

必需设施理论在我国应用中的问题及解决

丁茂中*

内容提要：《反垄断法》虽未采纳理论界直接对必需设施理论作出规定的主张，但有关禁止滥用市场支配地位行为的配套规章对此有所回应。由于相较《反垄断法》的拒绝交易规定存在画蛇添足效果和潜在违法风险，这些配套规章就必需设施理论所作的规定在实践中鲜有适用。理论界主张引入必需设施理论的保守型方案和激进型方案亦存在重大缺陷：保守型方案与主张《反垄断法》引入必需设施理论的意图相左，激进型方案将加剧《反垄断法》的不确定性风险。我国其实无须在《反垄断法》上直接对必需设施理论作出规定，只要将《禁止滥用市场支配地位行为规定》就必需设施理论所作的规定中的“必需”删除即可。这不仅仍然可以表达出必需设施理论的基本要义，而且与《反垄断法》的拒绝交易规定完全契合，且在立法上更为简便高效、在风险控制上更为稳健。

关键词：必需设施 拒绝交易 反垄断法 平台治理

一、问题提出

必需设施理论（essential facility doctrine, EFD），又被称为必要设施原则、必需设施原理、核心设施理论等，^{〔1〕}它的基本要义是拥有相关设施的经营者在特定的情况下必须向竞争对手开放相关设施以维持市场的有效竞争。该理论最早发源于美国，后陆续在欧盟等世界其他重要的反垄断司法辖区都有着不同程度的应用。

* 丁茂中，上海政法学院上海司法研究所教授。

本文为国家社科基金一般项目“加强和改进平台经济领域反垄断执法的科学路径”（22BFX103）的阶段性成果。

〔1〕 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。

早在《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）出台之前，理论界就有声音呼吁我国也应当引入必需设施理论。^{〔2〕}虽然2007年出台的《反垄断法》最终没有采纳这类建议，但是原国家工商行政管理总局在2010年颁布的《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》对此作出响应，具体规定在该规章的第4条。在国务院反垄断执法机构2018年完成“三合一”改革之后，国家市场监督管理总局在2019年颁布的《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》也对必需设施理论作了与前面基本相同的规定。

在《反垄断法》修订过程中，理论界又有声音呼吁将必需设施理论“入法”。^{〔3〕}虽然2022年修订的《反垄断法》增加了不少条款，但是仍然没有采纳这类建议。与《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》一样，国家市场监督管理总局在2023年颁布的《禁止滥用市场支配地位行为规定》也对必需设施理论延续了之前的规定。

因此，《反垄断法》虽一直没有对必需设施理论作出规定，必需设施理论目前我国实际上已经进入了制度层面的应用，^{〔4〕}并且已有十余年之久。但是仔细考察不难发现，除了法院在审理的几个反垄断民事诉讼案件中被动性且局部式地运用了必需设施理论之外，^{〔5〕}鲜有看到反垄断执法机构依据当时所颁布规章中有关必需设施理论的规定查处案件。而从十余年以来的社会发展情况来看，首先应当可以排除的是缺乏相应的具体应用场景，平台便是讨论该问题的重要场景。例如，“正是考虑到互联网反垄断的特殊性和面临的困难，在出现相关竞争者必须通过接入平台才能在另一产品市场与平台所有者有效竞争的情况下，平台所有者拒绝交易的行为，可能通过滥用垄断地位条款的分析步骤很难一步步都得以顺利论证，而且对于竞争者来说主要的诉求是平等地接入到平台，这时，EFD就被越来越多地提出作为反垄断的一项依据”^{〔6〕}。这就意味着我国目前在必需设施理论的应用上是存在问题的，要么是制度层面的，要么是执法层面的。^{〔7〕}

二、我国必需设施理论的规定检视

无论是目前的《禁止滥用市场支配地位行为规定》，还是之前的《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》，或者最早的《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》，相较《反垄断法》的拒绝交易规定而言，^{〔8〕}它们就必需设施理论所作的规定都存在同样的问题，这些问题

〔2〕 参见徐士英：《“必须设备理论”在规制滥用市场优势行为中的运用》，载杨紫烜主编：《经济法研究》第5卷，北京大学出版社2007年版，第55页。

〔3〕 参见杨东：《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。

〔4〕 除了上述三个规章之外，我国还在有关禁止滥用知识产权排除、限制竞争的规章中对必需设施理论作了些类似规定。

〔5〕 参见浙江省宁波市中级人民法院（2020）浙02知民初182号民事判决书等。

〔6〕 王中美：《必要设施原则在互联网反垄断中的可适用性探讨》，载《国际经济法学刊》2020年第1期，第120页。一方面，持这样观点的还有很多，例如殷继国：《互联网平台封禁行为的反垄断法规制》，载《现代法学》2021年第4期等；另一方面，除了平台之外，理论界热议的具体应用场景还有数据领域等，例如袁波：《必需数据反垄断法强制开放的理据与进路》，载《东方法学》2023年第3期。

〔7〕 一种可能是目前的制度设计不科学，影响了反垄断执法机构的执法。另一种可能是目前的制度设计是科学的，只是反垄断执法机构不作为而已。需要特别指出的是，如果目前的制度设计不科学，即便反垄断执法机构存在不作为嫌疑或者之实，那么问题还是归结于目前制度设计不科学，在这种情况下不宜对反垄断执法机构进行苛责。

〔8〕 《反垄断法》第三章“滥用市场支配地位”对拒绝交易的规定在修订前和修订后没有变化。

在客观上会导致反垄断执法机构尽量避免适用必需设施理论的规定。

（一）相较《反垄断法》的拒绝交易规定存在画蛇添足效果

无论是修订前还是修订后，根据《反垄断法》第三章规定，拒绝交易的构成要件都应当有三个：一是主体身份要件，即具有市场支配地位的经营者；二是行为模式要件，即拒绝与交易相对人进行交易；三是抗辩事由要件，即没有正当理由。但是也有论者认为，包括拒绝交易在内的所有滥用市场支配地位行为都应当还有一个构成要件，那就是竞争影响要件，即排除、限制竞争。^{〔9〕}不可否认的是，确实有的滥用市场支配地位行为的构成要件被明确为上述四者。《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第 21 条和《禁止滥用市场支配地位行为规定》第 20 条都明确规定，市场监管总局认定其他滥用市场支配地位行为，应当同时符合下列条件：（1）经营者具有市场支配地位；（2）经营者实施了排除、限制竞争行为；（3）经营者实施相关行为不具有正当理由；（4）经营者相关行为对市场竞争具有排除、限制影响。此外，修订前和修订后的《反垄断法》，在总则中都作了如下规定：“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。”

因此，拒绝交易的构成要件确实也可以是四个，即主体身份要件、行为模式要件、抗辩事由要件和竞争影响要件，只是此时的法律依据就并非仅为《反垄断法》第三章的规定，还包括《反垄断法》在总则中所作的上述规定。毫无疑问，三个构成要件的拒绝交易与四个构成要件的拒绝交易肯定存在重要差异。就性质而言，这直接关系到《反垄断法》对拒绝交易规定的定位。虽然按照四个构成要件进行认定要比按照三个构成要件进行认定更为科学，^{〔10〕}但是反垄断执法机构按照三个构成要件进行认定也是完全可以的。无论是修订前还是修订后，《反垄断法》第三章规定在客观上都是完全可以支持反垄断执法机构按照三个构成要件进行认定的。

从《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作的规定来看，它们的构成要件在形式上似乎都应当至少有四个。首先是主体身份要件和抗辩事由要件，前者为具有市场支配地位的经营者，后者为没有正当理由，这两者均具体表现在相应规定的第 1 款主干前半句表述上。其次是行为模式要件，即拒绝与交易相对人进行交易，这具体表现在相应规定的第 1 款第 5 项关于“拒绝交易相对人……使用……”的表述上。而除了前述表述之外，相应规定的第 1 款第 5 项在形式上还有四个带有限制性的内容，一是“在生产经营活动中”，二是“以合理条件”，三是“其”，四是“必需设施”。就实质而言，“以合理条件”和“其”在性质上都可以归为抗辩事由要件，交易相对人开出的具体条件是否合理、自己对相关设施是否有权进行处置都属于具有市场支配地位的经营者决定是否进行交易的正当理由范畴。但是，“在生产经营活动中”和“必需设施”在性质上就很难归入前面三个构成要件中的任何一个。

虽然“在生产经营活动中”与《反垄断法》的相关市场定义条款有点关系，即经营者在一定时期内进行竞争的商品范围和地域范围基本绕不开生产经营活动，但是它与作为主体身份要件的组成部分的相关市场还是存在重大区别的，包括认定方法、权衡因素、具体范围等。尽管“必需

〔9〕 参见孟雁北：《论禁止滥用市场支配地位行为的分析框架——以利乐反垄断案为例》，载《竞争政策研究》2017 年第 3 期。

〔10〕 参见丁茂中：《禁止滥用市场支配地位制度的定位》，载《法制与社会发展》2021 年第 4 期。

设施”与作为主体身份要件的组成部分的支配地位和抗辩事由都有关系，即“必需设施”可能会使经营者具有支配地位，并容易减小经营者拒绝交易的正当理由空间。然而“必需设施”与支配地位和抗辩事由都有着根本区别，这最为基本的表现就是“必需设施”并非必然会使经营者具有支配地位，经营者也并非就必须与交易相对人进行交易。进一步讲，“必需设施”在性质上应当属于特定客体要件的范畴。顾名思义，“必需设施”仅为某些特定的设施，而非全部的设施。根据《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作的规定来看，它们应当主要是那些难以以合理的投入另行投资建设或者另行开发建造的设施，这均具体表现在相应规定的第2款所列举的首要考虑因素上。这就使得“必需设施”具有类同“竞争对手在客观上无法复制相关设施”的属性，而后者是美国联邦上诉法院在微波通信公司诉美国电话电报公司案中提出的必需设施理论的四个应用条件之一，^{〔11〕}从而在此成为与主体身份要件、抗辩事由要件、行为模式要件并行的构成要件。

虽然拒绝交易的构成要件确实可以是四个，且在《反垄断法》开始实施五年左右之后，国务院反垄断执法机构及其授权的省级执法机构在查处滥用市场支配地位行为案件中大多开始使用竞争影响分析，^{〔12〕}包括对拒绝交易案件，例如重庆青阳药业有限公司拒绝交易案等。^{〔13〕}但是《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作的规定在构成要件上与此还是有着明显差异的。即便撇开构成要件的潜在数量或者具体名称等形式或者主观问题不论，仅作为特定客体要件内容的“必需设施”与作为竞争影响要件内容的“排除、限制竞争”在客观上也是存在很大区别的。这至少表现在以下三个方面：第一，前者是某些特定的设施，后者是可能导致市场处于的某种状态。第二，前者主要是根据以合理的投入另行投资建设或者另行开发建造的可能性来判断，后者需要根据市场结构、产业发展阶段、进入壁垒等诸多要素来判断。第三，虽然前者可能会使经营者具有市场支配地位，从而增大市场竞争被排除或者限制的风险，但是其本身以及经营者具有市场支配地位在性质上并不违法；后者在原则上违法，除非具有正当理由，否则将会被禁止。

与《反垄断法》第三章规定的拒绝交易相比，《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作的规定在构成要件上明显要多一个，即所谓的特定客体要件。事实上，这也是《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作规定与其就拒绝交易所作其他四项规定存在的显著差别。即便这其他四项规定在内容上有些随着规章的修订不断增加，它们迄今也都是一直仅仅指向行为模式要件，并未对交易的客体作出类似“必需设施”这样的限定。在这种情况下，反垄断执法机构自然是更愿意选择根据《反垄断法》第三章规定的拒绝交易及《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就拒绝交易所作的其他四项规定进行执法，^{〔14〕}《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作的规定在客观上就成了“摆设”。即便反垄断执法机构为了追

〔11〕 See MCI Communications Corp. v. American Tel. and Tel. Co., 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983).

〔12〕 经粗略统计，目前大约有五分之一这类案件没有进行竞争影响分析。

〔13〕 参见重庆市工商行政管理局渝工商经处字〔2015〕15号行政处罚决定书。

〔14〕 需要特别强调的是，这只是相对于《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作规定而言的，不包括与反垄断执法机构对四个构成要件的态度上的比较。

求执法更为科学而在查处滥用市场支配地位行为案件中逐渐开始普遍按照四个构成要件进行认定,这也不会改变《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作的规定成为“摆设”的局面。一方面,如前面所述,“必需设施”与“排除、限制竞争”是存在很大区别的;另一方面,根据《反垄断法》规定来看,包括拒绝交易在内的滥用市场支配地位行为在构成要件上可增的只有竞争影响要件。毫无疑问,这些同样都会使反垄断执法机构不愿意选择适用《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作的规定。

(二) 相较《反垄断法》的拒绝交易规定存在潜在违法风险

虽然《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作的规定还对反垄断执法机构在依据第 5 项认定经营者滥用市场支配地位时应当考虑的因素进行了列举,但是它们都没有直接对何为必需设施予以明确。对此,有的人认为:“此条文的第二款则主要是在讨论必需设施的界定标准,根据本文第二部分及第三部分对欧盟实践的讨论,可知一项设施构成必需设施需满足以下几个要件:①被请求产品对请求企业来说是必不可少的;②若不提供被请求产品,会消除下游市场的所有竞争;③若涉及的是知识产权案例,则不提供被请求产品会阻碍有需求的新产品的产生;④拒绝提供没有正当的理由。”^[15]虽然该观点可能存在一些值得商榷的地方,但是它足以反映出必需设施的认定往往并非易事。应当正是这个缘由,《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作的规定才都没有直接对何为必需设施作出明确。精确来讲,国务院反垄断执法机构在此应当仅是相对具体地列举了一个认定必需设施的核心因素,即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。显而易见,如何进一步认定以合理的投入另行投资建设或者另行开发建造一项设施是否可行在很多情况下应当也是一项颇有难度的工作,这里最起码涉及相关设施项目的基本设计方案、所需资源要素及其市场价格和可获取程度、投资规模及承受能力的合理比较等问题。

虽然《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作的规定明显要比《反垄断法》第三章规定的拒绝交易多一个构成要件,但是如果反垄断执法机构不厌其烦、不畏艰难地选择依据前者查处案件,应当也不存在违反《反垄断法》的问题。如前面所言,无论是修订前还是修订后,《反垄断法》第三章规定在客观上都是完全可以支持反垄断执法机构按照三个构成要件进行认定的,而《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作的规定就包含了这三个构成要件。就性质而言,此景之下所谓的特定客体要件在实质上只是一个充分条件,而非一个必要条件。即便当事人依据《反垄断法》对反垄断执法机构作出的这类处罚决定提起行政诉讼,主张反垄断执法机构对其必需设施的认定不成立,只要反垄断执法机构没有另外在主体身份要件、行为模式要件、抗辩事由要件的认定上存在问题,并且法院在合法性或者合理性审查上充分尊重反垄断执法机构在《反垄断法》框架内的自由裁量权,那么即使法院也认为反垄断执法机构在该案件中对当事人的必需设施的认定存在问题,反垄断执法机构作出的这类处罚决定也很难因此就被法院判定违反《反垄断法》。毕竟反垄断执法机构在此也完成了对三个构成要件的认定,

[15] 侯利阳、王继荣:《欧盟必需设施原则考析:兼论对我国的启示》,载王先林主编:《竞争法律与政策评论》第 1 卷,上海交通大学出版社 2015 年版,第 64 页。

达到了《反垄断法》第三章规定的拒绝交易的基本要求。

但是如果反垄断执法机构仅因当事人的相关设施不属于必需设施便认定其行为不构成拒绝交易，那么即便当事人的相关设施确实不属于必需设施，应当也存在违反《反垄断法》的问题。无论是修订前还是修订后，从《反垄断法》的拒绝交易规定来看，拒绝与交易相对人进行交易的是否为必需设施并非拒绝交易的一个构成要件。这就使得《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作的规定突出的所谓的特定客体要件在目前情况下只能作为一个充分条件，而绝对不能作为一个必要条件。除非《反垄断法》将来作出相应的修订，否则无论是通过何种方式，只要将这个所谓的特定客体要件当作一个必要条件，而非一个充分条件，就与《反垄断法》的拒绝交易规定相悖。如果举报人或者其他利害关系人依据《反垄断法》对反垄断执法机构作出的这种决定提起行政诉讼，那么在案件所涉的主体身份要件、行为模式要件、抗辩事由要件或者竞争影响要件都成立的情况下，反垄断执法机构作出的这种决定应当会被法院判定为违反《反垄断法》。

在这种情况下，反垄断执法机构自然就不愿意选择依据《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作的规定查处案件，若如此选择，那么必然会涌现出不少这类案件的举报。

如果反垄断执法机构不继续选择依据《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作的规定查处案件，那么就至少会存在反垄断执法不统一甚至选择性执法的问题。^{〔16〕}但是如果反垄断执法机构继续这样选择，那么就极有可能会激发很多这类案件的举报。依据《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作的规定进行查处案件不仅会大大增加工作量和工作难度，而且只要反垄断执法机构仅以当事人的相关设施不属于必需设施为由便认定其行为不构成拒绝交易，就会面临违反《反垄断法》的风险。因此，即便在有外部压力的情况下，例如某企业依法向反垄断执法机构举报具有市场支配地位的竞争对手没有任何理由直接拒绝向其开放所拥有的必需设施，反垄断执法机构应当也不会轻易选择依据《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作的规定查处案件，更不用说反垄断执法机构在没有任何外部压力的情况下了。

三、必需设施理论纳入《反垄断法》的方案深思

从前面对我国必需设施理论的规定检视来看，导致我国目前在必需设施理论的应用上存在问题的根本原因似乎是《反垄断法》没有直接对其作出规定。而如前面所示，理论界不仅很早就提出了《反垄断法》应当引入必需设施理论，而且先后提出了两种相对具体的方案。但是无论是所谓保守型方案还是所谓激进型方案，它们都是存在重大缺陷的。

（一）保守型方案与主张《反垄断法》引入必需设施理论的意图相左

概括来说，保守型方案就是主张在传统的禁止滥用市场支配地位行为的框架下，《反垄断法》直接对具有市场支配地位的经营者不得没有正当理由拒绝向交易相对人开放其必需设施作出规

〔16〕 参见黄籍：《为什么选择性执法？——制度动因及其规制》，载《中外法学》2021年第3期。

定。这种方案不仅是理论界最早提出的《反垄断法》引入必需设施理论的具体方案，而且是主流观点。无论是在《反垄断法》制定前后还是在《反垄断法》修订前后，它都有着不小的呼声。

如前面所示，《反垄断法》在制定和修订时都没有对必需设施理论作出规定，但是客观而言，保守型方案在立法上并没有什么实质性的技术障碍。因为它仍然是以经营者具有市场支配地位为前提条件的，所以它不存在对传统的禁止滥用市场支配地位行为的颠覆或者挑战。无论《反垄断法》对滥用市场支配地位行为的规制立法是采用集中体例还是分散体例，^{〔17〕}保守型方案在操作上都只是应当以什么形式的条款出现在《反垄断法》上，唯一的区别就是它在分散体例下的操作要比在集中体例下的操作更为顺畅。非常明显，《反垄断法》对滥用市场支配地位行为的规制立法目前采用的一直是集中体例。即便保守型方案在此体例下的操作确实显得有些突兀，这也“无伤大雅”。事实上，无论是修订前还是修订后，《反垄断法》在禁止滥用市场支配地位行为的规定上都有着类似“先例”。在这种背景下，《反垄断法》若按照保守型方案以专条或者专款的方式在第三章中直接对必需设施理论作出规定，在形式上看起来也是可以接受的。

但是保守型方案在效果上实际与主张《反垄断法》引入必需设施理论的意图相左，理论界之前似乎也一直没有注意到这个问题。“在核心设施理论中，当一个设施被认定为‘核心’之后，设施的拥有者就在一定程度上承担以合理条件开放使用的义务，而不得拒绝交易。这在反垄断法理论上具有非常重要的意义。因为在核心设施理论下，设施的拥有者将不再具有契约自由的权利，市场被完全封闭的状况也将因此而大为改善。”^{〔18〕}由此可见，理论界主张《反垄断法》引入必需设施理论的出发点是希望对拥有必需设施的相关主体强加更为严苛的法律义务。即便是保守型方案，也是如此，只是其将相关主体的范围仍然限于那些在相关市场上具有支配地位的经营者。“处在市场支配地位上的必需设备持有者应当允许竞争对手使用，否则即构成对其市场支配地位的滥用。任何拥有市场必需设备的或者战略瓶颈（strategic bottleneck）公司，有将其掌握的必需设备和竞争对手分享的义务，必需设备许可使用的条件必须是合理的、非歧视的。”^{〔19〕}

更不用说激进型方案了，它不仅希望在强加更为严苛的法律义务的主体范围上进行大幅突破，而且希望在强加更为严苛的法律义务的干预方式上进行大幅突破。“必要设施原则可以突破相关市场界定和市场主体支配力认定的束缚和局限，接入相对优势地位理论路径，从而优化数字经济竞争规制前提。”^{〔20〕}“为区分和革新工业时代必需设施原则，消除对‘必需’的语义误解，强调开放核心理念，应当将必需设施原则重构为开放平台原则。”^{〔21〕}

就构成要件而言，保守型方案应当有四个，包括经营者在相关市场上具有支配地位、拒绝了交易相对人的交易请求、交易相对人的交易请求是使用经营者的必需设施、拒绝交易相对人的交

〔17〕 集中体例就是在一个条款中对所有不同的滥用市场支配地位行为作出规定，分散体例就是用不同的条款对不同的滥用市场支配地位行为作出规定。无论是在《反垄断法》制定时还是在《反垄断法》修订时，分散体例都是有所被提议的。

〔18〕 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，第69-70页。

〔19〕 徐士英：《“必需设备原理”在反垄断法中应用之评析》，载李明发主编：《安徽大学法律评论》第14卷，安徽大学出版社2008年版，第5页。

〔20〕 杨东、黄尹旭：《〈反垄断法〉设置数字经济专章研究》，载《竞争政策研究》2021年第2期，第46页。

〔21〕 杨东、黄尹旭：《元平台：数字经济反垄断法新论》，载《中国人民大学学报》2022年第2期，第124页。需要特别指出的是，本文后面所用的开放平台原则及其基本内容都是援引自这篇文章，除了引用原文之外，对其他概括性内容就不再一一进行注释了。

易请求缺乏正当理由。不难看出，这与《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作的规定在构成要件上是一模一样的。而如前面所示，无论是修订前还是修订后，根据《反垄断法》第三章的规定，拒绝交易的构成要件在原则上都应当为主体身份要件、行为模式要件、抗辩事由要件三者。事实上，这也正是传统理论所主张进行规制的拒绝交易的构成要件。与《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作的规定一样，保守型方案也是明显要比它们多一个构成要件。构成要件越多，往往意味着对强加法律义务的限制就越多。按照保守型方案，只有具备主体身份要件、行为模式要件、抗辩事由要件和特定客体要件才构成拒绝交易。而无论是按照传统理论所主张进行规制的拒绝交易还是根据《反垄断法》第三章规定，只要具备主体身份要件、行为模式要件、抗辩事由要件就构成拒绝交易。这使得保守型方案在对拥有必需设施的相关主体强加的法律义务上还没有《反垄断法》第三章规定和传统理论所主张进行规制的拒绝交易严苛。需要特别指出的是，诚如前面所言，拒绝交易的构成要件确实也可以有四个，另一个为竞争影响要件，只是此时的法律依据还包括《反垄断法》在总则中所作的相关规定，但是即便在此之下，保守型方案在对拥有必需设施的相关主体强加的法律义务上的效果也是这般的。^{〔22〕}

（二）激进型方案将使得《反垄断法》的不确定性风险濒临失控境地

概括来讲，激进型方案就是主张突破传统的禁止滥用市场支配地位行为的框架，《反垄断法》直接对不限于具有市场支配地位的经营者不得没有正当理由拒绝向交易相对人开放其必需设施作出规定。这种方案主要是理论界近些年提出的《反垄断法》引入必需设施理论的另一种具体方案，自十三届全国人大常委会将《反垄断法》的修订工作列入立法规划开始，在2020年末中央经济工作会议提出“强化反垄断和防止资本无序扩张”之后至《反垄断法》完成修订前达到历史高潮，目前可谓仍然是余音不减。

1. 《反垄断法》的不确定性及其重大风险

“各国的反垄断法基于立法语言的模糊性、规制对象的不确定性、法律目标的多元化，表现出传统法律所不具备的不确定性。”^{〔23〕}无论是修订前还是修订后，《反垄断法》都有着较强的不确定性，特别是有关禁止滥用市场支配地位行为的规定。^{〔24〕}

但是《反垄断法》对垄断行为规定的法律责任却十分严厉，包括对滥用市场支配地位行为。即便是修订前，《反垄断法》对此的规定也是“由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款”。修订后的《反垄断法》不仅增加了加倍罚款条款，而且增加了刑事责任条款。在这种情况下，《反垄断法》的不确定性在客观上就成为一个重大风险。

但是即便是有关禁止滥用市场支配地位行为的规定，上述风险目前也是基本可控的。“一种

〔22〕 可以非常确定的是，即便入法，保守型方案也不可能出现在《反垄断法》的总则中。在这种情况下，如果对其他拒绝交易的认定还需要根据《反垄断法》在总则中所作的相关规定考虑竞争影响要件，那么保守型方案在适用时也需要另外考虑这个构成要件。换言之，就是保守型方案仍然会多一个构成要件。

〔23〕 刘进：《法律不确定性视角下的反垄断法实施机制选择》，载《竞争政策研究》2016年第2期，第42页。

〔24〕 一方面，在按照四个构成要件进行认定时，竞争影响要件也有着这样的表现；另一方面，鉴于理论界对《反垄断法》特别是有关禁止滥用市场支配地位行为的规定具有较强的不确定性是有着基本共识的，故而在此就不对相应的表现逐一进行详细论证。

行为若由其他企业实施则可能是正常的竞争，但若由拥有市场支配地位的企业实施就构成‘滥用’并受到禁止。”^{〔25〕}不言而喻，主体身份要件的证明是反垄断执法机构查处滥用市场支配地位行为的基础。而一方面，反垄断执法机构要界定出一个清晰且合理的相关市场往往并非易事，特别是涉及数字经济领域的。“数字经济领域的复杂性使相关市场界定成为有效反垄断执法的一个重要障碍。”^{〔26〕}另一方面，除非经营者的市场份额非常高，可以被推定为具有市场支配地位，否则反垄断执法机构就需要根据市场份额、市场竞争状况、市场进入壁垒等诸多因素进行认定，而这通常也并非易事；即便经营者因市场份额非常高而被反垄断执法机构推定为具有市场支配地位，它也是可以进行反证的。

2. 相对优势地位理论的巨大不确定性

“相对优势地位理论强调了企业之间的相互力量对比，并认为当交易方在一定情况下具有类似在市场中处于垄断地位的企业的市场力量时，会使得交易相对方‘依赖于’该企业，从而引起竞争法上的效果。”^{〔27〕}与在《反垄断法》修订时一样，理论界在《反垄断法》制定时也有声音呼吁在《反垄断法》中引入相对优势地位理论。^{〔28〕}但是这一直遭到大多数人的强烈反对，故而至今尚未被反垄断立法所采纳。^{〔29〕}“‘滥用相对优势地位’的概念存在很多不确定因素，实践中可能会产生沉重的执法成本，因此应当慎用。”^{〔30〕}

相对优势地位理论确实有着巨大的不确定性。与传统的禁止滥用市场支配地位行为的框架相比，相对优势地位理论则脱离了以相关市场为背景的约束，而仅考虑案件所涉的经营者之间的力量比较。首先，两个经营者之间基本不太可能是完全势均力敌的。一方面，评判经营者的力量需要考虑的因素很多，不仅包括组织形式、员工数量、资本规模等内在因素，而且包括产业发展阶段、国家法律政策、国际贸易环境等外在因素；另一方面，不同经营者在此总是存在某些差异，只是程度不同而已。其次，切入的视角或者关注的重点不同，得出的比较结果可能不同。再次，比较结果的稳定性在很多情况下是非常差的。供求关系通常会时不时发生变化，而伴随着供求关系的变化，相关方在交易中的地位也会因此发生变化，包括由优势地位转为劣势地位和由劣势地位转为优势地位。

如果《反垄断法》引入相对优势地位理论，那么可能构成拒绝交易的就不再仅是具有市场支配地位的经营者，还包括具有相对优势地位的经营者。除非《反垄断法》因此对垄断行为的法律责任作大幅的轻化调整，或者专门另行对滥用相对优势地位行为规定很轻的法律责任，^{〔31〕}否则

〔25〕 曹士兵：《反垄断法研究》，法律出版社 1996 年版，第 140 页。

〔26〕 George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State of The University of Chicago Booth School of Business, *Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Antitrust Subcommittee*, available at <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/market-structure-report.pdf?la=en&hash=E18C7C9AA7367F2D612DE24F814074BA43CAED8C>, last visited on Oct. 26, 2024.

〔27〕 李剑：《相对优势地位理论质疑》，载《现代法学》2005 年第 3 期，第 101 页。

〔28〕 参见王丽娟、梅林：《相对优势地位滥用的反垄断法研究》，载《法学》2006 年第 7 期。

〔29〕 受此影响，这类争论又陆续转向《中华人民共和国反不正当竞争法》的修订，情况目前基本相同。

〔30〕 王晓晔：《论滥用“相对优势地位”的法律规制》，载《现代法学》2016 年第 5 期，第 79 页。

〔31〕 一方面，《反垄断法》为此采取这些做法的可能性是微乎其微的；另一方面，激进型方案也没有因此建议对垄断行为的法律责任作大幅的轻化调整或者专门另行作出规定。

这将使得《反垄断法》的不确定性风险濒临失控境地。

3. 开放平台原则的更大不确定性

就形式而言，开放平台原则不仅突破了经营者具有市场支配地位的限制，而且突破了经营者具有相对优势地位的限制。虽然所涉的平台经营者可能具有相对优势地位，甚至具有市场支配地位，但是按照开放平台原则，反垄断执法机构无须再考证它们是否具有相对优势地位或者市场支配地位。只要所涉的平台属于规定的平台，经营者就进入了义务主体的基本范畴。另外，开放平台原则在形式上还突破了必需设施认定的限制。虽然所涉的平台可能属于必需设施，但是按照开放平台原则，反垄断执法机构也无须再考证它们是否属于必需设施。只要所涉的平台属于规定的平台，它们就进入了开放客体的基本范畴。也可以说，开放平台原则直接将规定的平台归为必需设施。

这就使得所涉的平台是否属于规定的平台近乎具有决定性的影响，特别是在开放平台原则在例外的适用上采用举证责任倒置的情况下。开放平台原则以开放为原则，以不开放为例外。对于是否具有正当理由不开放的举证，一种选择是由反垄断执法机构进行，另一种选择是由所涉的平台经营者进行。如果是由所涉的平台经营者进行，那么就是采用了举证责任倒置。相较而言，这似乎也更贴切开放平台原则的意思。如果开放平台原则在例外的适用上采用举证责任倒置，那么只要所涉的平台被认定属于规定的平台，经营者不开放平台被反垄断执法机构认定构成拒绝交易的可能性就非常高。即便不是采用举证责任倒置，反垄断执法机构在此下对拒绝交易的认定至少在形式上也是更为简便的。

虽然开放平台原则将规定的平台具体为以元平台为主，但是这在不确定性上绝不逊于相对优势地位理论，甚至可谓有过之而无不及。即便仅是元平台，其范围就极不确定。首先，无论是大型企业、中型企业、小型企业，还是微型企业，它们运营的平台都有可能成为所谓的元平台；其次，网络销售类平台、生活服务类平台、社交娱乐类平台、信息资讯类平台、金融服务类平台、计算应用类平台等，都有可能成为所谓的元平台；再者，无论是超级平台、大型平台，还是中小平台，它们亦都可能成为所谓的元平台。这就更不用说是以元平台为主了。除非反垄断执法机构将它们事先都直接具体列出，否则即便是事先具体列出了所谓的元平台名单，除元平台之外的其他平台在范围上也是非常模糊的，而这至少目前在我国是不太可能的。

所以，如果《反垄断法》采纳开放平台原则，那么除非《反垄断法》因此对垄断行为的法律责任作大幅的轻化调整，或者专门另行对违反开放平台原则的行为规定很轻的法律责任，否则这更将使《反垄断法》的不确定性风险濒临失控境地，特别是在开放平台原则在例外的适用上采用举证责任倒置的情况下。

四、适合我国的必需设施理论应用方式

就必需设施理论的应用方式而言，我国适宜在规章层面上采用内化模式，其具体做法就是将《禁止滥用市场支配地位行为规定》就必需设施理论所作的规定中的“必需”删除即可，而无须《反垄断法》直接对必需设施理论作出规定。

（一）规章层面采用内化模式仍然可以表达出必需设施理论的基本要义

若要论表达方式的直接程度,《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作的规定毫无疑问是非常直接的。它们不仅在内容上表达了必需设施理论的基本要义,而且在形式上使用了“必需设施”这个特定术语。对于必需设施理论的这种表达方式,我们可以将之称为外化模式。除了外化模式之外,必需设施理论的表达方式应当还有一种,即将《禁止滥用市场支配地位行为规定》就必需设施理论所作的规定中的“必需”删除之后的内容,我们可以将此称为内化模式。虽然它在形式上没有使用“必需设施”这样的特定术语,但是它在内容上仍然可以表达出必需设施理论的基本要义。

如开篇所言,必需设施理论的基本要义是拥有相关设施的经营者在特定的情况下必须向竞争对手开放相关设施以维持市场的有效竞争。对于这个开放义务的具体条件设置,我们在形式上强调相关设施是必需设施的根本目的是突出它们在原则上需要对外开放的理由。也就是,因为相关设施是必需设施,所以它们在原则上才需要对外开放。^[32]这正是必需设施理论的逻辑起点,直接成为各种主张平台理应开放的论证范式。而无论是修订前还是修订后,《反垄断法》都是将这类内容集中在拒绝交易的抗辩事由下进行考虑的。

因此,与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一样,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也是可以甚至应当放在是否具有正当理由下进行考虑的。而且,《禁止滥用市场支配地位行为规定》就必需设施理论所作的规定在该款上的表述本身就是“在依据前款第五项认定经营者滥用市场支配地位时”。而当反垄断执法机构根据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判断具有市场支配地位的经营者是否具有正当理由拒绝相对人在生产经营活动中以合理条件使用其设施时,这所用的就是必需设施理论,它与《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作的规定在实质上并无差异。

（二）规章层面采用内化模式与《反垄断法》的拒绝交易规定完全契合

虽然将《禁止滥用市场支配地位行为规定》就必需设施理论所作的规定中的“必需”删除之后的内容与删除之前在实质上并无差异,但是前者既不存在后者相较《反垄断法》的拒绝交易规定存在画蛇添足效果的问题,也不存在后者相较《反垄断法》的拒绝交易规定存在潜在违法风险的问题。

当必需设施理论的表达方式采用内化模式时,其中的“设施”就不应当再像采取外化模式的“必需设施”那样被当作特定客体要件了。一方面,它在形式上没有任何特定的限制,这使得具有市场支配地位的经营者拥有的所有设施都被纳入考察的范围,而不再是仅仅为其拥有的某些特定设施,至于这些设施是否应当或者哪些设施应当对外开放则另当别论。另一方面,拒绝与交易相对人进行交易总有不同的具体客体,例如设施、粮食、动物等,无论我们对它们是进行穷尽列举还是部分列举或者个别列举,除非像必需设施理论的表达方式采用外化模式那样进行特别限

[32] 参见孙晋、蔡倩梦:《公平竞争原则下数字平台治理的规则补正》,载《财经法学》2023年第1期。

定，否则仅仅作作为列举情形组成部分的它们在性质上就都不应当被视为特定客体要件，反垄断执法机构对此也是只需进行基本的识别，而无须进行进一步的细化定位。

需要特别指出的是，“在生产经营活动中”虽然难以被《禁止滥用市场支配地位行为规定》等就必需设施理论所作的规定中的主体身份要件、行为模式要件、抗辩事由要件所吸收，但是也很难像“必需设施”那样可以成为一个独立的构成要件。精确讲，“在生产经营活动中”是对必需设施理论的发生场景所作的客观描述，而非对必需设施理论的应用场景所作的特定限制。必需设施理论关注的是经营者与经营者之间甚至主要是竞争者之间的拒绝交易问题，^{〔33〕}而这客观集中“在生产经营活动中”。如前面所言，即便是将“必需”从《禁止滥用市场支配地位行为规定》就必需设施理论所作的规定中删除，剩余内容仍然可以表达出必需设施理论的基本要义。在这种情况下，“在生产经营活动中”仍然属于对必需设施理论的发生场景所作的客观描述，而非对必需设施理论的应用场景所作的特定限制。

因此，将《禁止滥用市场支配地位行为规定》就必需设施理论所作的规定中的“必需”删除之后的内容在构成要件上实际也只有三个，即主体身份要件、行为模式要件、抗辩事由要件。非常明显，这就与《反垄断法》第三章规定的拒绝交易在构成要件上完全一致了。当然，这也不会妨碍反垄断执法机构为了追求执法更为科学而在查处滥用市场支配地位行为案件中普遍按照四个构成要件进行认定。

与《反垄断法》第三章规定的拒绝交易在构成要件上完全一致不仅使得反垄断执法机构有意愿来适用将《禁止滥用市场支配地位行为规定》就必需设施理论所作的规定中的“必需”删除之后的内容，而且使得反垄断执法机构完全没有当前的后顾之忧。即便反垄断执法机构仅因认为以合理的投入另行投资建设或者另行开发建造相关设施是可行的或者交易相对人有效开展生产经营活动对相关设施的依赖程度很低就认定被调查的经营者不构成拒绝交易，虽然这与前面所言的反垄断执法机构仅因认为当事人的相关设施不属于必需设施便认定其行为不构成拒绝交易在本质上并无差别，但是由于这是在抗辩事由要件下进行的判断，只要法院在合法性或者合理性审查上充分尊重反垄断执法机构在《反垄断法》框架内的自由裁量权，就应当不会仅因此而被法院直接判定违反《反垄断法》。

（三）规章层面采用内化模式在立法上更为简便高效

除了用在规章层面存在问题之外，如保守型方案与主张《反垄断法》引入必需设施理论的意图相左所示，外化模式用在《反垄断法》层面也是有问题的。但是内化模式与之刚好相反，必需设施理论的这种表达方式不仅可以用在规章层面，而且可以用在《反垄断法》层面。如前面所言：一方面，理论界主张《反垄断法》引入必需设施理论的出发点是希望对拥有必需设施的相关主体强加更为严苛的法律义务；另一方面，将《禁止滥用市场支配地位行为规定》就必需设施理论所作的规定中的“必需”删除之后的内容在构成要件上就与《反垄断法》第三章规定的拒绝交易完全一致了。当我们采用内化模式在《反垄断法》中引入必需设施理论时，对拥有相关设施的经营者强加的法律义务就与《反垄断法》第三章规定和传统理论所主张进行规制的拒绝交易同样严苛了。

〔33〕 参见刘晓春：《数字平台自我优待的法律规制》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2023年第1期。

但是除非《反垄断法》在立法上对滥用市场支配地位行为的规制改用分散体例，否则我们采用内化模式在《反垄断法》中引入必需设施理论时在形式上就会显得比较“扎眼”。首先，将《禁止滥用市场支配地位行为规定》就必需设施理论所作的规定中的“必需”删除之后的内容在体量上是比较庞大的。就篇幅而言，它基本接近《反垄断法》第三章对禁止滥用市场支配地位行为的规定。^[34]其次，将《禁止滥用市场支配地位行为规定》就必需设施理论所作的规定中的“必需”删除之后的内容在范畴上是比较丰富的。它不仅对拒绝交易的潜在情形作了具体列举，而且对拒绝交易的潜在情形之一的抗辩事由作了具体列举。根据以往的立法经验来看，这就难以以专款的形式放在《反垄断法》第三章对禁止滥用市场支配地位行为的规定下。另外，“粗线条立法是我国《反垄断法》的特点之一”^[35]。即便是修订后的《反垄断法》，亦是如此。可以合理预计的是，只要《反垄断法》对滥用市场支配地位行为的规制立法继续沿用集中体例，就仍将会如此。将《禁止滥用市场支配地位行为规定》就必需设施理论所作的规定中的“必需”删除之后的内容显然与此是格格不入的，这与保守型方案在此还是存在很大差别的。

而所属的法律位阶以及功能定位客观决定了诸如《禁止滥用市场支配地位行为规定》此类的规章在立法上不仅应当对禁止的滥用市场支配地位行为采用分散体例，而且应当对禁止的滥用市场支配地位行为进行有效的细化。这就比较适合将《禁止滥用市场支配地位行为规定》就必需设施理论所作的规定中的“必需”删除之后的内容，具体操作也是更为简单些。但是需要指出的是，当《禁止滥用市场支配地位行为规定》将来在必需设施理论的表达方式上改用内化模式时，仅将《禁止滥用市场支配地位行为规定》就必需设施理论所作的规定中的“必需”删除并非就尽善尽美了。如前面所言，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等因素在此模式下是放在是否具有正当理由下进行考虑的。因此，这款在形式上至少应当放在《禁止滥用市场支配地位行为规定》就拒绝交易的抗辩事由要件所作的列举条款之后。

此外，一方面，《反垄断法》在 2022 年刚刚完成首次修订，短期内不太可能再次启动修订工作，而且《反垄断法》的修订属于全国人大常委会层面的立法工作，相应的规程往往比较复杂。而《禁止滥用市场支配地位行为规定》等规章的修订则属于国务院反垄断执法机构层面的立法工作，不仅相应的规程通常相对简单，而且一般可以在短期内迅速进行并完成。另一方面，从合理控制立法成本角度来讲，只要能够在《禁止滥用市场支配地位行为规定》等规章层面处理的内容，在原则上就不应当上升到《反垄断法》层面。事实上，“尽管中国《反垄断法》并没有直接规定必需设施原则，但拒绝交易规制条款可以作为该原则的规范基础”^[36]。

（四）规章层面采用内化模式在风险控制上更为稳健

如前面所示，以经营者具有市场支配地位为前提，《反垄断法》的不确定性风险目前是基本可控的。这也可以从《反垄断法》实施以来反垄断执法机构查处的垄断协议和滥用市场支配地位的案件数量得到有效佐证。2008 年至 2017 年，反垄断执法机构查处垄断协议案件 161 件，查处

[34] 不包括市场支配地位的认定条款，也就是仅指修订后的《反垄断法》第 22 条的规定。

[35] 时建中：《我国〈反垄断法〉的特色制度、亮点制度及重大不足》，载《法学家》2008 年第 1 期，第 14 页。

[36] 宁立志、喻张鹏：《平台“封禁”行为合法性探析——兼论必需设施原则的适用》，载《哈尔滨工业大学学报（社会科学版）》2021 年第 5 期，第 39 页。

滥用市场支配地位案件 51 件；2018 年，反垄断执法机构立案调查垄断协议案件 19 件，结案 11 件，立案调查滥用市场支配地位案件 14 件，结案 7 件；2019 年，反垄断执法机构立案调查垄断协议案件 28 件，结案 12 件，立案调查滥用市场支配地位案件 15 件，结案 4 件；2020 年，反垄断执法机构立案调查垄断协议案件 20 件，结案 16 件，立案调查滥用市场支配地位案件 18 件，结案 10 件；2021 年，反垄断执法机构立案调查垄断协议案件 30 件，作出行政处罚案件 11 件，查处滥用市场支配地位案件 11 件；2022 年，反垄断执法机构立案调查垄断协议案件 18 件，办结 16 件，查处滥用市场支配地位案件 13 件；2023 年，反垄断执法机构立案调查垄断协议案件 16 件，办结 16 件，查处滥用市场支配地位案件 11 件。^[37] 但是需要指出的是，仍以经营者具有市场支配地位为前提，这对于风险控制的意义远不止于此。

虽然无论是修订前还是修订后，《反垄断法》的立法宗旨在立足点上都是“为了预防和制止垄断行为，保护市场公平竞争”，但是无论是反垄断立法还是反垄断执法，它们在性质上都是政府干预。党的十八届三中全会审议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》特别强调：经济体制改革是全面深化改革的重点，核心问题是处理好政府和市场的关系，使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用。

如前面所示，必需设施理论不仅要求经营者在特定的情况下必须开放其相关设施，而且开放的对象基本是其竞争对手。虽然我们在主观上是为了促进市场发展，但是若操作不当，则在客观上有可能会反而妨碍市场发展。在 2021 年 6 月美国哥伦比亚特区联邦法院对美国联邦贸易委员会以及 46 个州联合对脸书提起的反垄断民事诉讼所作的初步回应中，法官就非常担忧的指出：“如果将脸书视为类似提供水电煤的基础设施，并据此限制其拒绝向竞争对手提供服务的选择，那么这必然使得今后的企业丧失建立类似基础设施的动力，因为它们知道自己将会被迫向竞争对手开放这些基础设施。”^[38] 一旦这类风险实际发生，所产生的影响往往是比较深远的，甚至可能会侵蚀社会创新的机制基础。一方面，根据目前的实践来看，因自然垄断等缘由而导致以合理的投入另行投资建设或者另行开发建造相关设施的可行性比较低的情形在占比上越来越低，因创新成果应用等缘由而导致以合理的投入另行投资建设或者另行开发建造相关设施的可行性比较低的情形在占比上越来越高。另一方面，这类创新通常不仅需要投入比较大，而且失败的风险比较高。因此，除非预期收益是比较稳定且颇为丰厚，否则企业在进行这类创新决策时的顾虑就会更多。而与修订前的立法宗旨相比，修订后的《反垄断法》增加的内容正是“鼓励创新”。^[39]

[37] 参见《中国反垄断执法年度报告（2019）》，载 <https://www.gov.cn/xinwen/2020-12/25/5573435/files/195171fdce024615933c10d57f141171.pdf>，最后访问时间：2025 年 7 月 20 日；《中国反垄断执法年度报告（2020）》，载 <https://www.gov.cn/xinwen/2021-09/24/5639102/files/77006c5bccc04555aa05f30c9a296267.pdf>，最后访问时间：2025 年 7 月 20 日；《中国反垄断执法年度报告（2021）》，载 https://www.samr.gov.cn/cms_files/filemanager/samr/www/samrnew/xw/zj/202206/P020220608430645470953.pdf，最后访问时间：2025 年 7 月 20 日；《中国反垄断执法年度报告（2022）》，载 https://www.gov.cn/lianbo/bumen/202306/content_6885858.htm，最后访问时间：2025 年 7 月 20 日；《中国反垄断执法年度报告（2023）》，载 https://www.samr.gov.cn/cms_files/filemanager/1647978232/attach/20246/e14d74b6d3d94eb6ab8e969f4f99232f.pdf，最后访问时间：2025 年 7 月 20 日。

[38] *Federal Trade Commission v. Facebook, Inc., Memorandum Opinion*, available at <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/191-0134/facebook-inc-ftc-v>, last visited on Nov. 16, 2024.

[39] 参见丁茂中：《〈反垄断法〉鼓励创新规范的适用规则及其立法表达》，载《政治与法律》2024 年第 4 期。

一方面，仍以经营者具有市场支配地位为前提可以最大程度地限制政府在必需设施理论应用上的干预范围。即便是在允许以具有正当理由进行抗辩的情况下，必需设施理论的适用对象在此也是至关重要的。就浅层次而言，这直接关系到主体身份要件；就深层次而言，这直接决定了政府干预的基本范围。适用对象的范围越大，政府干预的基本范围就越宽；适用对象的范围越小，政府干预的基本范围就越窄。^{〔40〕} 无论是从各国对经营者的单边行为之规制立法还是必需设施理论的各种应用主张来看，以经营者具有市场支配地位为前提在适用对象的范围上目前是最小的。另一方面，具有市场支配地位的经营者实施的行为确实比较可能会排除限制竞争。就经营者的单边行为而言，域内外的实践已经充分证明具有市场支配地位的经营者实施的拒绝与交易相对人进行交易等行为在客观上是比较容易产生排除限制竞争效果的；而即便是具有相对优势地位的经营者，它们实施的同样行为在此的效果也是不明显和不普遍的，这就更不用说剩余的其他经营者了。“怎样才能更好地激励创新、形成创新成果不断涌现的局面呢？理论研究和实践经验告诉我们，竞争是创新的基础，鼓励创新的最好方式就是努力营造公平竞争的环境。”^{〔41〕}

五、余 论

虽然必需设施理论的基本要义决定了其对竞争治理的实践价值，我们在竞争治理中确实有必要引入必需设施理论，但是竞争治理的具体立法等国情差异决定了我们不宜直接照抄照搬域外在必需设施理论应用上的做法，而应当根据自身的具体情况因地制宜进行规则设计。近些年来，平台经济领域已经成为必需设施理论应用的关注重点。作为必需设施理论的发源地和重要传播地以及世界前两大反垄断司法辖区，美国与欧盟在此确实出现了新的重大发展动向。对此，国内有不少人主张我们应当引入欧盟的做法。“《数字市场法》基于渠道理论建立守卫思想，提供仅适用于数字经济领域掌握核心平台服务企业的‘守门人’规则，以事前的义务框架实现数据的开放、共享与可获取。我国推出的《关于平台经济领域的反垄断指南》延续我国传统反垄断规制的分析框架与思路，以事后监管为主进行执法补救，不足以预防平台经济领域中的垄断行为。我国尚需借鉴欧盟平台经济领域‘守门人’义务规则，建立‘负面清单+例外豁免’分类监管相结合的平台经济领域反垄断监管规则体系，以实现数字经济市场的健康与可持续发展。”^{〔42〕}

这应当是需要再进行“三思”和仔细斟酌的。^{〔43〕} 一方面，我国与欧盟在所涉领域的发展状况上是存在很大差异的。从被业界誉为“互联网女皇”的玛丽·米克尔（Mary Meeker）发布的《2019 年互联网趋势报告》（Internet Trends 2019）来看，^{〔44〕} 在 2019 年全球互联网企业市值领导者前 30 位中，美国就有 18 家，中国有 7 家，而欧盟仅有 1 家。另一方面，欧盟此举的动机是

〔40〕 参见张守文：《数字经济发展的经济法理论因应》，载《政法论坛》2023 年第 2 期。

〔41〕 冯子标、王建功：《竞争是创新的基础》，载《人民日报》2009 年 7 月 29 日，第 7 版。

〔42〕 胡晓红：《反垄断法视域下我国平台经济领域“守门人”义务之构造》，载《学海》2023 年第 2 期，第 164 页。

〔43〕 参见洪莹莹：《欧盟〈数字市场法〉及其对中国的启示》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2023 年第 2 期。

〔44〕 除了报告名称有所变化之外，玛丽·米克尔近两年新发布的这类报告在内容上主要是围绕新冠疫情对社会发展的重要影响进行分析和评判的，并未涉及互联网行业的企业市值排名。参见《报告 | 2019 年度〈互联网趋势报告〉发布（附原文）》，载 https://www.sohu.com/a/321315935_818485，最后访问时间：2024 年 6 月 16 日。

非常值得怀疑的。“很多国际学者指出，《数字市场法》设置的量化标准至少出于以下两个考虑而存在地方保护：一是欧洲大平台企业可以逃避‘守门人’的定位；二是遏制中美大数字平台企业并由此帮助效率较低的欧洲竞争对手。欧盟委员会 2023 年 3 月初步认定的 19 家‘守门人’仅包括两家欧洲企业，9 月确定的 6 家‘守门人’名单中则只剩下 5 家美国企业和 1 家中国企业。这说明，这部法律‘守门人’的量化标准是方便欧盟委员会的选择性执法。”^{〔45〕}或许这合理解释了为何美国后续一直迟迟没有多少进展。这就需要我们更加谨慎行事，以确保我国在数字经济领域的国际竞争中继续保持优势。

Abstract: Although the Anti-Monopoly Law has not adopted the theoretical proposition of directly making provisions for the essential facility doctrine, the supporting regulations prohibiting the abuse of market dominance have always been responsive to this. However, due to the added effect and potential illegal risks of the refusal of transactions provisions in the Anti-Monopoly Law, these supporting regulations about essential facility doctrine have not been applied in practice. Whether it is the conservative or radical approach advocated by the theoretical community for the introduction of essential facility doctrine in the Anti-Monopoly Law, they also have significant shortcomings. The conservative approach contradicts the intention of advocating for the introduction of essential facility doctrine in the Anti-Monopoly Law, while the radical approach will put the uncertainty risk of the Anti-Monopoly Law on the brink of losing control. In fact, China does not need to directly make provisions on the essential facility doctrine in the Anti-Monopoly Law, as long as the “essential” in the provisions of the Provisions on Prohibiting the Abuse of Market Dominance Behavior on the essential facility doctrine is deleted. This not only expresses the basic essence of the essential facility doctrine, but also fully aligns with the refusal of transactions provisions of the Anti-Monopoly Law, and is more convenient and efficient in legislation, and more robust in risk control.

Key Words: essential facility, reject transaction, anti-monopoly law, platform governance

(责任编辑：王叶刚)

〔45〕 王晓晔：《数字经济监管是否应当引入欧盟模式》，载《上海法治报》2023 年 11 月 17 日，第 B7 版。