

反垄断法强制开放数据的理论依据与实现路径

周樾平*

内容提要：掌握大量数据的企业可能拒绝其他经营者获取数据而排除、限制竞争，根据反垄断法承担拒绝交易责任可以作为强制开放数据的依据。拒绝交易存在两种违法性认定路径：“必需设施原则”是从设施本身的特殊性直接推出拒绝开放的违法性，并不适合数据开放；“竞争影响路径”侧重考察拒绝交易行为对竞争的影响，更能适应数据开放的复杂情形。数据垄断的认定应重点关注拒绝开放行为对产业创新和市场竞争活力的影响，建立“创新损害”分析框架，将数据权属、隐私风险等影响数据开放的多种因素纳入考量。

关键词：反垄断 数据开放 必需设施 拒绝交易 平台竞争

数据作为数字经济时代“最有价值的资源”，其保护和利用已经成为当下最受关注的问题。在数据产权和开放利用缺乏法律规定的情况下，企业出于保持竞争优势的考虑，往往强化对数据的控制而限制其他经营者获取，反垄断法成为开放数据的主要依据。自从亚伯拉森教授提出“必需数据”概念以来，^{〔1〕}我国学者几乎都是从“必需设施”原则出发讨论数据开放，鲜少论及其他方法。^{〔2〕}必需设施原则本身就是一个极富争议的理论，适用条件并不清晰，而其作为拒绝交易责任的认定方式之一，与拒绝交易的一般认定方法在前置条件、效果要件等方面都存在诸多纠缠不清之处，增加了数据垄断认定的模糊和不确定性。本文从厘清二者的适用关系入手，探讨何种理论进路更加适合数据开放，并对数据垄断的适用条件进行分析，以期建立行之有效的判断标准。

* 周樾平，南京农业大学人文与社会发展学院教授。

本文为国家社科基金项目“数字经济背景下企业数据权属及利用规则研究”（20BFX122）、研究阐释党的二十届三中全会精神国家社科基金重大专项“促进平台经济创新发展与平台经济常态化监管问题研究”（24ZDA024）的部分研究成果。

〔1〕 See Zachary Abrahamson, *Essential Data*, 124 Yale Law Journal 867 (2014).

〔2〕 参见袁波：《必需数据反垄断法强制开放的理论依据与进路》，载《东方法学》2023年第3期；李晓珊：《数据访问限制行为的反垄断法规制》，载《法学论坛》2024年第4期；杨东：《论反垄断法的重构：应对数字经济的挑战》，载《中国法学》2020年第3期等。

一、反垄断法开放数据的两种可能路径

具有支配地位的企业拒绝其他经营者获取或者访问数据，可能形成反竞争封锁，构成滥用市场支配地位的垄断行为，承担拒绝交易的责任可以作为强制开放数据的手段。拒绝交易责任的认定有两种路径：其一是基于竞争影响的违法性认定路径，其二是基于必需设施原则的认定路径。尽管有人认为必需设施原则与拒绝交易责任之间并不存在可以替代的包含关系，^{〔3〕}但从各国反垄断法实践，以及我国规章的相关规定来看，必需设施原则都是拒绝交易项下的一种制度。^{〔4〕}即便如此，必需设施原则与拒绝交易的一般认定方法在适用逻辑上存在何种区别，却少见深入的论述，而主张依“必需设施”开放数据的学者，似乎自动忽略了拒绝交易的一般认定方法。基于此，本文认为应当首先厘清二者之间的适用关系。

（一）拒绝交易的一般认定方法

禁止滥用市场支配地位的规制既与结构有关，又属行为规制的范畴，属于结构性的行为规制。在拒绝交易的认定中，垄断力以及排除限制竞争效果都是认定拒绝交易行为必不可少的要件，传统的认定标准侧重于分析行为对竞争的影响，因此“基于竞争影响的认定标准”是拒绝交易的一般认定方法。例如在美国，构成非法垄断化的排挤性行为要看是否对竞争过程造成损害，从而损害消费者。^{〔5〕}

由于在许多垄断化案件中，行为的性质非常模糊，很多有效率的行为都会损害竞争对手或增加市场进入的难度，有利于消费者的积极竞争行为与减少长期竞争和消费者福利的排他性行为几乎难以区分。因此在判断行为性质的时候往往要结合行为的动机、意图、效果等多种因素进行考察。“垄断意图测试”是美国法院传统的判断方法，“如果没有任何产生或维持垄断的意图，则拒绝交易不可能构成垄断行为”^{〔6〕}。多数法院采用客观定性，根据被告行为的表现，来推定其目的和意图，从而确定能否把该行为定性为反竞争性的。在拒绝交易的经典案例 Aspen 案中，一家大的滑雪公司拒绝与另一家小滑雪公司继续合作，美国最高法院认为，联营的滑雪套餐对双方都有好处，对消费者也是有利的，被告拒绝继续参加联营没有商业上的合理理由，其目的只是为了损害竞争对手以达到垄断市场的目的。^{〔7〕}之后法院逐步完善了这一标准：垄断者和竞争者必须有事先存在的有利可图的交易，垄断者愿意放弃短期利润，以达到反竞争目的。

在长期的竞争法实践中，对于拒绝交易在何种情况下属于滥用行为形成了多种检验标准，前述“利润牺牲检验”是其中之一，除此之外，还有“不均衡检验”，是看行为的反竞争影响是否大大超过其有利竞争结果，而“效果平衡检验”是综合各种因素评价行为对竞争带来的影响。在具体案件中，法院会采用他们认为合适的测试标准来评估拒绝交易行为是否反竞争，^{〔8〕}这些认

〔3〕 参见段宏磊、沈斌：《互联网经济领域反垄断中的“必要设施理论”研究》，载《中国应用法学》2020年第4期。

〔4〕 根据《禁止滥用市场支配地位行为规定》第16条、《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，“拒绝以合理条件使用必需设施”是拒绝交易的情形之一。

〔5〕 See *United States v. Microsoft Corp.*, 253, F.3d 34, 58-59 (D.C. Cir. 2001)

〔6〕 *United States v. Colgate & Co.* 250 U.S. 300, 307, (1919).

〔7〕 See *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

〔8〕 See Ioannis Drivas, *Liability for Data Scraping Prohibitions under the Refusal to Deal Doctrine: An Incremental Step toward More Robust Sherman Act Enforcement*, 48 The University of Chicago Law Review 1901, 1934 (2019).

定标准都侧重于分析行为对竞争的影响。

（二）必需设施原则的适用条件和争议

与效果测试不同，必需设施原则是根据被拒绝的资源性质，而不是特定情况下行为对竞争的影响来施加责任。一个设施基于地理、法律或经济上的原因无法或者非常难以复制，购买者无法找到其他合适的替代供给来源，而拒绝供应使得市场内已经很少的竞争者之一将被迫退出市场时，就可以要求支配企业不得拒绝交易。这是一种从资源的不可替代性直接得出拒绝交易构成垄断的认定模式，跳过了竞争影响考量的步骤。

必需设施原则本身就充满争议。虽然整个理论都是围绕“必需设施”展开的，但在该理论发展的过程中，却没有一个精确的定义说明什么是必需设施。^{〔9〕}美国法上的必需设施原则似乎并未遵循竞争损害逻辑，更像是一种“强制接入”的管制工具，其适用被限定在极为狭窄的领域。在“MCI案”中，美国法院首次提出判断必需设施的标准：（1）设施为垄断者控制；（2）竞争对手无法实际或者合理地复制这一设施；（3）竞争对手使用设施被拒绝；（4）提供设施是可能的。^{〔10〕}诸要件中设施的“不可复制性”处于核心地位。设施不可复制表明垄断者具有相当强大的市场力量。一个设施是唯一的、仅有的，无法被实际或合理地复制，那么该设施本身必然构成一个单独的相关市场，如果垄断者不能控制这个相关市场，而是可以找到竞争性的替代品，该设施就很难说是“必需”的了。因此，必需设施所要求的“不可复制性”，转换为反垄断法理论中已有的术语，就是对相关市场的完全垄断。^{〔11〕}适用必需设施原则所要求的市场力量比反垄断法上通常要求的垄断者的市场力量更巨大，必须要达到不具有成本优势的替代物也不存在才能与之相符合。

在必需设施原则中竞争损害要件被弱化了。在美国有些法院审理的案件中，竞争显然基本上没有受到拒绝交易行为的影响法院也适用了必需设施原则。^{〔12〕}必需设施原则更像是一种“结构主义”的垄断认定模式，是从市场进入壁垒和供给替代的角度直接推定拒绝提供必需设施具有竞争上的违法性，从而要求开放该设施。从理论上说，一个设施即便处于“不可复制”的核心地位，如果设施所有者已经向多家企业提供了设施，那么拒绝向另一家企业提供设施并不一定会影响竞争，而只会损害这一家企业。因此“认定必需设施—强制开放”的适用逻辑更像是一种管制政策，而不是反垄断法上的制度，将一种资源认定为必需设施会将其归于公用事业，该原则受到的批评很大程度上来源于此。^{〔13〕}在美国，只是一些下级法院运用必需设施理论，最高法院并没有明确否定该原则，但由于一贯在讨论中对其适当性进行质疑，因此播下了对其有效性怀疑的种子。^{〔14〕}法院所认定的必需设施大多属于自然垄断、作为管制制度组成部分而创设的装置、工厂或其他有价值的生产性资产、政府所有的装置，并且其建立与维持得到补贴。^{〔15〕}

〔9〕 See Allen Kezsbom & Alan V. Goldman, *No Shortcut to Antitrust Analysis: The Twisted Journey of the “Essential Facilities” Doctrine*, 1996 Columbia Business Law Review 1, 243 (1996).

〔10〕 See MCI Communications v. AT&T Co. 708 F.2d 1081 (1983).

〔11〕 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》，载《现代法学》2009年第3期。

〔12〕 See Fishman v. Estate of Wirtz, 807 F.2d 520 (7th Cir. 1986).

〔13〕 See Phillip Areeda, *Essential Facilities: an Epithet in Need of Limiting Principles*, 58 Antitrust Law Journal 841 (1989).

〔14〕 See S. Popofsky, *Defining Exclusionary Conduct: Section 2, the Rule of Reason, and the Unifying Principle Underlying Antitrust Rules*, 73 Antitrust Law Journal 435 (2006).

〔15〕 参见〔美〕赫伯特·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年版，第340页。

欧盟法上必需设施原则的适用范围更加广泛，但却很难与拒绝交易责任相区分，正是因为二者几乎等同，必需设施原则的适用条件极为令人困惑。人们常常认为必需设施原则是欧盟采用的拒绝交易的认定路径，这一认识主要来源于拒绝交易的适用条件中包含“投入的客观必要性”要件。欧盟委员会将拒绝交易的适用条件归纳为以下三项：（1）占主导地位的企业拒绝提供对下游市场上充分有效竞争客观上必要的投入；（2）拒绝可能导致消除下游市场有效竞争；并且（3）拒绝可能会导致消费者损害。^{〔16〕}其中投入的“客观必要性”是指，如果在较长时间内，下游市场竞争者找不到实际或潜在的替代品，或者无法有效地复制主导企业产生的投入，使竞争者能够对下游市场的主导企业施加竞争限制。可以看出，客观必要性采用的是“不可复制”标准，而只要一项产品是“不可复制”的，其就可以被称为必需设施，^{〔17〕}因此人们经常认为这也是必需设施原则的适用条件，例如有学者指出，一方面是拒绝交易或供应的概念，另一方面是必需设施的概念，两者都需要“必要性”。这两个术语在欧盟竞争法的背景下可以互换使用，两种概念之间的差异似乎只是语义上的问题。^{〔18〕}

将必需设施原则等同于拒绝交易责任，首先产生的问题是投入的“客观必要性”认定标准的模糊。必需设施原则与拒绝交易责任适用的前端要件非常接近，拒绝交易责任要求行为人具有市场支配地位，这也意味着垄断者所掌握的资源对于下游市场竞争具有某种程度的“必要性”，但是必需设施原则所要求的市场力量要比通常的市场力量更巨大，如果将二者不加区分，势必造成认定上的混乱，正是因为如此才有人说欧盟实践中对证成一项设施的不可复制性及其对下游市场竞争的必要性极为模糊和不清晰，难以寻得足够客观的标准。^{〔19〕}在一些案件中，欧盟法院掌握的“不可复制性”的门槛非常高，例如在 Bronner 案中，法院采取的是“同等效率竞争对手”标准，要论证被告产品的“不可复制性”，原告至少必须证明即使是一个与现有被告处于相似地位的企业想要创建第二个产品也是在经济上不可行的。^{〔20〕}而在另一方面，“不可或缺”的判断标准似乎又在不断地被放宽，一些案件中，只要经营者拥有独特的竞争优势，或者这些资产是在可预见的未来难以被竞争对手创建的，就可能要求经营者向竞争对手进行供应或开放。^{〔21〕}

将必需设施原则等同于拒绝交易责任产生的另一个问题是竞争损害要件的模糊。很多案件通常只要认定上游支配地位经营者的产品对于下游竞争对手是“不可或缺”的，那么拒绝供应行为就很可能被认定为排除下游市场的有效竞争，从而使竞争损害要件空洞化。例如在 Commercial Solvents 案中，法院认为，当一家占支配地位的供应商拒绝向同时是衍生品市场竞争者的客户供货时，有可能消除该客户的所有竞争，即滥用其支配地位。^{〔22〕}法院并没有解释为什么消除一个竞

〔16〕 See Communication from the Commission—Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings (2009/C 45/02), para 81.

〔17〕 See Richard Wish & David Barley, *Competition Law*, 9th Edition, Oxford University Press, 2018, p. 718. 转引自宁度：《拒绝交易的反垄断法规制——兼评〈关于平台经济领域的反垄断指南〉拒绝交易条款》，载《法治研究》2021年第4期。

〔18〕 See Inge Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 314–315.

〔19〕 See J. R. Ratner, *Should There Be an Essential Facility Doctrine?*, 21 U. C. Davis Law Review 327, 335 (1988).

〔20〕 See Case C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG and Others, [1998] ECR I-7791.

〔21〕 参见宁度：《拒绝交易的反垄断法规制——兼评〈关于平台经济领域的反垄断指南〉拒绝交易条款》，载《法治研究》2021年第4期。

〔22〕 See Commercial Solvents v. Commission, Cases 6 and 7/73, [1974] ECR 223, [1974] 1 CMLR 309; Commercial Solvents v. Commission, Joined cases 6 and 7/73, ECLI: EU: C: 1974: 18, para. 25.

争者的竞争就可导致排除整个下游市场的竞争，而是从设施的“不可或缺”性直接推出竞争损害。但在后来的一些拒绝处理案件中，法院已经将排除市场上的所有或任何竞争，或者所有有效的竞争，而不是排除单一竞争对手作为评估拒绝交易的滥用性质的相关标准。^{〔23〕}

（三）两种路径用于数据开放的逻辑分殊

必需设施原则产生的问题很大程度上来源于没有很好地协调其与拒绝交易责任的适用关系。如果我们仅仅将必需设施原则视为拒绝交易的极端特殊情况，将其适用限制在少数瓶颈设施的范围中，问题就会容易解决。

在排他性滥用行为的认定中，各个要件之间存在动态关系，如果被告拥有巨大的垄断力，则哪怕很小的排挤性行为都有可能被认定为反竞争，但如果被告的市场力量比较小，则行为具有排除限制竞争效果的证明责任就更重一些。^{〔24〕}在拒绝交易“结构—行为—效果”认定范式中，必需设施原则是滑尺拉到结构一边极端的产物，是一种通过证明存在极强的垄断力量而吸收了排除、限制竞争效果的考量，从而直接得出违法性的认定模式，类似于本身违法或核心限制的垄断行为，竞争损害的证明过程被简化，而非效果要件本身不存在。这种从高度集中的市场结构推断出开放必要性的认定方式，最重要的条件是相关市场的高度垄断，也即设施的“不可复制性”，这是比一般的市场力量更为强大的力量。

符合这种条件的设施并不多，通常存在于因规模经济和范围经济只建立一个网络是最优的情况，如自然垄断行业，或者由于法律或制度的原因只能由一个企业拥有“设施”的情况，如标准必要专利。当垄断者控制瓶颈设施，竞争者要想参与市场竞争就必须取得设施所有者的许可，开放设施是出于保障竞争者能够参与竞争。我们通常很难衡量20家企业竞争是否比10家更有效率，同样，当市场中已经有一定数量的竞争者，我们也很难衡量必需设施的所有者阻止一个或者几个竞争者进入市场是否会影响竞争。必需设施原则采用结构主义的认定路径，一旦设施被认定为“必需”，所有者就负有公平无歧视接入义务，除非有合理的理由，并不需要准确衡量拒绝行为对竞争造成的影响。这种认定方式会使设施具有某种“公共”属性，使该原则类似于管制制度，确实有学者主张用“公用企业的方法”来认定必需设施，^{〔25〕}对待稀有资源要像规制公用企业一样，提供无差别的使用服务，以及不超过合理水平的价格。由于认定必需设施类似于行业管制，该原则应谨慎适用，不应被泛化。

综上，“必需设施原则”和“竞争影响路径”都是认定拒绝交易责任的方式，不过在分析过程中对构成要件的侧重有所不同：前者的侧重点在结构端，是一种通过证明存在极强的垄断力量而直接得出拒绝行为具有反竞争效果的违法性认定模式；后者的侧重点在行为端，重在分析拒绝交易行为具有排除、限制竞争的意图或效果。对于数据开放而言，理解不同路径在垄断认定逻辑上的不同，对于明确数据开放的条件至关重要。

〔23〕 参见宁度：《拒绝交易的反垄断法规制——兼评〈关于平台经济领域的反垄断指南〉拒绝交易条款》，载《法治研究》2021年第4期。

〔24〕 参见〔美〕赫伯特·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年版，第297页。

〔25〕 See Gregory J. Werden, *The Law and Economics of the Essential Facility Doctrine*, 32 St. Louis University Law Journal 433 (1987)

如果依照“必需设施原则”开放数据，则应按“认定必需设施—没有正当理由—开放数据”的路径。数据如果能够满足必需设施的要求，就已经具备了市场支配地位，而且比一般要求的市场地位更高。依必需设施原则开放数据并不需要分析竞争损害，在数据满足必需设施的情况下，如果还要求全面分析竞争损害，无疑会增加数据开放的难度，拔高数据开放的条件。如果依照“竞争影响路径”开放数据，则应按“认定市场支配地位—拒绝交易—排除、限制竞争—没有正当理由—开放数据”的路径。依此路径开放数据需要界定相关市场，认定市场支配地位，但并不要求能够达到“必需设施”那么强的市场力量。

二、数据开放采“竞争影响路径”的理论证成

比较“必需设施原则”和“竞争影响路径”两种方法的适用逻辑，本文认为数据开放采用“竞争影响路径”更为可取，主要基于以下理由：

（一）数据具有可垄断性但难以证成“必需设施”

数据同时存在着强化市场力量与消解市场力量两方面的属性，因此大数据对企业市场力量或垄断地位的强化非常复杂，不能一概而论。从前端要件而言，数据较难证成“必需设施”，但在平台环境下，数据聚集增强了平台市场力量，数据持有者有可能具备市场支配地位。

数据本身具有非竞争性和非排他性的特性，同样的数据可以被不同的收集者收集，例如个人信息可以向不同的平台提供，行驶过相同路段的智能汽车可以收集到相同的路面信息，因此数据并非很难获得。而且数据具有可聚合性，一个大数据集可以通过聚合来源不同的其他数据集进行替代。随着云服务器等基础设施的发展和普及，数据储存的成本进一步下降，如今中小经营者也能够实现广泛、高频的数据收集活动，^{〔26〕}这使大数据集的不可替代性减弱。不同内容的数据集也可能具有相同功能从而可以互相替代，例如购物网站的交易数据和搜索引擎的搜索数据都可以提供有关消费需求的信息，对于进行数据分析的需求者来说就是可替代的。从数据的这些特征来说，要想证明数据是具有唯一性、不可替代性的“必需设施”难度非常大。

但是平台经济模式存在的网络效应、规模经济和范围经济效应，使大型平台在收集和持有巨量数据方面具有独特优势，这使其市场支配地位得以不断强化。网络效应使越大的平台能够吸引更多的用户，所掌握的数据也越多。从用户那里收集的数据用于提高产品或者服务，可以吸引更多的用户，由此产生反馈循环，促进用户对平台的依赖性，增强对用户的锁定效应。^{〔27〕}数字平台市场还存在强大的规模经济效应，即创建有价值服务的高额前期投资和固定成本，与额外用户的低或接近于零的边际成本相结合。这就意味着随着平台公司的用户基数越来越大，他们收集数据的平均成本会显著降低。占主导地位的数字平台还可能将其在一个市场获取的数据优势传导到新的市场，在不同的市场中使用用户数据。由于数字平台的这些特征，新进入者想要收集同样的

〔26〕 参见王健、吴宗泽：《论数据作为反垄断法中的必要设施》，载《法治研究》2021年第2期。

〔27〕 See OECD, *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era* DAF/COMP (2016) 14, available at https://www.oecd.org/en/publications/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era_a1c2d55c-en.html, last visited on Sept. 24, 2025.

数据需要进行非常昂贵和耗时的投入。

即便数据对平台的市场力量具有显著的增强作用，拥有大量数据并不必然构成垄断。企业成功并不仅仅源于数据的持有量，算法、质量、经营理念的创新等等都会对企业在竞争中获胜起到作用，成功是多种因素共同作用的结果。持有大量数据可能使企业具有市场支配地位，但这也仅仅是满足了垄断构成的前端要件，并不必然导致对数据驱动型业态竞争的限制，也并不等同于排除竞争等违法行为的发生。^{〔28〕}

（二）数据应避免结构主义的无差别开放

必需设施原则“认定必需—开放数据”的结构主义路径并不适合企业数据开放。有人提出将超级平台作为公共事业进行管理，将其垄断的数据资源作为基础设施开放共享，^{〔29〕}这是一种危险的观点。数字平台掌握大量数据是其长期经营投入的结果，也是竞争优势的来源，而承担普遍性的数据开放义务会影响平台企业在数据积累方面的激励，也会助长其他企业搭便车的行为。

数据开放会面临多种情形：既可能是同一市场的竞争者要求开放，也可能是上下游市场的竞争者要求开放；开放数据可能用于与垄断者同样的用途，也可能用于不同的用途；请求开放的数据源可能是未经加工的原始数据，也可能是经过加工的数据产品；数据可能处于公开状态也可能处于未公开状态。不同情形之下数据开放的利益权衡均有不同，应区分不同情形，避免无差别开放数据。

如果是同一市场的竞争者请求开放数据，即便是垄断者也没有义务将自己的竞争优势提供给对方，任其借此与自己竞争。直接竞争者未经许可获取数据的行为还会被评价为不正当竞争。例如在大众点评诉爱帮网案中，原告是提供生活类信息的生活搜索服务提供商，在其经营的大众点评网上投入了巨大的人力和资金积累了大量的网友点评信息，被告经营的爱帮网在受众人群、盈利模式、受众范围等方面与原告完全重合，其为了占领市场大量复制原告网站上的网友点评，法院认定此行为构成不正当竞争。^{〔30〕}反过来说，如果这种情况下爱帮网要求大众点评网开放数据，而后者即便在点评数据市场具有支配地位，拒绝开放数据也并不能被认定为垄断。但如果请求开放者和垄断者在上下游市场间接竞争，请求开放数据是为了生产一种不同的产品或服务，则在垄断问题的判断上可能产生完全不同的结果。

数据权属状态的不同也会对数据垄断的判断造成影响。当下虽然数据权属尚未明确，但分级分类保护的思路无论在政策层面还是学界的研究层面都获得了肯定，学者们普遍认为需要结合数据的多样类型开展差异化的权属配置。^{〔31〕}原始数据的权利化程度最低，为避免数据资源垄断、后续开发不足，原始数据最应鼓励开放；经初步加工的数据已经挖掘出了数据的部分价值，开始具有有限排他的性质，应注意开放限度；数据产品蕴含制作者大量的劳动和资金投入，是数据价值生成的最高点，也是数据权利保护的对象，最应慎重开放。可见，被请求开放数据的权利属性

〔28〕 参见任超：《大数据反垄断法干预的理论证成与路径选择》，载《现代经济探讨》2020年第4期。

〔29〕 参见付新华：《论超级平台数据垄断的法律规制》，载《学习与探索》2022年第2期。

〔30〕 参见北京市第一中级人民法院（2011）一中民终字第7512号民事判决书。

〔31〕 参见冯晓青：《知识产权视野下商业数据保护研究》，载《比较法研究》2022年第5期；吴汉东：《数据财产赋权的立法选择》，载《法律科学（西北政法学报）》2023年第4期；姬蕾蕾：《企业数据保护的司法困境与破局之维：类型化确权之路》，载《法学论坛》2022年第3期。

应当纳入反垄断法开放数据的考量。如果以必需设施原则“认定必需—开放数据”的思路，则难以容纳诸多复杂因素的权衡，一旦认定数据“必需”就作为基础设施开放，可能引发公地悲剧，打击在数据产品上投入的积极性。

（三）拒绝开放数据的竞争影响主要是抑制创新

以反垄断法开放数据，需要衡量拒绝开放行为的竞争损害。竞争损害并非仅仅是对竞争者的损害，更是对竞争过程的损害，最终损害消费者。传统的竞争损害采用以价格为中心的消费者福利标准，但在数据市场，拒绝开放数据引起的竞争损害并不直接体现为消费者不能购买到更具价格竞争力的产品，而是表现为阻碍创新。

近几十年来芝加哥学派影响着反垄断法的解释和执行，他们将消费者利益解释为以价格为核心的“消费者福利”，具体损害形式是价格增加或产出限制。^{〔32〕} 依此解释拒绝交易的竞争损害，就是经营者通过拒绝交易排斥、封锁竞争对手，使其能够把产品价格提高到竞争水平之上，从而减少消费者剩余。而如果消费者能够享受到更低的价格，即便市场上的竞争者数量很少，也说明竞争状况良好，不需要干预。但是近年来，随着数字经济的发展，以价格为中心的“消费者福利”标准受到了质疑。质疑者认为，现行的反垄断法框架主要以短期的消费者利益为准绳评估竞争，既不关注生产者，也不关注市场整体的健康程度，对消费者福利的界定范围太过狭窄，未能把握在线平台与数据驱动市场中特定的反竞争危害。消费者利益不仅包括价格，还包括产品质量、多样性与创新。保护这些长期利益，需要一个比指导当前实践的“消费者福利”内涵更加厚重的概念。^{〔33〕}

数字市场竞争的特点是高度的动态竞争，竞争与创新紧密相连。颠覆性公司不采用与现有公司相同的技术或商业模式，而是通过提供更富有吸引力的产品或商业模式吸引客户，为消费者提供独特的价值。^{〔34〕} 它们推动了大量创新，在摧毁现有公司利润的同时，也创造了巨大的消费者剩余。随着新产品进入和旧产品退出，新的商业模式取代旧的商业模式，产品和服务以及市场份额不断变化，这是一个健康的竞争过程。不断创新的动态竞争给在位企业带来巨大的竞争压力，一家成功的现有公司如果从现状中获得了巨大的利润，就会有强烈的动机去保持这些利润，这可能意味着减缓或阻止颠覆性威胁。

数据是数字市场的创新要素，新的产品和服务的产生往往以对数据的占有和利用为基础，尤其是大量的多样性的数据。一方面数据可以帮助企业预测未来消费趋势，把握商机和发展方向；另一方面数据可以作为新产品和服务的生产要素。而数据往往被把持在大型平台企业手中，如果成功的后续创新者威胁到主导企业在市场中的地位，主导企业可能会有动机通过拒绝向有需求的企业提供数据，扼杀创新企业的竞争。数据垄断者还可能通过控制数据资源将其在要素市场的垄断地位传递到下游市场，加强对关联市场的控制。在这种背景下，相邻市场中网络效应的存在可以使主导企业的排挤策略特别有效，因为排挤可以直接降低竞争对手产品的吸引力。通过拒绝授权数据，数据资源被圈定在垄断企业及其利益相关方内部，新入企业的市场空间受到挤压，数据

〔32〕 See Thomas Krattenmaker & Steven Salop, Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power Over Price, 96 Yale Law Journal 209 (1986).

〔33〕 See Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 Yale Law Journal 710 (2017).

〔34〕 See Joshua Gans, *The Disruption Dilemma*, MIT Press, 2016, p. 121.

市场创新被抑制。

在这种情况下，数字市场的竞争理论需要将创新与竞争损害联系起来，以保护创新市场的活力。以价格为中心的“消费者福利”标准往往意味着对被告有利的反垄断标准，当没有充分证据表明行为具有限制产出、提高价格的现实危险性时，倾向于以效率增进认定行为合法，当这种标准适用于数字市场时，无力的反垄断执法可能会让互联网垄断者在创新方面投资不足。^{〔35〕}我国修订《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）加入了“鼓励创新”作为立法目标之一，我国学者也提出在数字经济模式下反垄断分析范式应当进行革新，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。^{〔36〕}数据开放采用“竞争影响路径”可以充分评估拒绝行为对创新市场的抑制以及创新产品产出的影响，保护消费者对创新产品的选择权。

三、拒绝开放数据构成垄断的判断标准

按照拒绝交易的一般认定标准，拒绝开放数据构成垄断应具备以下要件：数据持有人在数据市场具有支配地位，拒绝开放数据产生了排除、限制竞争效果，拒绝开放没有正当理由。由于数据的独特性以及数据市场的特征，传统的反垄断分析方法在认定市场支配地位、判断竞争影响等方面都会遇到障碍和挑战，应进行改造和革新，并且将数据权属、隐私风险等影响数据开放的因素纳入分析框架。

（一）以数据可替代性的强弱衡量是否存在市场支配地位

市场支配地位通常需要通过“界定相关市场—评估市场力量”来认定。相关市场界定是以系统的方式确定企业所面临的竞争约束，一般以需求替代、供给替代和潜在竞争作为相关市场界定的考虑因素，从而识别竞争者和潜在竞争者，尤其是需求替代。但传统的与实体商品范畴相适应的定性分析方法不一定适合易复制、易共享的数字产品。

由于大数据产生和利用的特殊性，数据相关市场并不一定能依据数据来源市场进行界定，还要看数据投入和应用的功能，这增加了数据相关市场界定的难度。例如，判断腾讯在社交数据方面是否具有市场支配地位，仅仅根据社交数据来源界定相关市场还不够，因为数据作为资源的价值往往不在于收集到的数据本身，而在于从中提取的知识，这意味着可以通过收集不同类型的数据来生成相同的知识。如果使用社交数据的目的是分析用户的偏好以提供特定的服务，那么除了社交网络服务平台，搜索引擎等服务平台也可以纳入相关市场，因为通过分析这些平台所产生的数据都可以了解用户的偏好。这说明来自不同的产生数据的市场，仍然可能属于同一数据相关市场，而是否属于同一数据相关市场，则要以数据分析之后能够达到的功能来判断。企业通过提供搜索、社交、交易中介等服务从用户那里收集数据，而数据作为生产投入具有广泛的用途，包括提供在线定向广告、改进产品质量，或用于生产新的数据产品或提供新的服务，很可能超越数据

〔35〕 See Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 Yale Law Journal 710 (2017).

〔36〕 参见袁嘉：《反垄断法中的鼓励创新目标与反垄断分析范式革新》，载《南开学报（哲学社会科学版）》2023年第5期；方翔：《数字平台滥用市场支配地位行为的创新损害分析——基于国内外典型案例的比较研究》，载《苏州大学学报（法学版）》2023年第2期。

在现有市场中的当前用法。美国联邦贸易委员会前委员哈勃（Harbour）和前顾问科兹洛夫（Koslov）认为，公司从数据中获得的价值远远超出了最初收集数据的目的，应将数据市场的界定与产生这些数据的服务市场分开。^{〔37〕} 还有学者认为可以对数据市场定义采取更具前瞻性的方法，将数据视为专门资产，以使用特定数据集作为投入提供的功能来定义数据的假设或潜在市场。^{〔38〕} 但如果以数据作为投入提供的功能来界定数据相关市场，我们会发现，随着数字平台多边竞争、跨界竞争趋势的发展，不同平台企业收集的数据可能包含着场景差异明显但功能重合度较高的数据，数据相关市场的边界由此变得非常模糊，很难进行准确界定。

数据相关市场难以界定的另一方面原因是当下数据交易市场并未充分发育，很多数据并不在市场上进行交易。如果不存在需求和供应，就无法评估数据的可替代性，也无法确定相关市场。^{〔39〕} 基于价格上涨的假定垄断者测试（SSNIP）是常用的定量界定相关市场的方法，该方法适用的前提是产品或服务有市场价格。当下获取数据的主要方式可能不是通过市场交易，而是通过合作、并购，或者通过技术手段爬取互联网上的公开数据。当数据只构成中间产品、不进行销售或交易时，就无法围绕价格因素进行需求弹性分析以确定相关市场。例如在脸书和瓦次普（Facebook/WhatsApp）的合并决定中，欧盟委员会明确表示没有调查任何关于提供数据或数据分析服务的可能的市场，因为所涉及的双方都没有活跃于任何此类潜在市场。^{〔40〕} 基于质量下降的假定垄断者测试方法（SSNDQ）可能契合零价格竞争的大数据市场，但也存在质量的评估和量化等需要解决的难题。^{〔41〕}

我国最高人民法院在一份判决中曾指出，在反垄断案件的审理中，能否明确界定相关市场取决于案件具体情况，并不需要在每一个滥用市场支配地位的案件中都明确而清楚地界定相关市场。^{〔42〕} 市场支配地位是经营者在相关市场内具有控制商品或者服务的交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场的能力。数据作为生产终端数据产品的投入品，因其可聚合、可分析的特征，很难明确界定相关市场范围。在数据相关市场难以准确界定的情况下，可以绕过相关市场界定，直接以数据集可替代性的强弱判断是否存在市场支配地位：如果一个数据集可替代性程度较低，那么数据持有者控制交易条件和阻碍、影响其他经营者进入市场的能力较强，很可能被认定为具有市场支配地位；反之，如果一个数据集较容易找到替代品，则说明数据持有者控制市场的力量较弱。

可替代性的强弱要从需求替代性和供给替代性两个角度进行分析：先看市场上是否存在可替代的数据集，如果不存在现成的替代品，则要分析数据需求者是否可能自己收集数据，或者开发一个新的数据集，其功能与现有的数据集相当。数据集的数量、质量、功能、产生数据的环境以

〔37〕 See P. J. Harbour & T. I. Koslov, *Section 2 in A Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets*, 76 Antitrust Law Journal 769, 773 (2010).

〔38〕 See Inge Graef, *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, 12 World Competition Law and Economics Review 473, 504 (2015).

〔39〕 See D. S. Tucker & H. B. Wellford, *Big Mistakes Regarding Big Data*, 14 Antitrust Source 1, 4-5 (2014).

〔40〕 See Facebook v. WhatsApp, Case No COMP/M.7217 - 3 Oct. 2014, p 72.

〔41〕 参见殷继国：《大数据经营者滥用市场支配地位的法律规制》，载《法商研究》2020年第4期。

〔42〕 参见最高人民法院（2013）民三终字第4号民事判决书。

及新进入者收集数据的难易程度都是判断可替代程度的重要指标。

如果数据是在平台环境下产生的，那么平台的网络效应、规模效应、反馈循环、范围经济等特性，使大型平台公司所收集的数据在数量、质量上往往是其他企业无法企及的，更容易被认定为具有数据市场支配地位。

数据可替代性的强弱还和数据提供的功能相联系，产生于不同环境的数据提供的功能可能是高度差异化的，从而不具有可替代性。一些用户之间交互所产生的数据只有在特定的平台环境中才能产生，脱离产生数据的情境而由第三方收集的数据的价值会大大降低。例如在 *PeopleBrowsr v. Twitter* 案中，原告认为推特允许用户通过转发彼此的内容或在自己的推文中提及对方来相互回应，形成了一个互动网络，来自脸书等社交网站的数据不能提供关于用户情绪和影响力的数据，虽然可以成为有价值的补充，但无法替代推特数据。^{〔43〕}

数据可替代性强弱还和数据的质量相关。虽然互联网企业和实体企业都可以收集用户数据，但他们收集的数据常常无法替代，是因为网络上收集数据的范围、将一项行动与特定客户联系起来的精确度以及数据的绝对数量是实体世界无法比拟的。

（二）强制开放主要用于数据要素垄断

请求强制开放数据主要有两种情况：一种是垄断者和请求者在同一市场直接竞争，请求者申请使用数据是为了将其引入申请者自己的、与垄断者相同或者相似的产品或服务；另一种是垄断者和请求开放者位于上下游市场间接竞争，请求者申请使用数据是为了将其作为投入品用于生产另一种产品或者服务。拒绝交易既可能发生于直接竞争，也可能发生于间接竞争，但直接竞争构成垄断的争议更大。拒绝开放数据的反垄断规制应主要用于间接竞争的情形，即持有数据的垄断者位于上游数据要素市场、拒绝向下游市场的竞争者开放数据的情况。

从反垄断法角度来看，垄断者对同一市场的竞争者拒绝交易，是试图通过拒绝交易封锁竞争对手，巩固自身现有的市场支配地位。直接竞争者之间承担拒绝交易责任历来受到较大的质疑。直接竞争属于同业竞争，同业竞争者之间请求开放数据，是将对方的竞争优势拿过来直接用于与其竞争，更可能给竞争对手提供“搭便车”的机会。通常而言，即便是垄断者也没有义务迁就竞争对手，那么强制交易违反了企业独立的原则。^{〔44〕} 如果垄断者被迫迁就竞争对手，那么强制共享数据会削弱互联网垄断者的竞争动机，并阻碍数字经济中的竞争。^{〔45〕} 美国最高法院在 *Trinko* 案之后稳步地限制了拒绝交易责任，无论是直接竞争还是间接竞争；而欧盟对拒绝交易最主要的竞争关切是间接竞争中发生的问题。

间接竞争是垄断者对于其支配地位所在市场的下游市场的竞争者拒绝交易，试图将其在一个市场的支配地位传导至另一个市场，通过纵向封锁影响下游市场的竞争。在间接竞争情形下，垄断者和竞争者不在同一个市场，强制交易并不能使请求者将垄断者的竞争优势直接转化为与其竞

〔43〕 See *PeopleBrowsr, Inc. et al. v. Twitter, Inc.*, No. C-12-6120 EMC 2012.

〔44〕 See Ioannis Drivas, *Liability for Data & Scraping Prohibitions under the Refusal to Deal Doctrine: An Incremental Step toward More Robust Sherman Act Enforcement*, 86 The University of Chicago Law Review 1901, 1914 (2019).

〔45〕 See Robert H. Bork & J. Gregory Sidak, *What Does the Chicago School Teach about Internet Search and the Antitrust Treatment of Google?*, 8 Journal of Competition Law & Economics 663, 683 (2012).

争的手段，这种情况下搭便车的担心会少得多，也很难对投资激励产生影响。

间接竞争情形下产生的数据垄断是对数据要素的垄断。所谓数据要素，就是将数据作为原材料进行投入，用于开发各种数字产品，或者进行数据驱动型决策。数据要素是中间产品，其并不具有直接的使用价值，但可通过关联、聚合、计算分析，形成满足不同需求的终端产品，在最终产品中实现价值。我国在政策层面一再提出要“激活数据要素潜能”“发挥数据要素的放大、叠加、倍增作用”“培育基于数据要素的新产品和服务”^{〔46〕}。要让数据产生巨大的增值效应，就要在前端破除数据要素的垄断，尽可能地让数据流通出去，使不同的使用者能够利用数据创造出不同的产品和服务，成为市场创新的源泉。反垄断法开放数据，其目的不是鼓励竞争者将对方的数据产品不改变样态和用途直接提供给自己的用户，哪怕对方是一个垄断者，而是促进数据要素的流通，鼓励数据的衍生性再利用，以使数据价值最大化。

（三）建立多维度的创新影响分析框架

数据拒绝开放的违法性认定最主要的方面是分析拒绝行为对创新和市场活力的影响。当下虽然对如何评估数字平台滥用市场支配地位行为的创新损害还缺乏完善的分析框架，但各国的竞争实践和理论已经关注到创新损害的认定，这些标准都可以为评估拒绝开放数据对创新的损害提供借鉴。所谓的排他性创新损害理论，就是指通过滥用市场支配地位的行为将实际或潜在的竞争者排除在市场之外，从而阻碍其创新进入或创新发展。不仅包括阻碍竞争对手进入或诱使其退出，还包括削弱竞争对手有效竞争和实施创新的能力。^{〔47〕}“创新损害”的终极标准，应是市场的长期竞争受损，最终导致消费者利益受损。创新市场的消费者利益可以从多个维度进行判断，如通过创新直接提高产品或服务的质量，或为消费者提供更多的产品选择等。借鉴各国实践，数据拒绝开放导致创新损害的分析框架可以包括以下维度：（1）是否具有排挤竞争者的动机和意图，从而损害创新竞争机制；（2）是否使消费者选择新的数据产品的机会减少；（3）是否对整个数据产业创新的阻碍大于促进。

数据创新产品的市场需求难以预测，产品开发者通常要承担较大的开发风险和成本。上游数据要素的垄断者在无法预测数据产品需求的情况下，可能会选择暂时与下游竞争者进行交易，如果数据产品的开发取得成功，数据要素垄断者再拒绝数据访问，选择自己进入该市场，这就为其在下游市场获得一个无成本的选择权。^{〔48〕}这种拒绝开放数据的情形在不少案例中都有体现，例如在 *PeopleBrowsr v. Twitter* 案中，只有在 *PeopleBrowsr* 证明存在一个利润丰厚的分析市场后，*Twitter* 才拒绝分享数据。^{〔49〕}在 *HiQ v. LinkedIn* 案中也是如此。^{〔50〕}主导公司利用其数据优势在风险投资和新产品开发领域排挤竞争者抢占市场，如果原告不能提出反垄断主张来免除被拒绝交易的威胁，其创新动机和能力会受到损害，进入市场的风险和创新成本将会上升，对市场创新的可持续性也将造成严重影响。如果数据垄断者与下游市场竞争者已经存在数据交易，而后数据

〔46〕《“数据要素×”三年行动计划（2024—2026年）》。

〔47〕参见方翔：《数字平台滥用市场支配地位行为的创新损害分析——基于国内外典型案例的比较研究》，载《苏州大学学报法学版》2023年第2期。

〔48〕See Zachary Abrahamson, *Essential Data*, 124 Yale Law Journal 867, 873 (2014).

〔49〕See *PeopleBrowsr, Inc. et al. v. Twitter, Inc.*, No. C-12-6120 EMC 2012.

〔50〕See *HiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corporation*, 938 F.3d 985 (2019).

垄断者拒绝继续交易的目的是自己进入该市场, 这种行为依美国法上的“垄断意图测试”标准, 属于“放弃短期利益, 以从排他行为中获得长期利益”的情形, 结合拒绝行为的动机和意图, 对创新竞争机制的损害, 可以认定此种拒绝数据交易行为的违法性。

如果缺乏明显的垄断意图, 拒绝开放数据的违法性还可以从拒绝行为可能导致消费者选择新的数据产品的机会减少来认定。持有数据要素的垄断者拒绝交易, 使下游数据产品的开发者无法获取创新资源, 从而导致有潜在消费者需求的或有助于技术发展的新产品或服务无法产生, 会损害消费者选择多元化产品的利益。欧盟通过 Magil, IMS 和 Microsoft 案形成了知识产权领域拒绝许可构成滥用的“新产品”标准, 对于认定数据垄断行为具有参考价值。在 Magill 案中, 欧盟法院认为三家电视台在自己未能满足市场需求的情况下, 凭借其著作权阻止 Magill 电视节目预告周刊问世, 限制了生产、市场或者技术发展, 损害消费者的利益, 构成《欧共体条约》第 82 条意义上的滥用行为。^[51] 在 IMS 案中, 欧盟法院强调当要求获得许可的企业旨在生产知识产权所有人未提供的新产品或者新服务, 并且市场中存在潜在的消费者需求时, 拒绝知识产权许可的行为构成对于垄断地位的滥用。^[52] 在 Microsoft 案中, 法院进一步完善了该标准, 没有强调一定要产出一种独立的新产品, 而是要求审查拒绝许可行为对于技术创新的综合影响, 分析拒绝交易行为对于整个产业创新的促进是否大于阻碍。^[53] 欧盟的标准是渐进完善的, 从拒绝行为“阻碍有消费需求的新产品的产生”到“阻碍新技术发展”, 逐步突出的是要求衡量拒绝行为对于整个产业创新的促进是否大于阻碍。

垄断者拒绝开放数据, 可能会存在某种增进市场效率的理由, 例如开放数据可能损害数据投资活动, 给数据需求者提供搭便车的机会, 或者提出拒绝提供数据就是为了其自身从事的创新活动, 此时, 在分析数据拒绝开放的竞争效果时需要考虑到拒绝行为是否存在合理性和所产生的经济效率, 是否真的会损害市场创新。鉴于新产品开发及其市场接受度存在固有的不确定性, 有时无法知道会开发出哪些新的创新产品, 或者它们会有多受欢迎, 要确定拒绝行为究竟如何影响行业演进可能很困难。^[54] 因此在判断数据拒绝开放的竞争影响时, 关键是需要构建相关的反事实, 不仅要判断支配企业的行为会导致怎样的创新扭曲, 还要比较该行为存在与否时市场创新的差异, 即如果竞争者能够获得被拒绝的数据, 市场的创新和竞争能否改善, 是否会为消费者带来新的和改进的产品。^[55] 反垄断法需要保护的是实质性创新。所谓“实质性创新”, 可理解为涉案产品技术、功能的改变、整合。^[56] 如果数据产品的开发者获取数据, 仅仅是通过修改外观、集合产品功能等方式进行微小或者表面创新, 这种创新并不能推动整个产业创新的发展, 而且可能搭垄断者投资的便车, 抑制平台经济的未来发展, 保护这样的创新与反垄断法的目标背道而驰。

[51] See Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P, RTE and ITP v. Commission, [1995] ECR I-808.

[52] See IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG, C-418/01, ECLI: EU: C: 2004: 257, par. 38.

[53] See Microsoft v. Commission, T-201/04, ECLI: EU: T: 2007: 289, [2007] ECR II3601.

[54] See Giulio Federico, Fiona Scott Morton & Carl Shapiro, *Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption*, 20 Innovation Policy and the Economy 155, 190 (2020).

[55] 参见方翔:《数字平台滥用市场支配地位行为的创新损害分析——基于国内外典型案例的比较研究》, 载《苏州大学学报(法学版)》2023 年第 2 期, 第 57 页。

[56] 参见王佳佳:《掠夺性创新的反垄断规制》, 载《电子知识产权》2020 年第 6 期。

数据开放的情形比较复杂，请求开放数据可能用于生产新的产品或服务，也可能用于改善自身服务、预测行业发展，或者提供定向广告等等。数据本身也可能处于不同的状态：可能属于公开数据，也可能处于不公开状态；可能是加工程度较低的原始数据，也可能是加工程度较高的数据产品。评估拒绝开放的竞争影响要衡量各个因素对创新产生的排斥效果，比较开放或者不开放的可能影响，综合判断拒绝开放对于整个产业创新的促进是否大于阻碍。效果平衡方法要求评估垄断者行为的净竞争效果，会带来较大的决策成本，而且是一个不够明确的规则，这也是数据开放本身的复杂性所决定的。

（四）将数据开放的风险因素纳入“正当理由”考量

尽管数据企业、公众、研究人员呼吁更高层次的开放以便能够利用更加丰富的数据资源，但对于数据的来源者而言，这可能意味着敏感信息暴露、商业秘密受侵害，以及数据安全等问题，因此数据开放过程中应妥善处理开放性和安全性之间的关系。我国《反垄断法》规定“正当理由”拒绝交易并不能构成垄断，根据国家市场监督管理总局的解释，“正当理由”可以包括不可抗力等客观原因、可能损害经营者利益的原因、影响交易安全的原因等，^[57] 在数据开放过程中，隐私、安全等风险因素也可以成为拒绝开放的“正当理由”。

保护用户隐私是企业拒绝开放数据的重要理由。个人提供数据作特定用途，并不期望其数据会被用来监视他们，例如推荐一些针对性的广告，也不期望有人利用数据对他们未来的行为作出预测。数据作为数字时代的资源和要素，其利用的前提应当是经过妥善的处理，不存在暴露隐私的风险。在大数据交易的情况下，数据控制者向第三方提供的数据如果包含个人信息，应按《中华人民共和国个人信息保护法》的规定取得个人的单独同意。大数据是由海量数据结合而成，单独取得每个主体的同意几乎是不可能的，因此如果不对数据进行处理以消除可识别的个人信息，数据几乎不能进行再利用，数据持有者也可以个人信息保护的理由于拒绝数据开放。在大数据时代，数据分析技术的发展增加了个人信息的风险，大数据技术可以通过寻找匿名行为数据的关联性实现再识别。^[58] 匿名开放数据通常可以通过将多个数据集链接在一起实现“去匿名化”，如此说来用户留在网络空间的一切痕迹都有间接识别个人身份的可能性。当然，随着数字技术的发展，隐私保护计算技术可以在保护数据和隐私安全的前提下实现“数据可用不可见、使用可控可计量”，极大地扩展了数据分析处理的应用空间，让越来越多的企业能够接触和使用大数据。当数据持有人以“可能导致泄露用户隐私”作为拒绝开放的理由时，应当对是否会侵害隐私作风险评估。

在服务器能力有限的情况下，开放数据可能会对网站运营造成压力，这种损害网站运营的风险也可能成为拒绝开放数据的理由。利用爬虫抓取网络上的公开数据是获取数据资源常见的方式，如果数据爬取给被访问者的服务器带来负担、挤占甚至是破坏对方的网络资源，那么被访问者就可能采取措施拒绝开放数据。但以服务器能力为理由的拒绝开放应进行谨慎评估，因为在当今服务器能力不断提升的情况下，多数网站已经具备负担大规模爬取行为的能力，被访问者只有在数据爬取行为可能实质性妨碍和破坏平台的正常运行的情况下，才能将其作为拒绝开放数据的正当理由。

除以上情况外，影响数据开放的可能还存在其他正当理由，应结合具体情况进行分析。

[57] 参见国家市场监督管理总局《禁止滥用市场支配地位行为规定》第16条。

[58] See Paul Ohm, *Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*, 57 UCLA Law Review, 1701 (2010).

四、结 语

在当下促进数据利用、释放数据红利的政策背景下，反垄断法作为开放数据的手段被寄予厚望。“必需设施原则”虽然是提议最多的开放数据路径，但数据非竞争、非排他的特性使其能否证成“必需”存疑，且数据类型及使用方式的多样性使数据能否强制开放不能一概而论，“必需设施原则”并非数据开放的最佳路径。数据垄断的认定应关注拒绝开放行为对产业创新和市场竞争活力的影响，从垄断者是否具有排除、限制竞争的动机或意图，是否使消费者选择新的数据产品的机会减少，是否抑制创新竞争机制等方面进行判断，将影响数据开放的多种因素纳入考量。依此路径认定垄断行为虽然会带来较高的决策成本，但更能适应不同情境下数据开放的差异，相较于更为激进的干预措施，个案判断提供了更多的试错机会，可以为未来制定数据开放的法律制度积累经验。

值得指出的是，强制开放数据并非是免费的。数据开放需要相应的投入，要对数据做匿名化处理，保证数据在合法范围内使用，跨应用程序的数据再利用还涉及数据互操作性问题，在没有足够补偿的情况下，数据持有人通常没有动力开放数据。依据反垄断法强制开放数据，也需要考虑补偿问题，支付开放数据所必需的报酬。

Abstract: Companies that possess large amounts of data may refuse to provide data to other businesses, the refusal to deal doctrine under anti-monopoly law can be used as a basis for forced data openness. There are two illegal conduct identification paths for refusal to deal: the essential facility principle directly derives the illegality of refusing to open from the specialty of the facility itself, which is not suitable for data openness; the competition impact path focuses on examining the impact of refusal to deal on competition, which is better suited to the complex circumstances of data openness. The identification of data monopoly should focus on the impact of refusal to open on industrial innovation and market competition vitality, and establish an innovation damage analysis framework.

Key Words: antitrust law, data opening, essential facilities, refusal to deal doctrine, platform competition

(责任编辑：王叶刚)