需设施理论适用的所有要件，也不一定会强制许可，还应当考虑其他因素，如该强制许可是否有益于消费者和市

① 参见 Hecht v. Pro-Football, Inc., 570 F.2d.982 (D. C. Cir 1977)。

② 参见 Commercial Solvents v. Commission, Cases 6 and 7 - 73 [1974] ECR223。

③ 参见陈永伟：《数据是否应适用必需设施原则？——基于“两种错误”的分析》，《竞争政策研究》2021年第4期，第5~17页。

④ 参见 Sébastien J. Evrard, Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 10, 2004, p. 491。

⑤ 参见 Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U. S. 366 (1973)。

⑥ 参见 MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co., 708 F.2d 1081 (1983)。

⑦ 参见 Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Commission of the European Communities, Cases C - 241/91 [1995] ECR I - 00743。

⑧ 参见 Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG, Case C - 7/97 [1998] ECR I - 07791。

⑨ 参见 IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG, Case C - 418/01 [2004] ECR I - 05039。

场竞争。^① 1985年阿斯彭滑雪案^②的判决提出了适用必需设施理论的第五个要件，即拥有必需设施的经营者拒绝交易缺乏正当的商业理由（valid business justification）。事实上，美国联邦最高法院一直都没有明确认可必需设施理论的适用，甚至在2004年的Trinko案^③中，联邦最高法院在一定程度上还否定了必需设施理论的适用，斯卡利亚大法官在由五位法官联合发表的意见中提出，必需设施理论的适用将要求企业与竞争对手分享其垄断力量带来的优势，这与反托拉斯法鼓励竞争的基本目标不一致。他认为，强迫企业分享其创新成果不仅会降低具有垄断力量的经营者创新和投资新技术的动力，而且会降低竞争对手创新和投资新技术的动力。虽然一些下级法院创造了必需设施理论，但联邦最高法院从未明确认可过，在该案中也没有必要认可或拒绝必需设施理论的适用。在欧盟，欧盟法院在1995年的Magill案中进一步确立了必需设施理论的适用要件：第一，占支配地位的企业从事了拒绝交易行为；第二，该设施构成经营者必不可少的原材料；第三，拒绝交易行为阻碍了一种潜在的具有消费需求的新产品的出现；第四，拒绝交易行为没有正当理由；第五，拒绝交易行为会排除二级市场上的任何竞争。^④ 在1998年的Bronner案中，欧盟法院全面分析和确立了适用必需设施理论的核心要件：第一，经营者具有市场支配地位；第二，经营者拥有的被请求产品或服务是必不可少的，不存在现实的或潜在的替代品；第三，拒绝交易行为有可能排除来自请求者的所有竞争；第四，拒绝交易行为无正当理由。^⑤ 在2004年的IMS案中，基于Bronner案与Magill案确立的标准，欧盟委员会认为必需设施理论与公平、合理、无歧视原则的适用条件必须是经营者拥有的必需设施对竞争对手而言是“不可或缺的”（indispensable）。^⑥ 在2007年的Microsoft案中，^⑦ 欧盟委员会虽然没有直接认定“必需设施”，但延续并细化了必需设施理论的适用标准，提炼出拒绝交易滥用行为的四个要件：第

① 参见 MCI Communicatons Corp. v. AT&T Co. , 708F.2d 1081 (1983)。

② 参见 Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp. , 472 U. S. 585 (1985)。

③ 参见 Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U. S. 398 (2003)。

④ 参见 RTE v. Commission of the European Communities, [1995] ECR I - 743 and T - 76/89; ITP v. Commission of the European Communities, [1991] ECR II - 575。

⑤ 参见 Case C - 7/97, Oscar Bronner v. Mediaprint, [1998] ECRI - 7791。

⑥ 参见 Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye and Heike Schweitzer, Competition Policy for the Digital Era: Final Report, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en>, 2024年4月1日。

⑦ 参见 Microsoft Corp. v. Commission of the European Communities, Case T - 201/04 [2007] ECR II - 03601。

一，被拒绝的产品是进入相邻市场从事“有活力的竞争”必不可少的；第二，这一拒绝交易行为会消除后一市场上所有的“有效竞争”；第三，这一拒绝行为会阻碍具有潜在消费者需求的新产品出现；第四，这一拒绝交易行为没有合理理由。^① 通过 Magill 案、Bronner 案、IMS 案和 Microsoft 案，欧盟逐步形成了必需设施理论适用的要件规则。

我国国家市场监督管理总局公布的《禁止滥用市场支配地位行为规定》第 16 条规定，禁止具有市场支配地位的经营者在没有正当理由的情况下拒绝交易相对人在生产经营活动中以合理条件使用其必需设施。在认定必需设施时，应当综合考虑以合理的投入另行投资建设或者另行开发建造该设施的可行性、交易相对人有效开展生产经营活动对该设施的依赖程度、该经营者提供该设施的可能性以及对自身生产经营活动造成的影响等因素。德国在《反限制竞争法》中将“对必需设施的拒绝接入”作为滥用行为的类型予以规制。日本在《禁止私人垄断和确保公平交易法》中规定，当其他企业在生产、交易中需要使用该必需设施时，拥有必需设施的企业不能强制限制其使用，否则将被视为垄断行为。韩国《有关垄断规制和公平交易法》施行令中也有关于禁止“没有正当理由而拒绝、中断或者限制其他企业或者新进竞争者在商品或者服务的生产、供给、销售中利用或接触必需设施的行为”的规定。澳大利亚在《竞争和消费者法》中规定，如果某个公司拥有必需设施并且具有市场支配地位，那么该公司必须允许其他公司在公平、合理和非歧视的条件下使用这些必需设施。该公司如果拒绝提供这些服务，将被视为有垄断行为。意大利在《竞争和市场法》中规定，如果一家公司拥有必需设施并且具有市场支配地位，那么该公司必须允许其他公司在公平、合理和非歧视的条件下使用这些必需设施；该公司如果拒绝提供这些服务，将被视为有垄断行为。

（二）各国反垄断法适用必需设施理论一直秉承审慎原则

由于必需设施理论的适用会对拥有必需设施的经营者的权利做出比较严格的限制，反垄断法领域是否以及如何适用必需设施理论一直受到诸多质疑，存在诸多争议，各司法辖区对必需设施理论的适用也存在一定的差异性。

第一，契约自由和自由竞争是现代社会与市场经济基本的精神与理念。契约自由表现为合同方基于合意自由选择协议的订立，而这一机制在经济领域又表现为每个市场参与者能够通过自由竞争追求经济利益的最大化。^② 即

^① 参见殷继国：《长视频平台版权滥用行为的反垄断法规制》，《政治与法律》2023 年第 2 期，第 160～176 页。

^② 参见李剑：《反垄断法核心设施理论研究》，上海交通大学出版社 2015 年版，第 16～18 页。

使是具有垄断力量的经营者，也应当享有这一权利，因此，当适用必需设施理论会强制要求必需设施的所有者与请求方，尤其是与竞争对手进行交易时，就会引发是否违反契约与交易自由并与市场经济的自由竞争机制背离、抑制投资和创新动力的担忧。当然，限制契约自由和防止过度自由竞争的法理与制度安排同样重要，对自由进行必要的限制也同样是现代民法、经济法的基本精神。早在19世纪，欧洲就通过民事特别法干预合同自由，对弱势经营者提供倾斜式保护，以解决市场交易力量不对称的问题。^①如果涉及下游市场的竞争者生存状态、消费者利益乃至公共利益，必需设施所有者排他性控制其必需设施的权益也可受到限制。契约自由和自由竞争并不能成为适用必需设施理论的当然障碍，但是相关主体会提出审慎适用必需设施理论的诉求。

第二，欧盟比美国更容易接受必需设施理论的原因之一在于欧盟在适用必需设施理论时要求经营者具有市场支配地位，而拥有必需设施且具有市场支配地位的经营者若实施拒绝交易等行为，极有可能产生竞争损害，因此欧盟竞争法对必需设施理论的适用遵循的仍是传统的滥用市场支配地位行为的分析框架。相比较而言，美国《谢尔曼法》第2条关于企图独占（attempt to monopolize）或独占化（monopolization）的规定虽然也要求经营者具有垄断力量，但并不必然要求经营者的市场力量达到市场支配地位的程度，因此拥有必需设施的经营者若实施拒绝交易行为，是否会产生竞争损害尚需要进一步评估。^②根据《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）的规定，拥有必需设施的经营者拒绝交易行为并不是单独列举的滥用行为类型，而是属于滥用市场支配地位行为中的无正当理由拒绝交易行为，必需设施理论的适用实际上也是禁止滥用市场支配地位行为制度的下位概念和理论，从反垄断分析框架来看，我国《反垄断法》在适用必需设施理论时，其规制逻辑和分析框架与欧盟竞争法更接近，与美国反垄断法则存在一定的差异性。当然，必需设施理论适用时经营者是否具有市场支配地位并不会引发过多争论，因为必需设施具有不可替代性，在大多数情况下该必需设施在相关市场界定中常常构成一个独立的相关产品市场，基于必需设施的必不可少性和相关经营者对必需设施的依赖性，以及必需设施可能具备的100%的市场份额，拥有必需设施的经营者常常具有市场支配地位。因此，在适用必需设施理论的反垄断案件中，市场支配地位并不是最重要的问题，必需设施的成立才是问题的核心。当然，必需设施的认定也具有不确定性和争议，如在欧盟微软案中，欧盟初审法院认为在服务器操作系统市场，微软公司的

^① 参见薛军：《批判民法学的理论建构》，北京大学出版社2012年版，第44~45页。

^② 欧盟比美国更容易接受必需设施理论的原因还有很多，比如欧美反垄断法的立法目的、反垄断法的功能以及滥用行为的违法构成要件等存在差异。

“通信协议”信息构成必需设施，要求微软公司向第三程序开发者或竞争对手提供无歧视的公平接入，允许其公平使用该必需设施。^①而在美国微软案中，美国司法部却认为必需设施理论本身模糊不清且缺乏理论一致性，按照 MCI 案提出的必需设施测试方法，Windows 的兼容性“通信协议”信息并不构成必需设施。^②

第三，各国在反垄断案件中对必需设施的认定和判断标准较为原则化，必需设施理论适用的无论是美国 MCI 案标准、^③竞争者标准、公共利益标准、^④消费者偏好标准、创新标准或新产品标准还是 Areeda 标准，^⑤各国学术界和实务界都存在质疑和争议。在具体案件分析中，如何认定必需设施的成立、如何进行救济以及如何维护必需设施权利人的合理商业利益等问题高度依赖个案分析。尽管美国州法院、巡回法院在涉及公用事业、网络型产业、互联网交易系统案件中曾适用必需设施理论，但在具体案件中一直持保守和审慎的态度。反垄断法学者霍温坎普也认为，应当限制必需设施理论的适用范围，否则反垄断法将可能沦为“公平进入法”，将强迫某些私营主体必须容纳另一些企业，哪怕竞争并未因此得到增强。^⑥虽然必需设施理论最早可以追溯到 1912 年的美国终端铁路协会案，但美国法院尤其是联邦最高法院在终端铁路协会案及之后的一系列案件中并未明确支持必需设施理论的适用。^⑦美国司法部反垄断局前高级经济顾问格雷戈里·韦尔登（Gregory J. Werden）也认为，除非有一个预先存在的管理机构能够充分监督救济，否则不应适用必需设施理论，而且有许多因素可以完全驳回必需设施理论作为反托拉斯诉讼的理由。^⑧

第四，反垄断法适用必需设施理论时会要求必需设施的所有者按照合理的交易条件与请求方进行交易，此时何为合理的交易条件存在争议且很难确

① 参见 Microsoft Corp. v. Commission of the European Communities, Case T - 201/04 [2007] ECR II - 03601。

② 参见 United States of America v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D. C. Cir. 2001)。

③ 参见李剑：《反垄断法必需设施理论研究》，上海交通大学出版社 2015 年版，第 82 页。

④ 参见李剑：《反垄断法中核心设施的界定标准——相关市场的视角》，《现代法学》2009 年第 3 期，第 69 页。

⑤ 参见 Phillip Areeda, Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles, *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, 1990, p. 841。

⑥ 参见 [美] 霍温坎普：《联邦反托拉斯政策：竞争法律及其实践》，许光耀、江山、王晨译，法律出版社 2009 版，第 342 页。

⑦ 参见 Phillip Areeda, Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles, *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, 1990, p. 841。

⑧ 参见 Gregory J. Werden, The Law and Economics of the Essential Facilities Doctrine, *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 32, 1987, pp. 433 - 480。

定,同时,如何监督并确保必需设施合理开放也面临挑战。总之,争议和挑战需要反垄断法在适用必需设施理论时秉承审慎原则。

(三) 各国对必需设施理论能否在知识产权领域适用更加审慎

必需设施理论的适用虽面临争议,但是其适用在具有自然垄断和网络型产业属性的公用事业领域较为常见,各国的反垄断理论和实践关于必需设施理论在自然垄断行业、政府高度管制行业中的机场、电网、港口设备、铁路、桥梁、原油净化设备、竞技场、电力通信网等领域的适用分歧较少,而必需设施理论在知识产权领域能否适用以及如何适用方面存在更多争议。

关于必需设施理论适用于知识产权领域的理论分歧直接表现为传统必需设施的内涵是否能够完全适用于知识产权构成必需设施的情形。在传统基础设施构成必需设施的判断上,认定条件之一是构成必需设施的生产要素能否被合理地复制。如果该要素能够被模仿或可替代,说明该要素并非参与者必需,便不能构成反垄断法意义上的必需设施,^①而知识产权的易被模仿性和可复制性与传统必需设施存在差别,从而使必需设施理论的适用面临新的挑战。从字面上分析,必需设施是由“必需”和“设施”两个部分组成的,“必需”指“必不可少”和“不可替代”已基本能够达成共识,但“设施”是否可以是无形财产而不仅是有形财产、是否包括“要素”而不仅是基础设施等有形物则存在争议。尽管作为“设施”的技术具有特殊性,学术界也存在必需设施理论与保护知识产权的公共目的是否具有根本性冲突的争论,但对必需设施中的“设施”做广义的解读是各国的基本共识,例如,韩国将“必需设施”进一步解释为“必需要素”,^②其用意显然是将必需设施从有形的设施扩大到包括软件等在内的无形设施。因此,界定必需设施的关键并不在于该设施是有形财产还是无形财产,而在于该设施对进入相关市场是否具有决定性的作用,知识产权在某些特定情况下同样可以达到这样的目的,因此便可能成为“必需设施”,只是知识产权构成必需设施需要关注知识产权的特殊性,其中最有可能构成必需设施的是标准必要专利。

当然,必需设施理论在知识产权领域的适用面临诸多特殊问题。例如,不像桥梁、港口和铁路等物质上的基础设施,使用者增加会引起阻塞,知识产权承载信息的使用在物理上不必专有,且所有者也很难阻止其使用者与他人分享知识产权。再如,对物质上的基础设施,收取费用采用边际成本定价;对

^① 参见胡承伟:《关键设施理论与知识产权拒绝许可的反垄断规制》,《滨州学院学报》2014年第2期,第73~77页。

^② 依照韩国《公平交易委员会施行令》的规定,没有正当理由而拒绝、中断或者限制其他企业或新进竞争者在商品或服务的生产、供给、销售中利用或者解除必需设备(要素)的行为视为市场支配地位的滥用行为。

知识产权，所有者的收益与其知识产权提供的边际价值而不是边际成本挂钩。又如，对物质上的基础设施，可以采用委任托管的方式进行管制；但对构成必需设施的知识产权，最常见的规制手段是强制许可。针对知识产权作为必需设施的特殊性，欧盟在反垄断执法中往往要求有额外条件作为必需设施理论适用的前提，且只能在一些“极特殊的情形下”（exceptional circumstances）适用，^①其中 Bronner 案也被认为是欧盟对必需设施理论谨慎适用的例证，而美国对在知识产权领域适用必需设施理论持更保守与消极的态度。

当然，当知识产权，特别是专利、计算机软件、数据库等作为进入一个产业不可或缺的必需设施时，知识产权权利人控制具有合法垄断性的知识产权必需设施可能会在下游市场形成垄断或限制竞争，此时知识产权作为一种无形的必需设施可能带来的反竞争后果与有形的必需设施并无本质区别。我国国务院反垄断委员会《关于知识产权领域的反垄断指南》第 16 条在对拒绝知识产权许可进行规定时指出，一般情况下，经营者不承担与竞争对手或者交易相对人进行交易的义务。但是，具有市场支配地位的经营者，尤其是其知识产权构成生产经营活动的必需设施时，它没有正当理由拒绝许可知识产权，可能构成滥用市场支配地位行为，排除、限制竞争。虽然美国法院基本上不在知识产权领域适用必需设施理论，我国在滥用市场支配地位行为的规制框架下在知识产权领域适用必需设施理论，欧盟在极特殊的情形下才将必需设施理论适用于知识产权领域并且适用条件更严格，但是这并不影响必需设施理论在知识产权领域适用，欧盟 1996 年的 Magill 案、2004 年的 IMS 案和 Microsoft/Windows 案都被视为欧盟将必需设施理论适用于知识产权领域的典型案例。由于适用必需设施理论的结果是强制许可包括竞争者在内的经营者使用相关技术，为防止知识产权人失去创新动力，在知识产权领域适用必需设施理论应更加审慎。

三、必需设施理论能否在数字市场适用面临更多争议

进入数字经济时代以来，构成数字经济核心竞争要素的平台、数据、算法等技术或要素在网络效应、规模经济的背景下成为经营者的关键优势资源，必需设施理论能否以及在数字市场适用备受关注。

（一）必需设施理论在数字市场有适用的现实需要及可能性

第一，数字市场运行模式呈现的公共性对平台、数据的公平开放、接入

^① 参见林平、马克斌、王轶群：《反垄断中的必需设施原则：美国和欧盟的经验》，《东岳论丛》2007 年第 1 期，第 21～29 页。

和访问具有现实需求。随着数字经济向纵深化方向发展，平台重塑了经济生产的过程和组织样态，改变了资源配置方式，实现了平台社会经济的全面渗透，呈现突出的公共性。^① 面对相关竞争者必须通过接入平台或共享相关数据信息才能有效参与竞争的现实需求，过去主要在自然垄断行业或电力、电话网络等产业适用的必需设施理论被认为可以促进平台开放与数据共享，从而激活了反垄断法在数字市场能否以及如何适用必需设施理论的议题。

第二，在网络效应、规模经济、锁定效应以及跨界竞争效应的加持下，数字市场的市场集中度和进入门槛日渐增高，市场可竞争性受到冲击。在这一市场条件下，如果平台资源和数据掌握在少数平台企业手中，这类拥有关键性“设施”的平台企业拒绝接入或歧视性接入就可能会对相邻市场、下游市场竞争产生巨大影响，而必需设施理论的适用能够为此类案件的解决带来思路和便利。^② 鉴于平台的竞争者获取所需数据或平台资源存在巨大障碍，以及网络平台和庞大数据集合的创造需要前期巨大的投资成本，竞争者自行开发或创造新平台或另行收集新数据集合在经济上可能不可行，^③ 而适用必需设施理论则可能推动掌握数字必需设施的所有者公平、合理、无歧视条件地向包括竞争者在内的其他经营者开放接入或共享数据。

第三，如果经营者拥有必需设施，由于必需设施的不可复制性，竞争者在短期内难以找到具有成本效率的替代品，那么必需设施所有者的拒绝交易行为就会显著提高其竞争对手的成本，削弱甚至消除潜在竞争。与之相对应，必需设施所有者能够放慢市场产生物美价廉的新产品或服务的速率，以此维持、巩固自身的市场份额和垄断地位。在数字经济领域，破坏性创新速率和动态竞争样态的加剧使今天的优势型数字企业可能成为明天的市场失败者，因此，掌握数字必需设施的企业就更有动机通过拒绝接入、设置歧视性条件或者提高接入费用等方式增加潜在竞争者的运营成本，削弱其竞争优势，从而维持其“脆弱”的竞争优势。

当然，掌握必需设施的所有者还可能将其在一个市场的垄断力量传导至另一个市场，获得跨市场的垄断力量，尤其是在纵向整合的产业链中，掌握必需设施的上游经营者可以将既有垄断地位延伸至下游市场，获得对下游市

① 参见张晨颖：《公共性视角下的互联网平台反垄断规制》，《法学研究》2021年第4期，第149~151页。

② 参见 Mark Cooper, Open Access to the Broadband Internet: Technical and Economic Discrimination in Closed, Proprietary Networks, *University of Colorado Law Review*, Vol. 71, 2000, pp. 1011 - 1013.

③ 参见 Maxwell Meadows, The Essential Facilities Doctrine in Information Economies: Illustrating Why the Antitrust Duty to Deal is Still Necessary in the New Economy, *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.*, Vol. 25 (3), 2015, p. 795.

场的控制力。^① 垄断力量的杠杆传导将创造对两个市场的垄断，加剧垄断带来的经济损害，数字企业垄断力量的杠杆传导的损害后果则更为显著。与传统市场条件不同，因受生产设备、厂房、技术等条件的制约，即使是垄断企业，其从事纵向一体化或跨市场经营的能力有限，垄断力量的传导效应会受到限制。在数字市场条件下，跨市场竞争、跨界竞争成为数字企业展开竞争的基础模式。数字企业借助其掌握的必需设施形成的流量、渠道、数据、资金等优势，借助杠杆传导更容易将基础服务领域的垄断地位辐射、延伸至其他领域，在多个相关市场构筑双轮垄断地位。^②

由此可见，如果数字企业能够借助其掌握的必需设施形成的竞争优势从事策略性的排他行为，为自身谋取垄断利润，那么，适用必需设施理论对数字市场进行反垄断规制就具有现实的必要性和可能性。

（二）必需设施理论在数字市场的适用应秉承高度审慎原则

必需设施理论的适用可能限制必需设施所有者的交易自由，可能对投资和创新产生潜在抑制，甚至可能成为保护低效率竞争者的工具，因此，必需设施理论在以动态竞争和创新竞争为个性特征的数字市场上的适用面临更多担忧。

第一，互联网平台具有的倾斜性定价、交叉网络外部性、锁定效应等不同于传统企业的竞争特性使需求替代性分析、供给替代性分析、SSNIP等相关市场的传统界定方法对其适用困难。平台的产品服务供给的无形性、双边市场以及免费模式，使以价格为中心的传统相关市场界定与市场力量评估方法面临挑战。平台经济领域的规模经济效应、竞争的动态性使市场力量认定和竞争损害评估面临挑战。如果适用必需设施理论，虽然必需设施的认定与相关市场界定并不是一回事，但是在某些滥用案件中，必需设施本身就会构成相关市场，^③ 拥有必需设施的经营者也通常具有市场支配地位，在数字经济时代的反垄断法规制拒绝交易等滥用行为时就可能越过相关市场界定和市场支配地位认定这两个面临无数挑战的认定难题，但也产生必需设施理论的适用脱离了反垄断法分析框架的担忧。

第二，必需设施理论的适用能够简化反垄断分析过程，具备工具价值的优势，^④ 甚至可以通过直接判断平台或数据资源是否构成必需设施来评估经营

^① 参见 Robin Cooper Feldman, *Defensive Leveraging in Antitrust*, *Georgetown Law Journal*, Vol. 87, 1999, p. 2079.

^② 参见翟巍：《超大型数字平台企业双轮垄断的规制范式》，《财经法学》2021年第1期，第18~19页。

^③ 参见郑鹏程：《反垄断相关市场界定基本法律问题研究》，中国政法大学出版社2018年版，第339页。

^④ 参见王帅：《作为必需设施的超级平台及其反垄断准入治理》，《北方法学》2021年第5期，第148~160页。

者的市场力量，从而降低在数字经济领域相关市场界定和市场力量评估的难度。鉴于平台所有者的拒绝交易行为，倘若直接遵循“相关市场界定—支配地位认定—拒绝交易行为认定”的步骤难以得到顺利论证，^①而必需设施理论如果可以在数字市场适用，只要必需设施能够成立，就可能通过开放接入的救济手段满足竞争者平等接入平台的诉求，但同时也产生了适用必需设施理论可能架空滥用市场支配地位行为的分析框架、可能不当对经营者施加义务的担忧。

第三，必需设施理论在传统网络型产业、自然垄断产业、知识产权领域的适用一直存在争议和质疑，而在数字经济领域的平台、数据等数字设施适用必需设施理论面临的质疑会更为激烈。其一，虽然平台具有典型的网络效应和规模经济特性，与自然垄断产业似乎有异曲同工之处，但最终在数字市场占据优势地位乃至市场支配地位的平台企业往往是因为其产品或服务质量在激烈的市场竞争中脱颖而出，俘获了大量消费者青睐。在数字经济领域适用必需设施理论将在未确认某一优势地位违法的情况下就约束这一自然竞争优势，可能造成对市场结构的过度干预。其二，数字市场本身是一个可竞争的市场，而且竞争十分激烈。以搜索服务为例，尽管谷歌在搜索服务市场所占份额很大，但垂直类搜索引擎、一般门户网站都能够提供相应的搜索工具，谷歌搜索服务并非下游经营者展开有效竞争必不可少的设施投入。^②其三，在数字经济领域适用必需设施理论时，认定必需设施后的开放接入意味着需要执法机构或法院明确接入必需设施的价格、条件等，考虑到反垄断执法机构可能要肩负监督商业关系运作的职能，而法院可能对技术问题并不擅长，他们可能没有有效的条件完成这项职能。其四，反垄断法在数字市场实施中对静态效率与动态效率平衡的关注也需要必需设施理论适用的高度审慎。假设某数字经营者掌握的平台或数据构成必需设施，后续的救济措施即反垄断执法机构或者法院要求必需设施拥有者开放设施，并将接入价格或条件确定在垄断获利之下。上述救济措施虽然会减少设施请求者的绝对损失，提高静态效率，但是可能降低设施所有者的事后利润，从而降低设施所有者在未来进一步投资和管理必需设施的激励效率，导致动态效率的降低。^③或者说，从必需设施理论适用的经济效果来看，要求平台接入或提供数据虽然

① 参见王中美：《必要设施原则在互联网反垄断中的可适用性探讨》，《国际经济法学刊》2020年第1期，第120页。

② 参见 Robert H. Bork and J. Gregory Sidak, What Does the Chicago School Teach about Internet Search and the Antitrust Treatment of Google?, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 8 (4), 2012, pp. 663 - 685.

③ 参见 Mats A. Bergman, When Should an Incumbent Be Obligated to Share Its Infrastructure with an Entrant Under the General Competition Rules?, *Journal of Industry, Competition and Trade*, Vol. 5, 2005, pp. 5 - 26.

提高了静态效率，但可能减少所有者后续投资平台、数据设施的激励，降低了动态效率。更有可能的是，虽然强制交易为必需设施的请求方带来了短期获益，但是也导致请求方投资开发自己的竞争性设施的激励减弱，反而推动了必需设施所有者对设施的控制并减少了未来的竞争。当数字经济领域适用必需设施理论时，数字市场的动态竞争和创新竞争规律意味着数字市场的垄断具有不稳定性 and 暂时性，动态竞争的市场过程必然会在破坏性创新产品或服务的冲击下改变既有垄断者的地位，必需设施的认定应考量数字市场的上述特点。

总之，反垄断法中原本充满争议的必需设施理论在数字经济领域的适用会遭遇更大的挑战与更多的质疑，必需设施理论在数字市场的适用要避免不当干扰数字市场自发的竞争机制，理应高度审慎。

四、必需设施理论如何高度审慎在数字市场适用？

在数字经济时代，平台和数据构成了数字经济的核心要素，必需设施认定的核心要素是“必需”，是“必不可少”和“不可替代”。无论是数据还是平台，如果对其他企业而言，一旦缺乏该投入物就无法进入市场进行竞争，或者构成其他经营者进入市场的严重阻碍，或者是其他竞争者进入市场的瓶颈，或者要进入市场就必须使用该投入物，此时该投入物就具有不可替代性，其他经营者的依赖也由此产生，也就具备了能够被认定为必需设施的可能性。因此，必需设施理论在数字市场的适用面临的最大的挑战就是数据能否和如何成为必需设施？平台能否和如何成为必需设施？以及必需设施理论在数字市场的适用是否存在反垄断法之外的适用空间？

（一）数据被认定为必需设施应秉承高度审慎原则

随着数字经济的发展，数据的重要性愈发凸显，物联网、人工智能等新兴技术的创新和发展更是离不开数据支撑。如果平台企业拥有其他经营者进行经营或提供服务必不可少又无法从别处获取的数据，但又拒绝向其他经营者开放数据接口或共享数据，就可能导致其他经营者的市场进入面临障碍甚至无法进入，在这种情况下，必需设施理论就有了适用于数据领域的可能性。但与此同时，数据权益保护、隐私保护、动态竞争等问题也需要得到充分考虑。在英国 *Attheraces* 案中，法院指出，负责英国赛马管理的经营者控制的赛前数据对使用该数据来维持其服务的经营者至关重要。由于管理方是市场上前述数据的唯一供应商，任何人获取和提供相同的数据代价高昂、极为困难，且相当不切实际，上述数据就存在构成必需设施的可能性。^① 德国《反限制竞争法》

^① 参见袁波：《必需数据反垄断法强制开放的理据与进路》，《东方法学》2023年第3期，第151页。

第十次修正案规定数据可以构成必需设施，但是应当是相邻市场经营者营业不可或缺的数据。^① 美国 hiQ Labs 诉领英案^②虽然否认了必需设施理论的适用，但是为数据适用必需设施理论提供了想象空间。

在探讨数据是否可以构成必需设施时需要注意，数据具有非排他性，数据客观存在于市场中，任何符合经营资质和满足经营条件的经营者都可以参与数据收集活动，数据在使用过程中还具有非常明显的可叠加性，这种可叠加性使得数据可以被同时重复使用。在论证数据能否构成必需设施时，数据的多栖性和非排他性使其缺乏必需设施不可替代投入品的性质。^③ 而数据的非竞争性、实时性以及确权难等特征也对必需设施的成立造成了障碍。因此，认定数据能否构成必需设施需要考察依赖该数据开展经营活动的竞争者或该场域的竞争被全部或很大程度上消除的可能性、竞争者在其他地方获得数据的可能性、该市场中竞争者数量、数据对经营者开展经营活动的重要性等。除了满足必需性的要求，开放数据的可行性也是构成必需设施的关键性因素。如果数据开放接入和使用不具备现实可行性，或者数据提供者在技术、资源、条件等客观因素上无法为请求方提供数据，那么该数据也不应当被认定为必需设施。

总之，数据构成必需设施需要满足数据具有必不可少性和不可替代性、数据获取具有不可复制性、数据开放具有可行性等构成要件，同时，在数据领域适用必需设施理论应秉承高度审慎原则。在当下，宜将必需设施理论的适用框定在滥用市场支配地位行为的分析框架中，要求拥有数据必需设施的经营者具有市场支配地位、从事的拒绝交易等滥用行为造成了竞争损害且没有正当的商业理由，才能最终被反垄断法禁止，从而可以避免对经营者经营自主权和契约自由的过度干预。

（二）平台被认定为必需设施应秉承高度审慎原则

2018年美国联邦贸易委员会在竞争与消费者保护的听证会中表示，应当重视必需设施理论以解决互联网平台的支配地位与其审查权问题。^④ 针对平台经济领域可能适用的必需设施理论，我国国务院反垄断委员会《关于平台经济领域的反垄断指南》第14条第2款规定：“认定相关平台是否构成必需设施，一般需要综合考虑该平台占有数据情况、其他平台的可替代性、是

① 参见德国《反限制竞争法》第19条第2款第4项。

② 参见 hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp., 938 F.3d 985 (9th Cir. 2019)。

③ 参见曾雄：《数据垄断相关问题的反垄断法分析思路》，《竞争政策研究》2017年第6期，第47页。

④ 参见 Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century, <https://www.ftc.gov/enforcement-policy/hearings-competition-consumer-protection>, 2024年4月1日。

否存在潜在可用平台、发展竞争性平台的可行性、交易相对人对该平台的依赖程度、开放平台对该平台经营者可能造成的影响等因素”，且平台必需设施所有者仍享有正当理由抗辩的机会。《关于平台经济领域的反垄断指南》第14条第3款列举的正当理由包括：因不可抗力等客观原因无法进行交易；因交易相对人原因，影响交易安全；与交易相对人交易将使平台经济领域经营者利益发生不当减损；交易相对人明确表示或者实际不遵守公平、合理、无歧视的平台规则；能够证明行为具有正当性的其他理由。具体而言，平台拒绝开放是否存在正当理由应当主要从经济效率层面进行判断，需要判断平台拒绝开放想要实现的促进竞争的效果是否大于该行为造成的限制竞争效果，相关促进竞争效果抗辩包括平台所有人是为了保证数字产品服务供给的质量、技术安全、个人信息安全、网络安全等，或为了防止被请求方的不合理的搭便车行为，以及开放该平台可能严重损害投资和创新等情形。我国在平台领域适用必需设施理论实际上是在滥用市场支配地位行为的分析框架下展开的，已经高度审慎。

平台构成必需设施的关键在于它能够将供应商和需求方有效地联系在一起，并且借助其拥有的海量数据资源，形成一个具有规模效应和网络效应的闭环式商业生态系统，进而通过利用其在一个市场上的垄断力量来获得另一个市场上的垄断力量的方式，排斥或歧视其他市场参与者，从而损害消费者和其他经营者的利益。大型平台企业虽然仅控制着一个虚拟的“设施”，但该类设施往往具有线下实体经济难以享有的关键性地位，竞争对手被禁止使用平台设施后能否依然开展有效竞争，以及能否复制和重建该设施，是平台构成必需设施的关键。当平台提供的产品、服务或管道在特定相关市场上没有合适的替代品，平台就具有构成必需设施的可能性。但需要关注的是，在数字市场中，平台的市场力量是很脆弱的，常常被创新的新产品或服务取代，这是一种动态的竞争模式，对平台是否构成必需设施会产生重要影响。在欧盟谷歌案中，欧盟法院也否认了谷歌搜索引擎具有“不可或缺”的特征，认为谷歌搜索引擎不构成“必需设施”，并认为平台构成“必需设施”的认定需要“十分严谨”。

总之，平台构成必需设施需要满足平台业务具有必不可少性和不可替代性、平台业务的提供具有不可复制性、平台业务提供具有可行性的构成要件，同时，在平台领域适用必需设施理论应秉承高度审慎原则。在当下，宜将必需设施理论的适用框定在滥用市场支配地位行为的分析框架中，要求拥有必需设施的平台具有市场支配地位、从事的拒绝交易等滥用行为造成了竞争损害且没有正当的商业理由，才能最终被反垄断法禁止。

（三）必需设施理论更广阔的适用空间可能是数字市场管制法而不是反垄断法

必需设施理论在上游经营者掌控下游经营者开展经营必不可少和不可替

代的设施时，要求上游经营者承担开放必需设施的特殊义务，这并不是反垄断法专有的规制思路，而更类似行业管制中对特定企业施加特定义务的逻辑。

事实上，在必需设施理论的发展历程中，管制机构的角色和作用一直不容忽视。即使在最早的1912年美国联邦最高法院审理的终端铁路协会案中，州际商业委员会也是作为铁路行业的管制机构，通过制定铁路公司服务的定价和其他准入条件来限制铁路公司滥用垄断力量的行为，还通过对必需设施的管理和分配，保障竞争者的准入和公平竞争。在美国MCI案与Otter Tail案中，也都有行业管制因素：MCI案涉及电信监管，Otter Tail案涉及电力监管。由于适用必需设施理论的案件常常发生在管制行业，必需设施不仅事关竞争，而且与社会公共利益密切相关，行业管制立法基于维护公共利益会对“必需设施”进行管制，因此必需设施引发的问题并不是也不应全部由反垄断法来解决。我们需要深入思考：在行业管制立法已经可以较好地解决滥用必需设施问题时，反垄断法是否可以保持必要的谦抑性？如果存在行业管制机构主动强制必需设施拥有者与其他人分享必需设施的使用时，反垄断法的实施是否应该保持谦抑？在不存在行业管制的领域，反垄断法适用必需设施理论是否更具有价值？在数字市场管制立法中，也需要关注必需设施理论在数字管制立法中适用的可行性。

反垄断法视野下的必需设施理论是竞争导向的反垄断救济工具，而非管制工具，但与此同时，数字时代的反垄断法规制不得不将质疑的眼光再次投向掌握必需设施的数字企业本身，并对结构性问题给予更多的关注与改进。无论是欧盟《数字市场法》、德国《反限制竞争法》第十次修正案，还是《美国选择和创新在线法案》（American Choice and Innovation Online Act），都是从结构的立场而非平台设施功能性的角度创设一个类似“必需设施”的概念，即“守门人平台”或“有跨市场重要影响的经营者”或“涵盖平台”，并对上述平台施加公平、合理、无歧视原则下的义务，如防止平台自我优待、数据互操作与可携带的要求等，要求平台承担的义务范围早已超出必需设施理论项下禁止拒绝交易、歧视性待遇的义务范围，更关注的是平台对社会、经济的整体性影响，为平台企业设定事前的特别管制，更类似行业管制立法的规制逻辑。反垄断法主要调整市场竞争机制，以市场的可竞争性为前提；公共性理论以“管制”理论为基础展开，行业管制立法的对象一般是供水、供电、铁路等具有自然垄断属性的产业或者与安全、健康、环境相关的社会性管制领域，^①但现在可能扩展至数字市场。虽然反垄断法视野下适用必需设施理论的救济措施也多为提供非歧视或合理条件的开放接入义

^① 参见李剑：《数字平台管制：公共性理论的反思与经济管制的适用》，《法学研究》2023年第5期，第22~41页。

务，但是与行业管制立法中公共性理论主张的事前的、普遍性服务义务存在本质差异，公共性理论将平台视为公共承运人或新公用事业，要求平台承担收取非歧视的公正合理的费率义务、接入中立义务、进入限制和服务义务等普遍性的管制服务，二者采取的开放义务是在不同的理论框架下展开的。可以期待的是，随着数字管制立法的兴起，必需设施理论在数字市场管制法中会有更大适用空间。当欧盟颁布实施《数字市场法》后，反垄断法在数字市场适用必需设施理论的需求已经被忽视甚至忽略，美国对在反垄断法领域适用必需设施理论本身就比较保守并持怀疑态度，在数字市场将更是如此，而我国由于还未出台数字市场管制的相关立法，因此反垄断法如何在数字市场适用必需设施理论反而被讨论得最多，其发展也需要与我国未来的数字市场管制立法协调互动。

五、结论

关于必需设施理论，各国的反垄断立法和实践都没有形成统一的具有权威性的定论。可以达成共识的是，必需设施理论的适用主要限定于某些特定类型的案件，而且需要具备严格的适用条件。必需设施理论自产生之初便面临适用该理论的必要性、可行性以及如何具体适用的争议，即便在传统自然垄断和管制行业，必需设施理论的适用也很审慎，在知识产权领域的适用则更加审慎。随着数字经济发展的纵深化、市场力量的日渐聚集和市场可竞争性的减损，必需设施理论再度被关注，但必需设施理论在数字市场的适用更应秉承高度审慎原则，在认定数据或者平台是否构成必需设施时，需要满足数据或平台业务具有必不可少性和不可替代性、数据或平台业务获取具有不可复制性、数据或平台业务开放具有可行性的构成要件。同时，在当下，宜将必需设施理论的适用框定在滥用市场支配地位行为的分析框架中，要求拥有必需设施的平台或拥有数据必需设施的经营者具有市场支配地位、从事的拒绝交易等滥用行为造成竞争损害且没有正当的商业理由，才能最终被反垄断法禁止，以避免对经营者经营自主权和契约自由的过度干预。当然，数字经济时代的必需设施理论除了在反垄断法领域适用，在数字市场管制法中可能会具有更广阔的适用空间，从而在一定程度上缓解对数字市场高度审慎适用必需设施理论是否会弱化反垄断法实施效果的担忧。

（责任编辑：方 军）