

数字时代拒绝交易反垄断规制制度的优化

——在现有范式下探寻平台封禁的规制路径

兰 磊

摘 要：以美国阿斯攀案、欧盟 Bronner 案为典型的传统拒绝交易规则，以企业享有高度经营自主权为基本假设，以竞争对手之间的拒绝交易为典型行为样态，以设置交易义务影响投资激励、可操作性和合谋概率为基本考量，采用极其严苛的违法性标准。然而，在高度网络化的市场环境中，平台封禁等新型拒绝交易行为频发，它们具有与前述典型行为样态明显不同的特征，导致传统规则难以适应数字经济的规制需求。学术与实务界为此提出各种应对主张，如必需设施理论、守门人或新公用事业理论、自然垄断规制。这些主张存在难以克服的缺陷。更为可行的路径是，在现有反垄断法范式下探讨拒绝交易规则的类型化发展。拒绝交易可分为“本市拒绝交易”和“邻市拒绝交易”两类，前者涉及支配地位企业拒绝与本级市场上的竞争对手分享关键投入品，反垄断法应谨慎干预；后者涉及支配地位企业通过拒绝交易行为在相邻市场排除或扭曲竞争，适用较为宽松的显著封锁效应或竞争扭曲效应标准。邻市拒绝交易与搭售、独家交易等有条件拒绝交易行为具有形态和效果上的相似性，为防止有条件拒绝交易制度与邻市拒绝交易制度之间的双向逃逸，应厘清拒绝交易制度与相邻制度的适用边界，根据具体行为类型选择合适的法律框架。

关键词：拒绝交易；反垄断法；平台封禁；本市拒绝交易；邻市拒绝交易

[中图分类号] D99; D922.294 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2025) 03-0092-44

一、传统拒绝交易规则在高度协作时代的尴尬处境

(一) 严苛的传统拒绝交易行为违法性判断标准

市场经济以英国经济学家亚当·斯密的“无形之手”理论作为基本制度逻辑。⁽¹⁾ 市场发挥无

【作者简介】兰磊，法学博士，华东政法大学知识产权学院副教授。

【项目基金】国家社会科学基金项目“数据拒绝交易的反垄断法规制研究”（项目批准号：24BFX085）。

(1) Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, in S. M. Soares, MetaLibri Digital Library (29 May 2007), https://www.ibiblio.org/ml/libri/s/SmithA_WealthNations_p.pdf, p. 348-349. “每个人都在持续努力为其能够掌握的任何资本寻找最有利的用途。事实上，他所看到的是自己的利益而非社会的利益。但对于自己利益的考察自然或者相当必然地引导他垂青对社会最为有（转下页）”

形之手功能的前提是，市场主体拥有经营自由⁽²⁾，以便它们能够根据对自身利益的判断作出对自己最为有利的选择，进而使市场能够真实地反映资源供需状况以及市场主体赋予它的价值大小。⁽³⁾

因此，市场经济国家普遍承认，自主选择交易相对人是经营者享有的一项基础权利。例如，美国联邦最高法院在高露洁案中重申了如下普通法原则：“如果没有任何建立或维持垄断之目的”，私人主体可以自由地“行使自己独立的裁量权，以决定与谁交易”。⁽⁴⁾因此，在英美法传统中，每家公司都推定应该自力更生，无权要求获得竞争对手的协助。⁽⁵⁾我国最高人民法院同样承认经营者拥有自主选择交易相对人的基本权利。⁽⁶⁾

美国反垄断法对此仅承认非常有限的例外。在承认例外的经典案例——阿斯攀案中，原被告是阿斯攀地区仅有四座高山滑雪场的经营者，被告拥有其中三座，原告拥有一座。双方曾就提供此等滑雪服务进行合作，以向消费者提供联票服务，但后来被告单方终止了合作。根据该案案情，联邦最高法院判决被告有义务继续与原告合作。⁽⁷⁾

后续学理和判决对此案极力作限缩性解释。⁽⁸⁾例如美国著名反垄断法学者赫伯特·霍温坎普（Herbert Hovenkamp）教授认为，根据阿斯攀案标准识别反竞争单方拒绝交易时，须考量如下要素：（1）某企业就涉案市场拥有支配地位，或者可能如此；（2）存在合作交易的历史，随后在未作出充分解释的情况下毁弃这种合作；（3）先期合作交易诱发了某种显著的、资产专用的投资，导致撤出交易或者进行大幅调整的成本高昂；（4）存在一项可单独识别并销售的资产；（5）存在某种机制，以识别交易义务的范围和条件；以及（6）能够有一定依据地认为，救济措施有助于提升该市场的竞争程度。⁽⁹⁾在多林克案中，联邦最高法院宣称，“阿斯攀案位于或接近于《谢尔曼法》

（接上页）利的用途。”“当每一个人极力尽可能地使用其资本支持本国产业，并引导该产业以使它的产品具有最大价值时，每一个人必然在努力尽其所能为社会贡献岁入。事实上，他一般既无心促进公共利益，也不知道自己对它的促进程度。他之所以支持本国而非外国产业，只是为了确保自己的安全；他之所以引导该产业以使它的产品具有最大价值，只是为了自己的利益，正如在许多其他场合一样，他这样做时被一只无形之手引导着去促进一个并非出自他本心的目的。”

（2）郑红亮：《论市场在资源配置中的决定性作用》，广东经济出版社 2015 年版，第 77 页。

（3）兰磊：《〈反垄断法〉转售价格维持条款现阶段应维持现状——评〈中华人民共和国反垄断法（修正草案）〉第 17 条第二款》，载《竞争政策研究》2021 年第 6 期，第 7 页。

（4）United States v. Colgate & Co. 250 U.S. 300, 307, 39 S. Ct. 465, 468 (1919); Reeves, Inc. v. Stake, 447 U.S. 429 (1980); Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004).

（5）Herbert Hovenkamp, *Tech Monopoly*, MIT Press, 2024, p. 94.

（6）最高人民法院民事判决书，（2023）最高法知民终 383 号（“是否进行交易、与何人进行交易、按何种条件进行交易，原则上是市场经营主体的意思自由，此乃私法自治的应有之义”）；最高人民法院申请再审民事裁定书，（2015）民申字第 2313 号（“市场经营者有自主选择其交易方的权利”）。然而，在宁波森浦信息技术有限公司滥用市场支配地位案中，上海市市场监督管理局行政处罚决定书（沪市监反垄处〔2024〕202302 号）将拥有“法律依据”作为拒绝交易行为的“正当理由”。这与经营者享有交易自由的基础权利相冲突。

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

（8）Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice* (6th ed.), West Academic Publishing, 2020, p. 383–385; Herbert Hovenkamp, *Tech Monopoly*, MIT Press, 2024, p. 95. “阿斯攀案规则的适用范围狭小。它没有创设任何分享资产的义务，仅设立了不得以反竞争方式终止现有自愿分享安排的义务。”

（9）[美]赫伯特·霍温坎普：《违反 FRAND 承诺行为的反垄断法规制：兼评美国高通案》，兰磊译，载《竞争政策研究》2020 年第 5 期，第 66 页。

第2条项下责任的外部边界”。⁽¹⁰⁾

欧盟法院的拒绝交易法规则脱胎于“必需设施理论”，比阿斯攀案规则的适用范围更宽，但它同样对拒绝交易行为设置了严苛的责任标准。在 Bronner 案中，欧盟法院基于 Magill 案的判决重申，拒绝交易行为违法须具备三项要件：（1）拒绝提供的投入品对于在相邻市场开展有效竞争而言不可或缺，即不存在相邻市场竞争者可依赖的实际或潜在替代品，为此通常需要考察竞争对手复制（再现）该资产是否可行；（2）该等拒绝行为很可能在相邻市场排除所有竞争；以及（3）不存在客观正当理由。⁽¹¹⁾

前述法域之所以对拒绝交易制度设置如此严苛标准，主要出于投资激励、合谋和可操作性三个方面的考量。⁽¹²⁾ 首先，正如美国联邦最高法院认识到的那样，迫使垄断者与竞争对手分享竞争优势，将削弱垄断者、竞争对手或者二者投资于该等设施的激励。⁽¹³⁾ 在 Bronner 案中，欧盟法院佐审官雅各布斯也明确指出，“如果过于轻易地允许接入某个生产、采购或分销设施，竞争对手将缺乏激励开发与之相竞争的设施”。⁽¹⁴⁾ 《欧盟委员会对支配地位企业排斥型滥用行为适用欧共同体条约第82条时执法重点的指引》进一步阐述道：如果可以分享支配地位企业的投入品，“竞争对手将被诱导就支配地位企业所做的投资进行搭便车，而不是自行投资”。⁽¹⁵⁾ 投资和创新激励的削弱会降低市场的竞争水平，终使消费者受损。其次，强制分享义务要求反垄断机构或法院充当中央规划者的角色，在设置交易义务的同时确定适当的价格、数量和其他交易条件，然而执法机构或法院并不适合这一角色。最后，强制竞争者之间进行谈判可能会协助它们从事反垄断法打击的最大罪恶：合谋。⁽¹⁶⁾

（二）数字经济时代网络运作需要更程度的合作

数字经济时代的价值创造主体往往具有高度网络化的特征。网络由众多主体共同参与，网络内部的企业互联互通，以共享信息或知识产权，或者从事涉及许多参与者的业务，如版权音乐的一揽子许可，共享技术的专利交叉许可，以及围绕某一平台经营者构建起来的平台生态（如脸书社交网络平台、亚马逊在线市集平台）。网络往往具有直接网络效应和/或间接网络效应的特征，即随着参与者数量的增加，网络创造价值的 ability 不断提升。但网络要创造价值，往往要求参与者彼此进行多维深度协调，并要求所有参与者满足互操作性和兼容性要求，以便能够与网络互联互通；参与者要想参与价值创造过程，往往也必须成为网络的一部分，实现与网络的互联互通和兼容。⁽¹⁷⁾

(10) Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 409 (2004).

(11) Case C-7/97, Oscar Bronner GmbH v. Mediaprint, ECLI: EU: C: 1998: 569, para. 41.

(12) 我国学术界不乏学者认同这一分析。参见宁度：《版权拒绝许可的反垄断法规制》，载《中国出版》2021年第19期，第37页；兰磊：《对数字平台自我优待行为批判的批判性分析》，载《东方法学》2024年第2期，第132页。

(13) Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 407-408 (2004).

(14) Opinion of Mr Advocate General Jacobs, Case C-7/97, Oscar Bronner GmbH v. Mediaprint, ECLI: EU: C: 1998: 264, para. 57.

(15) European 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. 75.

(16) Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 408 (2004).

(17) Herbert Hovenkamp, *Tech Monopoly*, MIT Press, 2024, p. xiii-xiv, 88 & 173.

数字经济时代极其常见的一类争议即是，数字平台拒绝与其他平台或其他经营者互联互通。这类行为甚至获得了一个独立的名称——“平台封禁”。我国学界对此现象进行了广泛的讨论，但并未就其外延范围达成一致。根据最广义的理解，平台封禁包含四类行为：平台实施的“二选一”、不予直链、自我优待及关闭应用程序编程接口（API）。^{〔18〕} 这些行为的共通点在于，它们都是平台针对其他经营者实施的某种形式的拒绝交易行为。

有学者认为，现行反垄断法制度以交易关系的存在作为规制平台封禁的前提，且反垄断法视角下交易关系的成立必须具有盈利性，然而实践中大量平台封禁行为对平台经营者来说都不具盈利性，因此不构成反垄断法调整的交易关系，不能适用拒绝交易制度。^{〔19〕} 这是对“交易”的误解。各国反垄断法均调整一切经济活动中的垄断行为，如《中华人民共和国反垄断法》（下称《反垄断法》）第2条。美国著名反垄断法巨著《反托拉斯法释论》（*Antitrust Law Treatises*）^{〔20〕} 提出，如果行为人能够从某一活动中获得立即可得的实质性经济利益，就可推定它属于经济活动。^{〔21〕} 数字经济时代经营者普遍使用双边市场模式，其显著特点就是往往在一边采用免费模式。但免费不等于无商业利益，而是通过其他环节获得收益，因此免费互动同样具有追求商业利益的目的，属于反垄断意义上的交易。正因为如此，在谷歌购物案中，欧盟执法机构毫无困难地将谷歌通用搜索结果页中的展示行为作为交易活动进行审查。因此，我们可以把平台封禁问题的考察还原为对数字时代拒绝交易行为的考察。

这类拒绝交易行为与传统拒绝交易行为在产生语境、表现形式等方面均存在较大差异。其一，网络要创造价值，需要更大程度的兼容、合作与协调，封禁措施则可能损害系统创造价值的能力；其二，平台封禁往往涉及市场势力向相邻市场的延伸（传导效应），对支配地位平台处以交易义务可能仅影响市场势力的延伸，并不直接削弱它在本级市场拥有的竞争优势；其三，此类平台往往

〔18〕 张江莉、张镭：《互联网“平台封禁”的反垄断法规制》，载《竞争政策研究》2020年第5期，第22-24页；袁晨悦：《互联网平台封禁行为的〈反垄断法〉规制》，载《互联网天地》2022年第2期，第6页；王紫靓：《平台封禁行为的反垄断规制研究》，载《上海法学研究》2021年第4卷，第59-61页。

〔19〕 陈汇臻：《平台互联互通的反垄断法多元机制协同规制路径研究》，载《北方法学》2024年第6期，第104页。

〔20〕 《反托拉斯法释论》全称《反托拉斯法：反托拉斯原则及其应用分析》（*Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*）。该套丛书正文部分共22卷。目前正在进行第五版的修订工作。这套释论受到美国法院和律师的广泛使用，“美国联邦最高法院史提芬·布雷尔大法官（Justice Stephen Breyer）曾评价说……大多数律师更愿意援引‘阿瑞达反托拉斯法释论中的两段文字而非四个上诉法院或者三个最高法院大法官的意见’来支持自己的观点”。Langdell's West Wing Renamed in Honor of Areeda, HARVARD GAZETTE, 25 April 1996. 霍温坎普教授对此释论早期版本基本思想的阐释，参见[美]赫伯特·霍温坎普：《论〈反托拉斯法〉的分析方法》，兰磊译，载胡家勇、宋巍主编：《经济与法论丛》2016年第1期（总第2期）。《反托拉斯法释论》可在Lexis法律数据库查阅电子版。方法是在检索框直接输入“Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application”，下拉菜单中出现“Sources: Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application (Areeda and Hovenkamp)”，点击即可进入。数据库文件目前收录的为2024年版，它仅提供“节”（para., 符号¶）信息，而未提供“页码”（page）信息。因此，本文引用该套丛书时仅提供相关引证内容的节信息。

〔21〕 Areeda & Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, para. 262b (2024).

与很多第三方拥有类似交易关系，施加交易义务并不会造成严重的可操作性负担；其四，至少在某些类型的平台封禁案件中，可通过一定的制度设计防范发生共谋风险。因此，阿斯攀案或 Bronner 案规则背后的许多考量因素，并不能很好地适用于数字平台实施的至少某些拒绝交易行为（平台封禁）。传统拒绝交易制度在规制平台封禁方面有时显得力有不逮。

（三）现有拒绝交易制度改革建议存在严重缺陷

针对如何规制数字时代的拒绝交易行为（平台封禁），学界提出了很多改革建议。不少学者主张通过修改《反垄断法》规制平台封禁。例如，有学者建议引入关于设置技术障碍的滥用行为类型⁽²²⁾，确立必需设施理论的制定法地位⁽²³⁾，并放松必需设施理论在平台领域的适用标准。⁽²⁴⁾ 有学者建议偏离或放弃现有反垄断法范式，引入新的规制制度，如“守门人”⁽²⁵⁾，或者“公共承运人理论”⁽²⁶⁾。还有学者主张运用自然垄断理论对数字平台进行经济管制。⁽²⁷⁾

这些建议存在严重的问题。其中必需设施理论在境外一直都是一个存在巨大争议的制度。根本问题在于，它违背“反垄断法反对垄断行为，而非垄断地位”的基本原则⁽²⁸⁾，将某种地位设定为触发交易义务的条件。其适用条件究竟是什么，也从未达成过一致。⁽²⁹⁾ 因此，不但学界对其有

(22) 陈沁心：《数字平台“不予直链”的反垄断法规制》，载《竞争政策研究》2024年第1期，第73页。

(23) 赖丽华、邱琳：《数字平台外链封禁行为的反垄断法律规制与豁免》，载《企业经济》2024年第5期，第157页。

(24) 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，第217-218页；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，第153页；殷继国：《数字平台自我优待行为的反垄断法规制》，载《法商研究》2024年第5期，第82页；赖丽华、邱琳：《数字平台外链封禁行为的反垄断法律规制与豁免》，载《企业经济》2024年第5期，第159页；王晨：《互联网平台封禁行为的法律规制》，载《数字法学》2024年第1期，第259页。

(25) 侯利阳：《互联网平台反垄断的局限与突破：由“腾讯封禁抖音案”引发的思考》，载《商业经济与管理》2021年第4期，第96页；杨东、侯晨亮：《论平台“封禁”的反垄断规制——以社交平台为研究对象》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2022年第4期，第60-61页；袁晨悦：《互联网平台封禁行为的〈反垄断法〉规制》，载《互联网天地》2022年第2期，第11页；郭传凯：《互联网平台企业封禁行为的反垄断规制路径》，载《法学论坛》2021年第4期，第89页；郭传凯：《超级平台企业滥用市场力量行为的法律规制——一种专门性规制的路径》，载《法商研究》2022年第6期，第50-53页；段宏磊：《数字经济反垄断背景下链接封禁行为的规制路径》，载《财会月刊》2021年第12期，第159页；陈胤松：《反垄断法下互联网平台封禁的规制路径》，载《辽宁经济》2022年第2期，第80页；赖丽华、邱琳：《数字平台外链封禁行为的反垄断法律规制与豁免》，载《企业经济》2024年第5期，第157-158页；苏明林、丁国峰：《“守门人”制度在平台封禁行为规制中的适用优化》，载《中国价格监管与反垄断》2024年第10期，第24页；王晨：《互联网平台封禁行为的法律规制》，载《数字法学》2024年第1期，第257页；蔡志莹：《数字平台链接封禁行为的规制困境与对策》，载《时代经贸》2024年第2期，第56页。

(26) 高薇：《互联网时代的公共承运人规制》，载《政法论坛》2016年第4期，第89-95页；张晨颖：《公共性视角下的互联网平台反垄断规制》，载《法学研究》2021年第4期，第164-166页。

(27) 李剑：《数字平台管制：公共性理论的反思与经济管制的适用》，载《法学研究》2023年第5期，第34页。

(28) 最高人民法院申请再审民事裁定书，（2015）民申字第2313号（“反垄断法并不禁止经营者具有市场支配地位，而是禁止经营者滥用市场支配地位，从事排除、限制竞争的行为”）。

(29) 2021年《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》（国反垄发〔2021〕1号）第14条第2款、2023年《禁止滥用市场支配地位行为规定》（国家市场监督管理总局令第66号）第16条、2023年《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定》（国家市场监督管理总局令第79号）第10条第2款、2024年《最高人民法院关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2024〕6号）第38条第2款对必需设施理论的表述互不相同。

很多尖刻的评判⁽³⁰⁾，必需设施理论在反垄断实践中也从来没有获得过普遍认可⁽³¹⁾。

守门人（或公共承运人）制度存在着更加严重的问题。⁽³²⁾ 它不但以地位（守门人身份）作为设定交易义务的直接依据，而且它选用的地位识别标准严重脱离反垄断法对市场势力的根本关注。⁽³³⁾ 守门人制度主要以规模（企业规模及其用户规模）作为评判标准⁽³⁴⁾，完全无视规模与市场势力的根本差异性。在反垄断法范式下，“就多数目的而言，市场势力指向具体产品，而非指向整个企业”。⁽³⁵⁾

例如，尽管亚马逊公司（或者亚马逊市集）的规模很大，但它销售的很多产品在其全部销量中的占比都非常小（如电池）。又如，尽管微软公司的规模很大，但它在搜索引擎、浏览器以及移动操作系统等领域的份额都很小。如此小的市场份额决定了，亚马逊公司或微软公司在这些产品领域不可能实施反竞争行为；它同时说明，即便它们在某些领域具有支配地位，也并没有当然地将这些市场势力传导到其他领域。“诚然，一家公司的整体影响力可能为其操控个别产品提供了机会，但这需要在具体案例中加以证明”⁽³⁶⁾，而证明传导效应是否足以损害竞争正是传统反垄断法的重要内容之一。

自然垄断理论的根本缺陷是，暂且不论其可行性和效果，它在数字平台领域基本没有适用的空间。正如著名反垄断法学者赫伯特·霍温坎普教授详细分析的那样，自然垄断的存在取决于五项相互关联的因素：（1）在位企业之间缺乏稳定竞争或多归属感；（2）主导地位的持续性以及容纳或抵制技术变革的能力；（3）成本递减或者网络效应，并且市场结构要求由单一企业控制；（4）缺乏显著的产品差异化；（5）缺乏互操作性或者数据共享。⁽³⁷⁾

显而易见，数字平台企业形态各异，能够同时满足这五项条件者寥寥无几。例如，数字行业的变革速度极快，今天的垄断者（即便是自然垄断者）也可能明天即被新技术所取代⁽³⁸⁾，如 AI

〔30〕 Areeda & Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, para. 771c (2024); Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice* (6th ed.), West Academic Publishing, 2020, p. 401.

〔31〕 *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 411 (2004) (“本院从未承认过该法则，本案中也没有必要承认它或废弃它”）。

〔32〕 对守门人制度的典范欧盟《数字市场法》的深入批判分析，参见王晓晔：《我国平台经济反垄断监管“欧盟模式”批判》，载《法学评论》2024年第3期，第11-24页；对公共性理论的深入批判分析，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》，载《法学研究》2023年第5期，第25-34页。

〔33〕 Herbert Hovenkamp, *Tech Monopoly*, MIT Press, 2024, p. 39.

〔34〕 Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act), Article 3; (UK) Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024, §§ 2, 5 & 6; American Innovation and Choice Online Act, S. 2992, 117th Cong. (2021-2022), § 2 (5).

〔35〕 Herbert Hovenkamp, *Tech Monopoly*, MIT Press, 2024, p. 79; Herbert Hovenkamp, *Antitrust Interoperability Remedies*, 123 Columbia Law Review Forum 1, 23 (2023).

〔36〕 Herbert Hovenkamp, *Gatekeeper Competition Policy*, 30 Michigan Technology Law Review 1, 4 (2024).

〔37〕 [美] 赫伯特·霍温坎普：《反垄断法与平台垄断》（上），兰磊译，载《竞争政策研究》2023年第1期，第77-97页。

〔38〕 Nicolas Petit, *Big Tech and the Digital Economy: The M oligopoly Scenario*, Oxford University Press, 2020, p. 121-129（科技产业的六大特征之一是技术、进入和监管方面的不连贯性以及由此带来的巨大不确定性）。

搜索对现有搜索范式形成的巨大挑战。又如，数字产业普遍存在差异化竞争的特点，严重抵消了网络效应形成自然垄断的可能。⁽³⁹⁾ 因此，正如霍温坎普教授得出的结论，“很少有平台属于自然垄断”。⁽⁴⁰⁾

通过浏览 Statcounter 对浏览器、搜索、社交媒体、操作系统等的统计数据，可以轻易发现，针对不同设备类型（桌面端、平板电脑、移动端）和不同国家（地区），它们的分布情况可能存在相当大的差异，没有任何迹象表明它们具有自然垄断的固有属性。例如，即便是被视为最可能属于自然垄断的互联网搜索领域⁽⁴¹⁾，在中国也呈现出百花齐放的竞争态势。⁽⁴²⁾ 我们自然难以依赖一个如此缺乏适用性的理论来处理平台经济领域中的竞争问题。

鉴于传统拒绝交易规则的严苛性导致其与数字经济的不适配性，以及基于市场地位的更严苛规制方案存在自身难以克服的缺陷，在现有反垄断法范式下完善拒绝交易规则本身不失为一个更加现实的选择。

二、迈向拒绝交易规则的类型化发展之路

（一）类型化在拒绝交易规制领域的现有运用实践

法律发展的过程是一个经验事实与法律原则互动的过程：法律原则经由案件事实不断细化，案件事实在法律原则指导下逐渐类型化。这既是一个法律适用过程，也是一个借助于类型化发展法律规则的过程。⁽⁴³⁾

在反垄断法拒绝交易规则的发展方面，类型化技术同样可以扮演重要角色。在反垄断制度发展初期，产业结构普遍比较简单，市场边界比较清晰，法院和执法机构遇到的拒绝交易类型有限，主要是横向拒绝交易行为。因此，发展出阿斯攀案规则那样的严苛规则完全顺理成章。然而，随着数字经济的不断发展，市场环境发生了重大变化，实践中遇到的拒绝交易行为样态更加多样。在此背景下，原有规则设想的典型事实样态已不能覆盖新的拒绝交易场景，分化出调整新事实样态的新法律规则便成为更理性的选择。

事实上，分类规制拒绝交易行为的理念，在现行反垄断范式下已经具有一定的实践基础。例如，美国法院有时采取变通方式，避免对某些拒绝交易行为适用严苛的阿斯攀案规则。在一类被

〔39〕 Herbert Hovenkamp, *Tech Monopoly*, MIT Press, 2024, p. 82 (“总体而言，少有双边平台属于赢者通吃。造成这一局面的主要原因是产品差异化，而数字市场存在显著程度的产品差异化特征”）。

〔40〕 [美] 赫伯特·霍温坎普：《反垄断法与平台垄断》（上），兰磊译，载《竞争政策研究》2023年第1期，第77页。

〔41〕 例如，2025年3月谷歌搜索的全球份额高达79.1%。Statcounter Globalstats, *Desktop Search Engine Market Share Worldwide*, <https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/desktop/worldwide>.

〔42〕 例如 Statcounter 数据显示，2025年3月中国桌面搜索引擎市场份额分布如下：必应（48.75%）、百度（31.09%）、好搜（14.25%）、谷歌（2.436%）、搜狗（1.88%）、YANDEX（1.55%）。Statcounter Globalstats, *Desktop Search Engine Market Share China*, <https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/desktop/china>.

〔43〕 [德] 亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，颜厥安校，学林文化事业有限公司1999年版，第111-119页；兰磊：《重估合理原则的制度成本：兼评〈制度成本与规范化的反垄断法〉》，载《经贸法律评论》2020年第3期，第110-114页。

称为“准独家交易”（或“事实上的独家交易”）^{〔44〕}或“准搭售”行为的案件中，当事人之间并不存在实施独家交易或搭售等纵向限制的协议，但法院有时以类比搭售或独家交易的方式来分析此类行为，因为纵向关系中的拒绝交易行为往往具有引诱实现搭售或独家交易结果的功能。^{〔45〕}例如，在洛雷恩日报案^{〔46〕}中，在本地纸媒广告市场具有支配地位的报纸，拒绝接受那些在电台做广告的广告主的广告业务；严格而言，它并不符合独家交易的法定条件，因为报纸并没有向用户（广告商）明确提出独家交易的要求，而是靠客户自行体会。但该案法院采用一种近似独家交易的思路进行分析。^{〔47〕}又如，“技术型搭售”实际上是单一企业实施的单方行为，实施者通过产品设计将自己的主产品和互补品兼容（如打印机和墨盒），而拒绝与任何竞争者的互补品兼容。法院通常依据《谢尔曼法》第2条按照类似于合同型搭售的规则进行审查。^{〔48〕}

同样，欧盟竞争法在实践中区分了“直接拒绝交易”和“涉及拒绝交易成分的其他行为”，前者适用 *Bronner* 案的严厉标准，后者适用普通竞争损害标准。直接拒绝交易（*outright refusal*）即支配地位企业拒绝允许竞争对手接入前者为满足自身业务需要而开发的基础设施（产品、服务、资产等）。涉及拒绝交易成分的其他行为则通常是在支配地位企业已经允许他人使用其设施的情况下，实施的“变相拒绝交易行为”，如低质量提供、歧视性提供、终止提供、不满足法定提供义务。^{〔49〕}

《欧盟委员会对支配地位企业排斥型滥用行为适用欧共同体条约第82条时执法重点的指引》还规定，对拒绝交易行为的评判通常采用“必需设施理论”；但在特殊情况下，尤其是如果上游垄断地位源于特殊权利或专有权的保护，或者曾受到国家资源的资助，则按照显著封锁效应理论评价。^{〔50〕}该指引的升级版《对支配地位企业排斥型滥用行为适用欧盟运行条约第102条的指南》（草案）同样区分两类拒绝交易，并分别采用不同的判断标准：（1）直接拒绝交易被称为“拒绝供应”，适用 *Bronner* 案的标准；（2）所谓的“接入限制”措施，即“不同于拒绝供应的对接入投入品设置的限制”，适用滥用行为的一般判断标准。^{〔51〕}

〔44〕 Areeda & Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, para. 1800a3 (2024).

〔45〕 Erik Hovenkamp, *Proposed Antitrust Reforms in Big Tech: What Do They Imply for Competition and Innovation?*, CPI Antitrust Chronicle (July 2022), p. 4.

〔46〕 *Lorain Journal Co. v. United States*, 342 U.S. 143 (1951).

〔47〕 *Lorain Journal Co. v. United States*, 342 U.S. 143, 149 (1951). 法院认定，此举“减少了电台在洛雷恩市本地广告领域可用的客户数量，强化了被告报纸在此领域的垄断地位”。

〔48〕 Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice* (6th ed.), West Academic Publishing, 2020, p. 536–537; *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d 34, 65–67 (D.C. Cir. 2001).

〔49〕 Case C–233/23, *Alphabet Inc. v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2025:110, paras. 44–45; Jindrich Kloub, Laurine Signoret, *Refusal to Deal in the European Union: A Narrowed Scope Expands the Risks for Dominant Firms*, CPI Antitrust Chronicle (27 September 2024), p. 3–4, <https://www.wsgr.com/a/web/n5AZscoYN4onybfPR3EXbt/5-refusal-to-deal-in-the-european-union-a-narrowed-scope-expands-the-risks-for-dominant-firms-jindrich-kloub-laurine-dainesi-signoret.pdf>.

〔50〕 European 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. 82.

〔51〕 European Commission, *Draft Guidelines on the Application of Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, 2024, section 4.3.4.

（二）丰富的行为样态赋能拒绝交易制度的高阶类型化

所有拒绝交易行为都具有拒绝与他人进行交易的统一内核。但根据实施主体和相对人的类型、二者之间的关系、实施手段、追求的目的、产生的后果等因素的不同，拒绝交易行为可以划分为多种类型。这为拒绝交易规则的类型化发展提供了丰富的可行性。

第一，有些拒绝交易行为已经实际发生，有些拒绝交易行为则是担心其他交易过程中可能发生的结果。例如，在纵向并购等纵向一体化交易中，反垄断法关切的封锁效应，即是假设一体化完成之后新实体拒绝继续向上下游竞争对手采购或供货，从而封锁其销售渠道或投入品来源。⁽⁵²⁾ 后一类案件中，拒绝交易行为尚未实际发生，并且拒绝交易并非独立行为，而只是导致反竞争效果的潜在手段；因此，这类案件中应该对整个交易安排进行审查，而不应将潜在的竞争损害发生机制直接作为拒绝交易行为进行审查。

第二，拒绝交易行为可能是单一企业实施的行为，也可能是多个企业联合实施的行为。联合拒绝交易行为也称为“联合抵制”，即具有竞争关系的多个经营者通过约定，联合拒绝向特定经营者供应、销售商品，或者联合拒绝采购特定经营者的商品。按照反垄断法关于单方行为和多方行为的二分法，联合抵制行为较单方拒绝行为受到更为严厉的审查。前述阿斯攀案和 Bronner 案高度尊让的拒绝交易规则仅适用于单方拒绝交易行为。联合拒绝交易行为固然也可能具有促进竞争效果，如联合采购组织⁽⁵³⁾，但并不像单方拒绝交易行为那样享有整体促进竞争的推定，而是适用较为全面型的合理原则进行分析；赤裸裸的联合抵制行为甚至适用本身违法原则。⁽⁵⁴⁾ 本文讨论仅限于单方拒绝交易行为。

第三，拒绝交易行为可能不涉及任何差别待遇成分，也可能涉及差别待遇成分。有些拒绝交易行为一视同仁地适用于所有潜在交易相对人，例如苹果公司曾经拒绝任何第三方使用其近距离无线通讯技术（NFC）。⁽⁵⁵⁾ 有些支配地位企业则对某些第三方实施差别待遇，以此在事实上拒绝与其交易（参见下文第五点所述），或者择性地仅拒绝与特定第三方或者特定类型的第三方交易。⁽⁵⁶⁾ 例如，平台经济领域常被指控的自我优待行为，就是在平台同时参与相邻市场产品竞争时，

(52) Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice* (6th ed.), West Academic Publishing, 2020, p. 390 (“拒绝交易是纵向一体化具有的普遍后果。一体化企业此后开始仅仅与其新开发或新购买的供应商或渠道交易，并终止其与独立企业之间的关系”); Ramsi Woodcock, *Why All Antitrust Claims Are Refusal to Deal Claims and What that Means for Policy*, CPI Antitrust Chronicle (27 September 2024), p. 21.

(53) 兰磊：《我国平台经济领域反垄断指南的竞争政策评估》，载《竞争政策研究》2023年第6期，第46-47页。

(54) Herbert Hovenkamp, *Tech Monopoly*, MIT Press, 2024, p. 174.

(55) *Commission Accepts Commitments by Apple Opening Access to “Tap and Go” Technology on iPhones*, European Commission (11 July 2024), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/fin/ip_24_3706/IP_24_3706_EN.pdf.

(56) 我国甚至有判决错误地认为，《反垄断法》拒绝交易制度仅适用于包含差别待遇成分的拒绝交易。参见广东粤超体育发展股份有限公司与广东省足球协会、广州珠超联赛体育经营管理有限公司垄断纠纷案，最高人民法院申请再审民事裁定书（2015）民申字第2313号（“对具有市场支配地位的经营者，只有在同等条件下拒绝和部分经营者交易，且具有排除或限制竞争效果的情况下，才构成对反垄断法第十七条第一款第三项的违反”）。

对自家产品实施优待，对第三方竞品实施歧视待遇（包括直接拒绝交易）。不涉及差别待遇成分的拒绝交易行为只能通过拒绝交易制度审查；涉及差别待遇成分的拒绝交易行为，除了可能适用拒绝交易制度审查外，还可适用差别待遇制度。

第四，拒绝交易行为实施者与被拒绝者之间可能存在多种多样的关系。拒绝交易行为可能发生于具有竞争关系的竞争对手之间（横向拒绝交易），如阿斯攀案中的情况；可能发生于具有上下游关系的经营者之间（纵向拒绝交易），如生产商拒绝向经销商供货；可能发生于同时具有竞争关系和纵向关系的经营者之间，如典型的自我优待场景；还可能发生于既不具有直接竞争关系，也不具有明显纵向关系的经营者之间，如掌握某投入品的经营者拒绝第三方使用该投入品开发一种新产品。

第五，根据表现形式不同，拒绝交易可以区分为直接拒绝交易行为和变相拒绝交易行为，构成二者之一即可视为拒绝交易行为。前者是指行为人直截了当地拒绝与他人开始或继续交易。变相拒绝交易行为则是指表面上与他人交易，但交易条件很恶劣，导致他人没有能力继续经营（如利润挤压），或者没有动机继续经营（如严重的自我优待）。⁽⁵⁷⁾

诚然，直接拒绝交易行为可以适用拒绝交易制度加以审查。然而，司法实践还承认，“不构成完全拒绝交易的行为仍可构成拒绝交易之诉的基础”。⁽⁵⁸⁾ 变相拒绝交易行为最典型的表现是，仅同意以过度不合理的价格交易。⁽⁵⁹⁾ 正如美国第九巡回区上诉法院指出，“仅同意按照不合理的条件与竞争对手交易，可构成事实上的拒绝交易”。⁽⁶⁰⁾ 例如在阿斯攀案中，被告公司仅同意按照远低于原告滑雪场历史使用量平均占比的比例分配营业收入；被告一位董事坦诚，这是一个“原告不可能接受的要约”；事实上，原告最终也拒绝了这一要约。⁽⁶¹⁾ 法院认可此举构成拒绝交易行为。在 Viamedia 案中，康卡斯特先是采取拒绝多频道视频节目分销商（MVPD）或其代表 Viamedia 接入合营机制 Interconnect⁽⁶²⁾ 的方式拒绝交易；之后，康卡斯特向 Viamedia 提出极其苛刻的交易条件，使后者完全无法接受。法院毫无困难地将二者均作为拒绝交易行为进行审查。⁽⁶³⁾ 在 Subspace 案中，亚马逊 AWS 是全球最大的云计算和托管服务提供商，允许第三方通过公共对等连接和直连等方式连接其网络。原告曾使用公共对等连接方式接入 AWS 的网络以便为用户提供网络优化

(57) Pablo Ibáñez Colomo, *Indispensability and Abuse of Dominance: From Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping*, 10 (9) *Journal of European Competition Law & Practice* 532, 534, 536–537 (2019).

(58) Ramsi Woodcock, *Why All Antitrust Claims Are Refusal to Deal Claims and What that Means for Policy*, *CPI Antitrust Chronicle* (27 September 2024), p. 14.

(59) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1510–1512 (2022)（将这种临界价格称为“窒息价格”）。

(60) *MetroNet Servs. Corp. v. Qwest Corp.*, 383 F. 3d 1124, 1132 (9th Cir. 2004).

(61) *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 592–593 (1985).

(62) Interconnect 服务（简称 IC 服务）是相互竞争的 MVPD 合作销售广告的联营机制，借助它可以面向特定区域内受众的原本分散掌握在各参与方手中的广告空间集中进行销售。

(63) *Viamedia, Inc. v. Comcast Corp.*, 951 F. 3d 429, 444–445 (7th Cir. 2020).

服务，但亚马逊迫使其改用直连方式，这种方式导致原告提供服务的能力大幅下降。法院认为“仅依据不合理的交易条件与竞争对手交易”构成事实上的拒绝交易行为。⁽⁶⁴⁾

变相拒绝交易的另一种典型表现是对某些用户提出过度歧视性的交易条件。⁽⁶⁵⁾例如，在多林克案中，被告威瑞讯公司承担向竞争电话公司提供接入其网络的法定义务，它在依此义务向原告AT&T公司提供接入服务时，存在优先履行自家订单、拖延履行甚至不履行原告订单等歧视性对待。⁽⁶⁶⁾该案法院按照拒绝交易案件审查被告的行为。

第六，拒绝交易行为可能是无条件的拒绝交易行为，也可能是有条件的拒绝交易行为。无条件拒绝交易是指拒绝以任何条件与任何人或某类人交易。例如，“脸书拒绝以任何价格接入任何竞争性App，即便其有能力向脸书购买广告”。⁽⁶⁷⁾有条件拒绝交易是指以拒绝交易作为实现其他更大目的的手段，如实施搭售、独家交易、最惠客户待遇条款、RPM、纵向地域划分、卡特尔等。⁽⁶⁸⁾借用刑法学的牵连犯理论，在有条件拒绝交易场景中，通过拒绝交易追求实现的其他行为属于目的行为，拒绝交易则属于其手段行为；无条件拒绝交易场景中，拒绝交易本身即是目的行为。⁽⁶⁹⁾

在典型的有条件拒绝交易场景中，经营者事先规定或约定与客户进行交易的条件（如交易价格、转售价格、交易对象、交易地域），然后拒绝与不遵守这些条件的客户交易，以此诱使或迫使客户按照规定或约定的条件与其进行交易。因此，拒绝交易的直接目的是惩罚不遵守交易条件的客户，最终目的是执行设定的交易条件。⁽⁷⁰⁾

以最为典型的有条件拒绝行为搭售为例。搭售是指必须同时购买另一产品（被搭售品）才能购买某产品（搭售品）的交易安排。⁽⁷¹⁾搭售安排内含着拒绝交易行为：如果不同时购买被搭售品就拒绝出售搭售品。例如，假设支配地位企业DF在A产品市场具有支配地位，同时在一个上游、下游或相邻市场（以下统称“相邻市场”）经营B产品并在此市场与竞争对手R展开竞争。若其在与客户C的交易中，对C提出要求“若要购买我的A必须同时购买我的B”，则DF的行为毫

(64) *Subspace Omega, LLC v. Amazon Web Services, Inc.*, No. 2: 23-CV-01772-TL, 2024 WL 5202517, at*9 (W.D. Wash. 23 December 2024).

(65) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1488, 1504, 1544 (2022) (分析纵向一体化平台实施的歧视行为是否承担拒绝交易的反垄断法责任)。

(66) *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 404–405 (2004).

(67) *Reveal Chat Holdco, LLC v. Facebook, Inc.*, 471 F. Supp. 3d 981, 1002 (N.D. Cal. 2020).

(68) Ramsi Woodcock, *Why All Antitrust Claims Are Refusal to Deal Claims and What that Means for Policy*, *CPI Antitrust Chronicle* (27 September 2024), p. 14. “事实上，除了拒绝交易，反垄断法上并无其他诉讼请求。所有其他诉讼请求，无论是赤裸裸的固定价格、搭售、独家交易还是品牌内纵向限制措施，都只不过是伪装下的拒绝交易请求。”

(69) “数个行为中，直接体现行为人为犯罪目的的行为称为目的（原因）行为；为实现犯罪目的创造条件，先于目的行为实施的行为称为方法行为或手段行为。”这种关系称为“牵连关系”。参见周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2007年版，第356页。

(70) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1537 (2022).

(71) Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice* (6th ed.), West Academic Publishing, 2020, p. 517.

无疑构成 AB 产品搭售。⁽⁷²⁾ 此时, 拒绝交易行为是一种蕴含的可能性 (图 1a 中以 DF_A 与 C 之间交易线条上垂直的两条虚线表示), 但其实际目的是逼迫 C 拒绝与 B 产品的竞争对手交易 (图 1a 中以 C 与 R_B 之间交易线条上垂直的一条实线表示)。当 C 不购买 DF 的 B 产品, 即拒绝与 DF_B 交易时 (图 1b 中以 DF_B 与 C 之间交易线条上垂直的两条实线表示), DF 将拒绝向 C 销售其 A 产品, 即 DF 拒绝与 C 交易 A 产品 (图 1b 中以 DF_A 与 C 之间交易线条上垂直的一条实线表示)。⁽⁷³⁾ 因此, DF_A 与 C 拒绝交易 (图 1b) 的真正目的是迫使 C 与 DF_B 交易 (图 1a 中 DF_B 与 C 之间的交易)。简言之, 图 1b 中 DF_A 拒绝与 C 交易是实现图 1a 中搭售行为的手段行为。

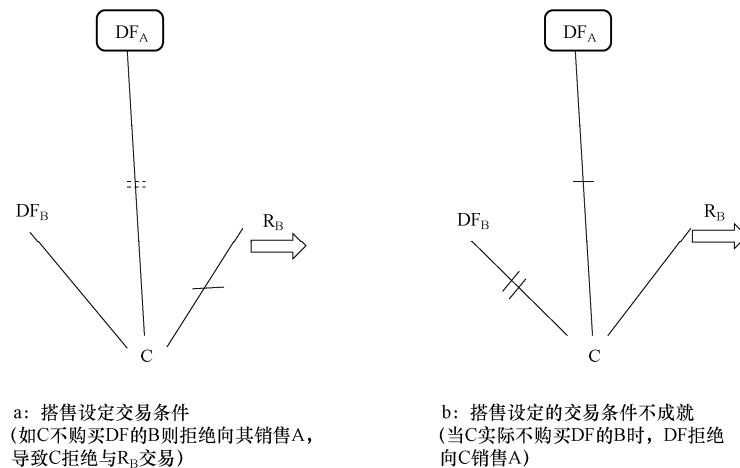


图 1 搭售安排中蕴含的拒绝交易行为

再以另一种典型的有条件拒绝交易——独家交易行为为例。假设支配地位企业 DF 在 A 产品市场具有支配地位, 它要求自己的客户 C (包括经销商或其他交易相对人) 不得与它在该市场上的竞争对手 R 交易, 否则不与 C 进行交易 (如图 2a)。当 C 不遵守或不同意 DF 的独家交易安排 (即 C 与 R_A 交易) 时, DF 可能拒绝继续或开始与 C 交易 (如图 2b)。因此, DF 与 C 拒绝交易 (图 2b) 的真正目的在于强迫客户 C 仅与自己交易 (图 2a 中 DF_A 与 C 之间的交易)。简言之, 图 2b 中 DF_A 拒绝与 C 交易是实现图 2a 中独家交易行为的手段行为。

按照传统反垄断法的适用惯例, 有条件拒绝交易场景中, 拒绝交易行为只是服务于其他行为的手段, 因此按照后者所属行为类型进行分析⁽⁷⁴⁾; 而无条件拒绝交易场景中, 拒绝交易行为本身

(72) Areeda & Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, para. 1754b (2024).

(73) 本文中, 与交易线条垂直的两条横线表示主动性 (原因性) 拒绝交易行为, 一条横线表示被动性 (结果性) 拒绝交易行为; 虚线表示蕴含的潜在拒绝交易行为, 实线表示实际拒绝交易行为。当 DF 同时在 A、B 市场经营但仅在 A 市场具有支配地位时, 以加框的方式表示其在 A 市场具有市场支配地位。

(74) 类似的, 按照刑法学的牵连犯理论, 犯某罪而实施的手段或结果行为又触犯其他罪名的, 即手段行为和目的行为均触犯罪名时, 在科刑上作为一罪处置, 从一重处断。参见王彦强: 《牵连犯成立要件的判例研究——基于对 1700 余份裁判文书的观察分析》, 载《中外法学》2024 年第 4 期, 第 1042 页。

就是目的行为，需要作为拒绝交易行为独立分析。⁽⁷⁵⁾ 因此，根据实施者的商业模式和具体实施方式的不同，拒绝交易可能涉及反垄断法调整的搭售、独家交易、拒绝交易、差别待遇、纵向收购、转售价格维持等垄断行为类型，从而落入反垄断法规范的多种垄断行为类型。

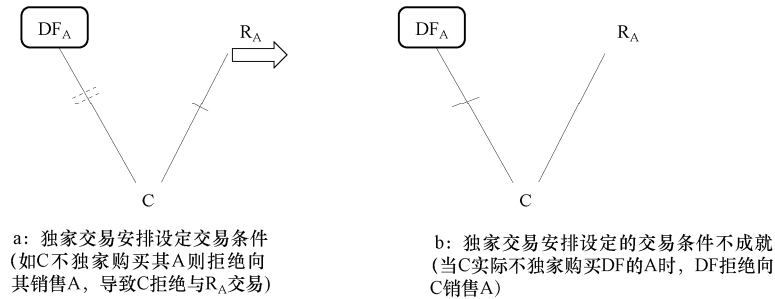


图2 独家交易安排中蕴含的拒绝交易行为

(三) 本市—邻市拒绝交易二分法的提出与发展

在可按照多个维度进行区分的复杂场景中，选定一个重要维度作为主要区分标准，往往对科学分析相关行为具有重要意义。它能够起到重要的“锚定”作用，在确保分析视角保持稳定的前提下，不但抓住行为不同样态之间的主要区别点，而且有助于串联起其他区分维度。

美国学者艾瑞克·霍温坎普 (Erik Hovenkamp)⁽⁷⁶⁾ 选取支配地位所在市场与拒绝交易行为发生市场之间的关系，作为主要区分标准，提出“本市拒绝交易” (primary refusal to deal) 和“邻市拒绝交易” (secondary refusal to deal) 的二分框架，借以对拒绝交易的反垄断规则加以系统化和类型化。⁽⁷⁷⁾ 本市拒绝交易概念描述横向拒绝交易场景，即在支配地位所在市场上拒绝与竞争对手交易；邻市拒绝交易则描述一体化企业在相邻的另一个市场上实施的拒绝交易。

例如，垄断者使用一些特有的专利技术生产电影放映机，它拒绝许可其他厂商使用这些技术生产与之竞争的放映机，此为本市拒绝交易；而如果它要求放映机客户只能放映自己生产的影片，从而拒绝竞争对手的影片在其放映机上放映，则属邻市拒绝交易。⁽⁷⁸⁾ 又如，在SCM诉施乐案中，施乐拥有某项普通纸复印机的专利，竞争对手SCM希望许可此专利以生产竞争复印机，施乐拒绝许可，此属本市拒绝交易。⁽⁷⁹⁾ 在DG案、Kodak案和CSU案中，独立维修商 (ISO) 请求设备厂商提供零部件和诊断软件，遭到拒绝，则为邻市拒绝交易。⁽⁸⁰⁾

(75) Ramsi Woodcock, *Why All Antitrust Claims Are Refusal to Deal Claims and What that Means for Policy*, CPI Antitrust Chronicle (27 September 2024), p. 20–25; [美] 赫伯特·霍温坎普:《违反FRAND承诺行为的反垄断法规制:兼评美国高通案》, 兰磊译, 载《竞争政策研究》2020年第5期, 第60–62页。

(76) 美国著名反垄断法学者赫伯特·霍温坎普之子。

(77) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 Yale Law Journal 1483, 1529 (2022).

(78) Herbert Hovenkamp, *Antitrust and Digital Refusals to Deal*, Network Law Review (11 September 2024), <https://www.networklawreview.org/digital-refusals-to-deal/>. “邻市拒绝交易是纵向一体化或者进入互补市场一体化的表现。”

(79) *SCM Corp. v. Xerox Corp.*, 645 F. 2d 1195 (2d Cir. 1981).

(80) *Data General Corp. v. Grumman Sys. Support Corp.*, 36 F. 3d 1147 (1st Cir. 1994); *Image Technical Serv. v. Eastman Kodak*, 125 F. 3d 1195 (9th Cir. 1997); In re Independent Service Organizations Antitrust Litigation (Xerox), 203 F. 3d 1322 (Fed. Cir. 2000).

艾瑞克主张，由于本市拒绝交易涉及权衡反垄断干预带来的长期激励效果与短期竞争效益这一极其困难的工作，反垄断法应完全放弃评价本市拒绝交易，将其交由其他法律进行外部评价，即只有当其他制定法明确规定交易义务时才能认定本市拒绝交易非法。⁽⁸¹⁾与之不同，由于邻市拒绝交易在效果上与传统合同型纵向限制（如独家交易、搭售等）类似，应适用与这些纵向限制相同的、门槛较低的竞争损害标准——显著封锁效应⁽⁸²⁾；或者直接作为搭售或独家交易进行审查。⁽⁸³⁾

这一对概念的基本含义，如图3所示。由于DF掌握重要投入品I，它在A产品市场具有支配地位（ DF_A ），但它在此市场有竞争对手 R_A ；如果它拒绝向 R_A 供应此投入品，则属本市拒绝交易（图3中①）。如果A产品是另一产品B的投入品或分发渠道⁽⁸⁴⁾，则B产品市场是A产品市场的相邻市场；如果DF拒绝B市场上的经营者 F_B 使用其A产品，属于邻市拒绝交易（图3中仅包含 F_B 的②，下称“二线歧视型邻市拒绝交易”）。邻市拒绝交易一种特殊（但受到更多关注）的场景是，DF同时在B市场经营（ DF_B ），并拒绝与该市场上的竞争对手 R_B 交易，它也属于邻市拒绝交易（图3中包含 DF_B 与 R_B 的②，下称“自我优待型邻市拒绝交易”）。

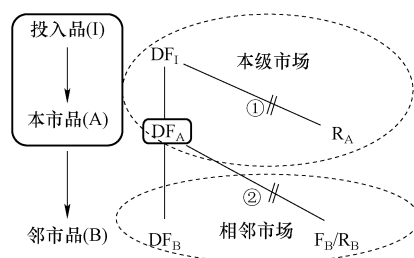


图3 本市拒绝交易与邻市拒绝交易的关系图

这一二分法分析框架提出之后，受到学术界广泛关注。《反托拉斯法释论》将其视为一个重要的区分。⁽⁸⁵⁾在西蒙诉爱奇艺公司案中，美国反垄断学会提交的法庭之友意见书援引这一区分，请求法院将该案涉及的拒绝交易行为定性为邻市拒绝交易行为并适用更宽松的审查标准。⁽⁸⁶⁾

不过，艾瑞克提出的这一分析框架还存在不少有待进一步具体阐述的空间。首先，他主张本市拒绝交易应该完全交由反垄断法以外的法律进行评价，这一立场比阿斯攀案及Bronner案的规则都要严苛。其次，他主张邻市拒绝交易的评价标准应采用显著封锁效应，忽视了邻市拒绝交易

(81) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1491–1492, 1549–1550 (2022); Erik Hovenkamp, *Antitrust's Refusal-to-Deal Doctrine: The Emperor Has No Clothes*, *Antitrust Chronicle* (September 2024), p. 5.

(82) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1491 (2022).

(83) Herbert Hovenkamp, *Antitrust and Digital Refusals to Deal*, *Network Law Review* (11 September 2024), <https://www.networklawreview.org/digital-refusals-to-deal/>.

(84) 事实上，分发渠道也是一种特殊的投入品，即企业在将产品送达用户手中的过程中使用的一种分发服务投入品。

(85) Areeda & Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, para. 771c (2024).

(86) Brief for the American Antitrust Institute as Amicus Curiae in Support of Plaintiffs-Appellants at 19–28, *Simon & Simon, PC v. Align Tech., Inc.*, No. 24–1703 (9th Cir. 5 August 2024).

行为本身的多样性及其相应竞争损害效果的多样性。最后，尽管他指出邻市拒绝交易与搭售、独家交易等有条件拒绝交易行为之间存在紧密联系，但并未澄清它们之间的适用边界。

（四）完善二分法分析框架对我国的重要意义

更加深入地探讨这一二分法的正确理解与适用，对于我国反垄断法拒绝交易制度的构建和完善具有重要借鉴意义。我国《最高人民法院关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第38条第1款规定，认定非法拒绝交易行为的条件之一是“拒绝交易行为排除、限制上游市场或者下游市场的竞争”。这里的“上游市场”和“下游市场”可理解为分别对应本级市场和相邻市场，也可理解为仅指两种相邻市场之一。但该条对于如何评价拒绝交易对这些市场的竞争损害，未提供更明确的指引。⁽⁸⁷⁾

我国反垄断执法机关和法院在个案中处理拒绝交易案件时，虽适用了某种版本的竞争损害理论，但总体而言亦未提供清晰的指引。例如，在泉州某殡仪服务公司案⁽⁸⁸⁾中，最高人民法院对于具有独占地位的公共事业似乎采用某种版本的必需设施理论，但同时要求考察拒绝行为“是否导致排除、限制上游市场或下游市场的竞争，是否损害消费者的利益”。法院指出，“泉州某殡仪服务公司乙所处的基本殡葬服务市场属于上游市场，泉州某殡仪服务公司甲所处的殡仪中介服务市场属于下游市场”，乙拒绝为甲办理代死者亲属申办遗体火化业务属于拒绝交易行为。⁽⁸⁹⁾法院还认定，该行为导致“甲被彻底排除在泉州市中心市区的殡仪中介服务市场之外，排除、限制了泉州市中心市区的殡仪中介服务市场的竞争”。但法院并未具体分析，除了排斥本案原告之外，涉案拒绝交易行为如何损害了市场竞争以及损害的程度如何。

在宁波森浦信息技术有限公司滥用市场支配地位案（下称森浦案）中，涉案拒绝交易行为更符合本市拒绝交易行为的特征：我国境内有6家获批设立的货币经纪公司，其中上海国利规模最大；这些经纪公司开展业务过程中产生的债券实时报价及成交数据，是金融信息服务商生产加工债券声讯经纪实时交易数据产品、开展债券信息服务的重要投入品。宁波森浦信息技术有限公司（下称宁波森浦）是这一金融信息服务市场的重要参与者，与上海国利达成独家数据销售协议，但拒绝向其竞争对手销售其代理的上海国利的数据。然而，执法机关将“封锁效应”作为拒绝交易行为具有排除、限制竞争效果的论据，但也没有对此展开论述。⁽⁹⁰⁾

运用本市一邻市拒绝交易二分法的分析框架，有助于澄清前述案件中交易主体之间的关系，明确拒绝交易行为的类型，选用正确的竞争损害理论，从而开展有针对性的案件分析，科学落实法定的“排除、限制竞争”要件。

(87) 2023年3月10日，国家市场监督管理总局发布的《禁止滥用市场支配地位行为规定》第16条甚至未规定，认定拒绝交易行为为非法须考察排除、限制竞争效果。

(88) 最高人民法院民事判决书，(2021)最高法知民终242号。

(89) 因此该案拒绝交易属于本文讨论的邻市拒绝交易行为。

(90) 上海市市场监督管理局行政处罚决定书沪市监反垄处(2024)202302号（“当事人的拒绝交易行为，阻碍了单一货币经纪公司债券声讯经纪实时交易数据的畅通流动和公开可获得性，导致其他金融信息服务商无法开展具体债券声讯经纪实时交易全数据服务经营活动，形成市场封锁，造成下游市场涉案期间仅有当事人一个卖方经营者的情况，排除、限制了相关市场竞争”）。

三、本市—邻市拒绝交易二分法的基本分析框架

(一) 本市拒绝交易与邻市拒绝交易的场景分析

1. 本市拒绝交易的典型场景

在本市拒绝交易场景中，拒绝者使用涉案资产开展某项主营业务，寻求使用者计划使用该资产与其在同一业务市场开展竞争。其典型场景是，支配地位企业 DF 开发了一项重要技术 I，但它并不直接销售该技术，而是将其作为开发和销售某种主产品⁽⁹¹⁾ A 的投入品；竞争对手 R 寻求使用此技术，以便将其作为投入品开发自己版本的 A 产品。⁽⁹²⁾ 例如，苹果 iPhone 手机使用很多专有技术并由此获得独特的竞争优势，其他手机制造商要求苹果公司向其许可这些技术。⁽⁹³⁾

质言之，本市拒绝交易场景中，竞争对手寻求销售的产品，所使用的核心技术完全或主要由 DF 开发。⁽⁹⁴⁾ DF 的涉案行为仅限于拒绝 R 提出的使用此投入品的提议，目的仅在于维持自己在本市品市场上的支配地位（如图 3 中①、图 4a）。因此，本市拒绝交易这一概念实际上刻画的是横向拒绝交易的场景。

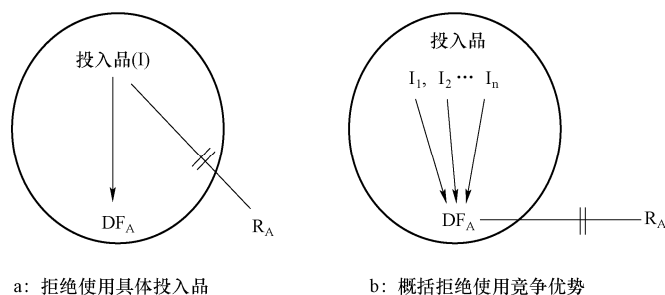


图 4 本市拒绝交易的典型场景

例如，在阿斯攀案⁽⁹⁵⁾中，被告在阿斯攀地区拥有三座高山滑雪场（涉案设施），但它拥有这些设施的目的是使用它们向消费者提供滑雪服务，而非销售给其他经营者作为投入品提供相竞争的滑雪服务。因此，本案中被告拒绝向原告提供滑雪场作为提供滑雪服务投入品的行为，属于本市拒绝交易，该案按照较严苛的拒绝交易评判标准进行考察是恰当的。然而，本案的特殊之处在于，被告曾自愿使用这些设施作为投入品与原告就提供此等滑雪服务开展合作，但之后单方终止了合作。法院据此创设了一项有限的交易义务。

(91) 为了与相邻市场产品（secondary product，简称“邻市品”）相对应，主产品（primary product）以下统称“本市品”，其所在的市场称为“本级市场”（简称“本市”），邻市品所在的市场称为“相邻市场”（简称“邻市”）。

(92) Areeda & Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, para. 771c (2024) (“‘本市’拒绝交易涉及被告拒绝与他人分享其至关重要的产品本身”）。

(93) Herbert Hovenkamp, *Antitrust and Digital Refusals to Deal*, Network Law Review (11 September 2024), <https://www.networklawreview.org/digital-refusals-to-deal/>.

(94) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 Yale Law Journal 1483, 1507, 1527 (2022).

(95) *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

在 Morris 案中，被告 TGA Tour 公司刚刚开发出一套实时追踪高尔夫球巡演赛得分情况的技术。原告是一家小媒体公司，指控被告在自己公开发布得分数据前，拒绝让原告免费发布这些数据。⁽⁹⁶⁾ 这一拒绝交易指控的核心是，原告希望利用被告投入巨大资源开发的计分技术，开发与其直接竞争的产品。这是一种彻头彻尾的“搭便车”行为。因此，此案拒绝交易属于本市拒绝交易。

前文分析假定 R 试图分享 DF 的某个重要投入品 I，DF 拒绝与其分享此投入品。本市拒绝交易场景中（尤其在数字平台场景中），DF 的竞争优势有时是多种因素（投入品）共同作用的结果，R 寻求接入 DF 的平台或网络或者寻求与其合营，而非明确指出要使用其某个具体重要投入品。此时 R 实质上是希望概括性地使用那些给 DF 带来竞争优势的所有投入品，DF 的拒绝行为则是概括性地拒绝其使用这些投入品（图 4b）。

例如，苹果《App 审核指南》第 3.2.2 条禁止竞争性应用商店上架 App Store：不允许申请上架的应用“创建与 App Store 类似且用于显示第三方 App、扩展功能或插件的界面，或将其作为热门 App 的合集”。⁽⁹⁷⁾ 同样，2014 年谷歌将亚马逊的 App Store 应用从其 Play Store 应用商店中下架。⁽⁹⁸⁾ 显而易见，由于竞争性的应用商店能够从苹果或谷歌应用商店分流用户，与它们在同一市场上构成直接竞争关系，“此种情况下要求接入（竞争对手的应用商店），将在事实上强迫（苹果或）谷歌帮助竞争对手取代自己的应用商店，作为它们合法创建的主要应用分发渠道”。⁽⁹⁹⁾ 此举旨在分享它们综合性的竞争优势，亦应认定为本市拒绝交易。

2. 邻市拒绝交易的典型场景

在邻市拒绝交易场景中，被拒绝者寻求销售的并非支配地位企业 DF 本市品 A 的竞争版本，而是一个在相邻市场上经营的、与 A 不具有直接竞争关系的产品 B（邻市品），但是“除非竞争对手能以某种方式接入本市品或与之互联，否则便无法有效分销该产品或者实现其货币化”。⁽¹⁰⁰⁾ 质言之，此时涉及两个不同的相关市场，DF 的重要资产位于本市品 A 所处的市场（即本级市场），请求交易者的产品位于另一个相关市场即 B 产品所处的市场（即相邻市场）。相邻市场可能是上游市场、下游市场或者其他邻近市场。如果 DF 拒绝 B 产品接入本市品 A，将影响其有效获取投入品或分发渠道的能力。由于 DF 并非拒绝本市竞争对手分享重要投入品，而只是拒绝相邻市场上的经营者（可能同时是竞争者）使用其本市品，我们称之为“邻市拒绝交易”（图 3 中②）。⁽¹⁰¹⁾

例如，苹果应用商店 App Store（本市品）是很多应用（邻市品）的重要分发渠道，为 iOS 系

(96) Morris Commc'ns Corp. v. PGA Tour, Inc., 364 F. 3d 1288, 1294 (11th Cir. 2004).

(97) Apple, 《App 审核指南》, <https://developer.apple.com/cn/app-store/review/guidelines/#business>.

(98) Chris Burns, *Amazon App Kicked out from Google Play*, Slash Gear (11 December 2014), <http://www.slashgear.com/amazon-app-kicked-from-google-play-11359190/>.

(99) Friso Bostoen & Daniel Mândrescu, *Assessing Abuse of Dominance in the Platform Economy: A Case Study of App Stores*, 16 European Competition Journal 431, 483 (2020).

(100) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 Yale Law Journal 1483, 1503 (2022).

(101) Areeda & Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, para. 771c(2024) (“‘邻市’拒绝交易通常涉及依赖该至关重要的产品或平台进行分发的纵向关联产品或互补产品”).

统开发的应用需要上架 App Store 才能有效分发；某产品（邻市品）的第三方卖家需要入驻亚马逊在线交易平台（本市品），进行产品分销或营销；脸书平台（本市品）是企业宣传的重要渠道，某款应用（邻市品）的开发者需要使用脸书的 API 才能接入其平台。⁽¹⁰²⁾ 在以上例子中，如果平台拒绝应用或产品使用其分发、销售、宣传渠道，属于邻市拒绝交易。

司法实践中存在大量此类案例。例如，在诺威尔诉微软案⁽¹⁰³⁾中，微软公司在 PC 操作系统（本市品）市场具有市场势力，同时销售各种应用软件（邻市品），如 Office 套装软件。原告销售的应用软件 Wordperfect 与 Office 套装中的 Word 软件竞争。应用软件要有效运作必须与操作系统兼容，为此需要获得视窗 95 的 API。微软曾提供视窗 95 测试版的 API，但微软随后计划推出自己的办公套件，因此在视窗 95 正式版中停止继续与独立软件开发者（ISV）分享一类名叫“namespace extensions”（NSE）的 API 信息。这导致原告开发与视窗 95 兼容应用软件的难度加大，时间延长，从而降低其在相邻市场上的竞争力。

又如，在 Greenflight 案中，原告是提供反向电话号码查询服务的网络开发者，它指控谷歌公司利用其在通用搜索服务市场上的垄断势力，通过减少原告从被告搜索引擎获得的流量，损害相邻市场上的竞争，其中一个受损的相邻市场是垂直搜索提供者市场；谷歌在此市场与包括原告在内的第三方应用竞争，包括 Google Shopping、Google Flights。⁽¹⁰⁴⁾ 原告援用的理论之一是，谷歌前述行为构成违反《谢尔曼法》第 2 条的拒绝交易行为。⁽¹⁰⁵⁾

在 Subspace 案中，亚马逊 AWS 是云服务提供商，原告为客户提供网络优化服务，但为此需要接入 AWS 的网络。亚马逊公司在后一市场提供类似网络优化服务。⁽¹⁰⁶⁾ 它通过各种方式降低原告与其网络实现互联的质量，从而抢走原告最大的客户。⁽¹⁰⁷⁾

在西蒙诉爱齐案中，原告主张被告爱奇公司在牙齿矫治器市场以及用于制作矫治器的牙科扫描仪市场具有垄断地位，将其自己的矫治器与自己的扫描仪设计成仅彼此兼容。2015 年，被告与另一家扫描仪厂商 3Shape 达成“互操作协议”，允许其矫治器兼容后者的扫描仪。但由于双方在一些交易条件上的分歧，被告终止了互操作协议。⁽¹⁰⁸⁾ 牙科扫描仪（邻市品）需要与牙齿矫治器（本市品）兼容，牙医才能使用它为患者订购牙齿矫治器，否则扫描仪将失去分发渠道和用途。由此，终止互操作协议的行为构成自我优待型的邻市拒绝交易行为。⁽¹⁰⁹⁾

{ 102 } Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 Yale Law Journal 1483, 1541–1542 (2022).

{ 103 } *Novell, Inc. v. Microsoft Corp.*, 731 F.3d 1064, 1067, 1068–1069 (10th Cir. 2013).

{ 104 } *Greenflight Venture Corp. v. Google LLC*, No. 24–CV–80395, 2024 WL 4723121, at *1 and 4 (S.D. Fla. 8 November 2024).

{ 105 } *Greenflight Venture Corp. v. Google LLC*, No. 24–CV–80395, 2024 WL 4723121, at *6 (S.D. Fla. 8 November 2024).

{ 106 } *Subspace Omega, LLC v. Amazon Web Services, Inc.*, No. 2: 23–CV–01772–TL, 2024 WL 5202517, at *2 (W.D. Wash. 23 December 2024).

{ 107 } *Subspace Omega, LLC v. Amazon Web Services, Inc.*, No. 2: 23–CV–01772–TL, 2024 WL 5202517, at *8–9 (W.D. Wash. 23 December 2024).

{ 108 } *Simon & Simon, PC v. Align Technology, Inc.*, 533 F. Supp. 3d 904, 918 (N.D. Cal. April 2021).

{ 109 } Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 Yale Law Journal 1483, 1505 (2022); Brief for the American Antitrust Institute as Amicus Curiae in Support of Plaintiffs-Appellants at 20, *Simon & Simon, PC v. Align Tech., Inc.*, No. 24–1703 (9th Cir. 5 August 2024)（该建议书将此行为视为典型的邻市拒绝交易行为）。

（二）本市拒绝交易与邻市拒绝交易的区分标准

1. 被拒品是“本市品”还是本市品的“投入品”？

由图3可知，本市拒绝交易与邻市拒绝交易中均可能呈现出“上游品”与“下游品”之间的关系，因此二者存在双向混淆的风险。一方面，在本市拒绝交易场景中，被拒品I是生产本市品A所需的投入品，即存在“I是A的投入品”的关系。同样，在邻市拒绝交易场景中，A产品是B产品经营所需的必要互补品，有时直接呈现为“A是B的投入品”的关系。⁽¹¹⁰⁾此时它与本市拒绝交易场景中“I是A的投入品”具有相同外观。另一方面，邻市拒绝交易是跨市场的拒绝交易，往往以存在纵向交易关系为前提，如B是A的下游品。同样，本市拒绝交易场景中表面上看I与A处于纵向关系，拒绝R_A使用I似乎也属于纵向拒绝交易（邻市拒绝交易的一个子类）。这样看来，本市拒绝交易与邻市拒绝交易似乎没什么区别，都是拒绝他人使用经营所需的“投入品”。

例如，Woodcock在讨论拒绝交易时写道：“在美国反垄断法传统上，‘拒绝交易’仅用以指代如下场景：单一企业拥有对参与下游市场而言至关重要的某种投入品的大部分或全部，它试图拒绝向与自己在该下游市场有竞争关系的下游企业供应该投入品（或者以较差质量供应）。（要认定此拒绝交易非法，）还必须证明它在下游市场中的垄断势力，还可能证明先前存在有利可图的交易过程。”⁽¹¹¹⁾

Woodcock的这一描述以一种纵向交易的视角描述横向拒绝交易行为，实质是将本级市场中I与A的关系误读成了相邻市场中A与B的关系。质言之，其所谓的“上游市场”实际是投入品I所在的市场，而不是本市品A所在的市场；而其所谓的“下游市场”实际是指本市品A所在的市场（即本级市场），而不是邻市品B所在的市场（即相邻市场）。例如，在阿斯攀案中，高山滑雪场是投入品，滑雪服务是本市品，滑雪服务所在的市场是本级市场，而非一个（并不存在的）高山滑雪场市场的下游市场。本案中，需要考察的市场势力正是被告在“本级市场”（滑雪服务市场）上的市场势力，而非某个“下游市场”上的市场势力。

因此，在涉及所谓上下游拒绝交易时，应重点关注“上游品”（被拒品）是否构成真正独立的产品。只有被拒品构成独立产品时，它与“另一产品”（即Woodcock所谓的“下游品”）才构成相邻关系。

如果被拒品只是生产另一产品的投入品，并不在或者不适合在市场上交易，它本身就不存在于一个相关市场，不应围绕它界定相关市场，用它生产的“另一产品”才是存在于某个相关市场的产品。⁽¹¹²⁾这时不应将它们视为两个位于不同市场的、相互独立的产品，其间关系不应适用“本

(110) AB之间的互补关系有时呈现为A和B均为生产第三种产品的投入品。

(111) Ramsi Woodcock, *Why All Antitrust Claims Are Refusal to Deal Claims and What that Means for Policy*, CPI Antitrust Chronicle (27 September 2024), p. 20; Case C-418/01, *IMS Health GmbH v. NDC Health GmbH*, ECLI: EU: C: 2004: 257, para. 44（将上下游环节等同于上下游市场），49（将下游品所在市场称为“相邻市场”）。

(112) Herbert Hovenkamp, *Market Power in Aftermarkets: Antitrust Policy and the Kodak Case*, 40 UCLA Law Review 1447, 1457-1458 (1993).

市品—邻市品”的框架进行分析。只有当被拒品本身是一种在市场上交易的产品时，它与“另一产品”之间的关系才能适用“本市品—邻市品”的框架。

区分前述两种不同关系的重要标准是，“上游品”（被拒品）除了作为“下游品”的投入品之外，是否还存在其他重要需求。⁽¹¹³⁾ 如果答案是否定的，说明它只是生产“下游品”的投入品，事实上并不构成一种独立产品，它与“下游品”不构成上下游关系，而应视为“投入品—本市品”（I-A）关系。

如果不曾有任何“上游品”的生产者将其单独销售，则可以说明它不存在其他重要需求。例如，被告投入大量资金构建了一个卫星网络，可用于向用户提供高速上网服务，并使其在乡村地区实现了上网服务垄断。由于这些卫星仅用于提供上网服务，它并非一个独立的产品，而只是开发某一产品（上网服务）的投入品，因此卫星不构成一个独立产品，上网服务也不构成一个“下游产品”；此时卫星是投入品，上网服务是本市品。因此，被告拒绝上网服务竞争者使用其卫星的行为，属于本市拒绝交易行为。⁽¹¹⁴⁾

又如，在多林克案中，在位本地交换运营商（ILEC）投资建造自己的电话网络（尤其是其中的组分），目的在于向用户提供本地电话服务，而非作为投入品提供给其他同类电话服务经营者。联邦最高法院称这些独立的组分“仅仅深藏于威瑞讯公司（本案 ILEC）的碗底”，《1996 年电信法》的互联互通义务“创设了某种全新的产品——租赁网络成分的批发市场”，这一义务要求“向竞争对手而非消费者提供”这些组分。⁽¹¹⁵⁾ 因此，在反垄断法视角下，这些组分与提供电话服务之间属于投入品—本市品的关系，拒绝提供行为属于本市拒绝交易行为。

如果“上游品”的某些生产商选择将其单独销售，另一些生产商选择不单独销售，则围绕“上游品”存在一个市场，但后一类生产商并非该市场的参与者，不应将其生产的“上游品”纳入该市场。例如，在 Psystar 案中，Psystar 公司生产开放性的 PC 硬件系统，并使用苹果公司的 MacOS、微软公司的多款操作系统以及 Linux 操作系统组装电脑销售。虽然后两种操作系统选择了向硬件系统开放的商业模式，苹果公司则选择了封闭操作系统、不向第三方硬件系统开放的商业模式。⁽¹¹⁶⁾ 由于苹果公司选择一体化模式，将电脑而非操作系统作为销售的产品（即 A 产品），强迫其向电脑市场上的竞争对手提供操作系统，属于要求它协助本市品竞争对手，会严重削弱其投资激励，应识别为本市拒绝交易行为。

2. “邻市品”是否构成“本市品”的实际或潜在竞争品？

在确认“上游品”并非投入品而是独立“本市品”A 的前提下，还需要考察“下游品”B 与“上游品”A 之间的关系，以识别二者是否具有实际或潜在竞争关系。

(113) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1540–1541 (2022).

(114) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1540–1541 (2022).

(115) *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 410 (2004).

(116) *Apple, Inc. v. Psystar Corp.*, 586 F. Supp. 2d 1190, 1193–1194 (N.D. Cal. 2008).

如果二者具有实际竞争关系，其间的拒绝交易毫无疑问是竞争者之间的拒绝交易行为，属于本市拒绝交易行为。例如，FTC 诉脸书案争议的行为之一是，脸书（后更名为 Meta）人为设置互操作权限，要求使用其核心服务（社交网络服务脸书蓝）API 的应用程序不得采取直接威胁脸书蓝的行为，如整合、链接到、促销、分发或转引到竞争社交平台，或者将脸书用户数据转向这些竞争社交平台。同时，脸书还切断了与直接提供竞争个人社交网络服务的应用（如 Path）、具有社交功能的应用（如 Vine、Circle）以及具有邻近功能的应用（如短信服务应用）之间的 API。⁽¹¹⁷⁾ 由于被拒绝接入或分享的平台与脸书蓝提供相同的社交服务，虽然它们表面上是不同产品，实则存在现实的竞争关系，此举属于本市拒绝交易行为。

即便二者之间并不具有实际竞争关系，如果“下游品”或邻市品 B 的进一步发展可能与本级市场发生交叉，或者对本级市场造成其他冲击（如根本性的破坏），其间便具有了潜在竞争关系（如图 5）。此际，如果相互间发生拒绝交易行为，尽管它们表面上是邻市拒绝交易，本质却是拒绝协助本级市场上的（潜在）竞争对手，因此更适合用本市拒绝交易的逻辑进行分析。

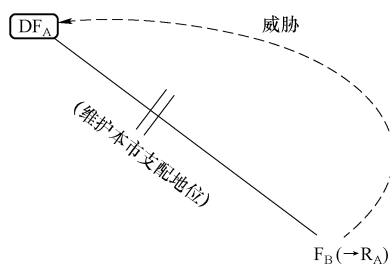


图 5 潜在竞争关系型本市拒绝交易

例如，在 SiteLink 案⁽¹¹⁸⁾中，SiteLink 公司为自助仓储业务提供在线设备管理软件。其软件一向采用封闭 API 政策，任何人要接入该软件都必须获得授权许可，授权许可包含一项重要限制，即被许可人不得从事与 SiteLink 商业利益有冲突的行为。RedNova 也是一家软件公司，利用 SiteLink 管理软件上的相关数据为它们的共同客户提供辅助服务，因此 SiteLink 开放 API 许可给 RedNova。但在合作过程中，RedNova 开发了自己的在线设备管理软件，并开始进入 SiteLink 的业务领域与之竞争。SiteLink 认为 RedNova 违反了 API 许可协议，将其诉至法院，RedNova 反诉 SiteLink 拒绝授权构成垄断行为。本案中，尽管 RedNova 先前仅提供与 SiteLink 管理软件互补的产品，但案发之际已开始提供与 SiteLink 主市品相同的产品，具有了真实的潜在竞争关系（甚至实际竞争关系）。SiteLink 通过起诉拒绝与 RedNova 合作的行为，应视为本市拒绝交易行为。

平台经济领域发生潜在竞争的可能性尤为突出。一方面，平台通常采用生态圈策略，任何平台企业都有业务扩展的动力和高度可能性；另一方面，平台经营所需的技术往往具有高度延展性，

(117) Fed. Trade Comm'n v. Facebook, Inc., 560 F. Supp. 3d 1, 10 (D.D.C. 2021).

(118) SiteLink Software, LLC v. Red Nova Labs, Inc., No. 14 CVS 9922, 2016 NCBC LEXIS 45 (N.C. Super. Ct. 14 June 2016).

可以迅速用于其他市场。⁽¹¹⁹⁾ 即便第三方目前在本级市场与支配地位企业没有明显竞争关系，其业务亦可能迅速发展成本级市场产品的竞争者甚或颠覆者。⁽¹²⁰⁾

FTC 诉脸书案的另一争议是，FTC 指控脸书收购照片墙和 WhatsApp 的交易构成违反《谢尔曼法》第 2 条的垄断化行为。该案中，法院认定照片墙可能构成脸书蓝的实际竞争者，WhatsApp 构成脸书蓝的新兴威胁（潜在竞争者）。⁽¹²¹⁾ 尽管该案争议的行为是并购交易而非拒绝交易，法院有关交易双方之间竞争关系的分析，对于理解拒绝交易场景中竞争关系的认定，仍然很有借鉴意义。

脸书蓝是基于 PC 端的个人社交网络服务平台，照片墙则是主要面向移动端的个人社交网络服务平台。收购发生时正值移动端平台的爆发期，脸书蓝正努力向移动端转型，并推出了与照片墙功能类似的产品 Facebook Camera 与之竞争，但其转型努力并不成功。基于这些事实，法院认定，照片墙对脸书蓝构成实际竞争威胁。与之不同，WhatsApp 的经营活动存在于一个相邻市场——通过互联网发送信息的 OTT 移动短信服务市场，它与脸书的类似产品 Face Messenger 存在现实竞争关系。但是，法院认定，脸书面临的真正威胁并非 WhatsApp 可能在 OTT 移动短信服务领域取得市场支配地位，而是它可能以此为跳板进入个人社交网络服务市场；这种业务扩展不但技术上具有可行性，商业模式上具有必然性，而且在亚洲已有类似业务扩展的先例。因此，法院认定，WhatsApp 可能构成脸书蓝的潜在竞争者。⁽¹²²⁾

美国司法实践中通常按照阿斯攀案规则分析此类拒绝交易行为，实质是将其作为本市拒绝交易行为对待。例如在诺威尔诉微软案中，如前所述，PC 操作系统是连接应用开发者和用户的双边平台，微软正式推出视窗 95 操作系统时拒绝提供开发 Perfect Office 所需的 API。原告起诉微软公司拒绝交易。由于指控微软公司垄断应用市场的诉讼时效已过，它被迫使用微软公司维持在 PC 操作系统市场上垄断地位的竞争损害理论⁽¹²³⁾：由于 Perfect Office 具有跨平台能力以及某些操作系统功能，它具有协助竞争操作系统发展从而削弱视窗操作系统支配地位的效果，从而与视窗操作系统具有潜在竞争关系。法院将此行为界定为拒绝交易行为，并按照阿斯攀案规则进行审查。⁽¹²⁴⁾

3. 本级市场与相邻市场具有相对性

任一市场上的产品生产都需要一定的投入品，本市品 A 是这样（图 3、图 4），邻市品 B 同样如此。前两项区分标准分别关注本市品 A 与其投入品 I（标记为 I_A ）之间的关系，以及本市品 A 与邻市品 B 之间的关系。在涉及拒绝交易的案件中，还需要关注一重关系，即邻市品 B 与其投入

(119) Nicolas Petit, *Big Tech and the Digital Economy: The Monigopoly Scenario*, Oxford University Press, 2020, p. 143.

(120) 美国《2023 年并购指南》将此作为一个重要关切对象，并试图以第四项指导原则（“在集中市场上消除潜在进入者的并购，可能违法”）处理这种关切。U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Merger Guidelines*, 18 December 2023.

(121) Fed. Trade Commission v. Meta Platforms, Inc., No. CV 20-3590 (JEB), 2024 WL 4772423, at*29 (D.D.C. 13 November 2024).

(122) Fed. Trade Commission v. Meta Platforms, Inc., No. CV 20-3590 (JEB), 2024 WL 4772423, at*29-33 (D.D.C. 13 November 2024).

(123) 这一理论因为与美国诉微软公司案使用的竞争损害理论相同而发生时效中止。

(124) *Novell, Inc. v. Microsoft Corp.*, 731 F.3d 1064, 1070, 1074 (10th Cir. 2013).

品 I (标记为 I_B) 之间的关系。

图 6 是对图 3 的扩充, 将原本的邻市品 B 进一步呈现为“投入品—产品”(I_B -B) 的关系, 并呈现这一市场上可能发生的本市拒绝交易行为 (即图 6 中③所展示的情形)。如果 DF 同时在 A、B 产品市场经营, 它便可能在两个市场与 R_B 发生交易关系: 在 A 产品市场作为 B 产品的投入品或渠道供应商, 在 B 产品市场作为 B 产品的投入品供应商。因此, 当 DF 与 R_B 之间发生拒绝交易时, 便可能发生在这两个不同的市场层面, 进而可能发生邻市拒绝交易与本市拒绝交易的混淆。在前文分析的邻市拒绝交易场景 (图 6 中②) 中, DF 拒绝 R_B 接入或使用其 A 产品, 影响 R_B 生产经营自己独立开发的 B 产品。

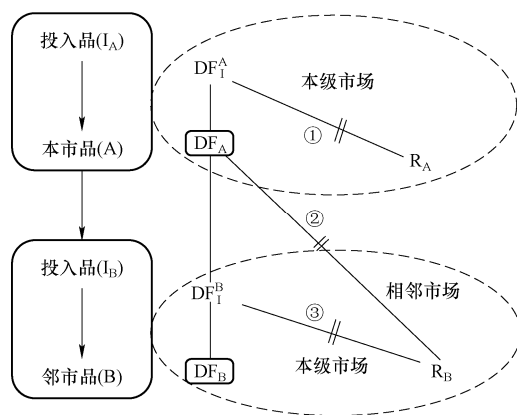


图 6 扩充版本市拒绝交易与邻市拒绝交易的关系图

然而, 如果 DF 在 B 产品市场经营 (DF_B) 时使用自己独特的投入品 I_B , 竞争对手 R_B 希望利用该投入品开发自己的 B 产品, 它实质上是要求 DF (记作 DF_I^B) 在 B 市场上协助其开发自己的 B 产品。这会在 B 产品市场上造成削弱投资激励的风险, 与前述 A 产品市场上强迫交易行为的阻吓投资激励风险相同。例如, 苹果公司 App Store (本市品) 是应用程序的重要分发渠道。假设苹果公司推出一款空气检测应用 (邻市品), 该款应用使用苹果公司投入资金布设的大量传感器。如果一个竞争对手希望使用苹果公司的传感器, 以开发一款与之竞争的空气质量应用, 其显然是希望对苹果公司在此邻市品方面的投资进行搭便车。⁽¹²⁵⁾

本例中, 如果苹果公司拒绝竞争对手的空气检测应用上架 App Store, 应该按照邻市拒绝交易行为审查。如果苹果公司允许其上架 App Store, 但拒绝其使用自己的传感器系统, 则应按照本市拒绝交易行为进行审查, 评价对象是发生于空气检测应用市场上的拒绝交易行为。这一市场虽然相对于 App Store 而言是相邻市场, 相对于被拒品传感器系统而言却是本级市场。

(125) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1541 (2022).

四、拒绝交易行为判断标准的类型化

艾瑞克认为，本市拒绝交易与邻市拒绝交易应适用不同的评价标准。对于前类拒绝交易，反垄断法应放弃评价；对于后类拒绝交易，则应采用类似于搭售、独家交易的显著封锁效应理论。笔者认为，本市拒绝交易与邻市拒绝交易只是从表现形式上对拒绝交易行为所作的区分，并不具有固定法律效果的意义。尤其是邻市拒绝交易包含多种具体形式。例如，根据 DF 是否同时在涉案相邻市场参与经营，其损害竞争的动机存在较大差异，造成的竞争损害类型也有所不同。邻市拒绝交易行为仅仅描述了本市品与邻市品分属于不同市场的市场结构特征，其本身并未直接揭示可能造成的竞争损害的类型。⁽¹²⁶⁾ 因此，有必要在邻市拒绝交易大类之下继续推进类型化分析。

（一）本市拒绝交易行为的评价标准

1. 本市拒绝交易场景中施加交易义务的负面影响

传统上认为，本市拒绝交易行为引起的竞争关切在于，它可能在支配地位企业的本级市场产生排斥竞争效果，即“损害竞争对手开展有效竞争的能力”。然而，该理论存在缺陷。本市拒绝交易场景中，由于拒绝交易行为直接涉及本级市场上的竞争对手，拒绝后者使用重要资产显然会影响其竞争能力——如能获得支配地位企业的投入品，它立刻便可推出相同或近似的本市品；拒绝行为则导致其至少短期内无法获得这一竞争能力。因此，如果仅以此为判断标准实施反垄断干预，将造成极大的负面效果。⁽¹²⁷⁾

这种负面干预效果包括如下两个方面：第一，强制支配地位企业与竞争对手分享其关键投入品技术，以允许后者迅速开发相竞争的产品，将直接影响支配地位企业开发此投入品的激励。“先行企业是否会认为值得开发（助其垄断产品市场的）投入品技术，主要取决于它预期从此技术中获得的利润。”“如果该企业被迫允许潜在竞争对手复制其本市品，从而放弃垄断地位，它从（自己开发的技术中预期获得的）利润将大幅减少。”⁽¹²⁸⁾ 第二，如果竞争对手能够轻易获准使用支配地位企业开发的重要投入品，将为其提供一个对在位企业的创新成果实施“搭便车”的可靠渠道，因此会大幅减弱其投资开发该投入品竞争版本的激励。⁽¹²⁹⁾ 除此之外，强制交易义务将使执法机构和法院陷入管制者的角色，并为合谋创造条件。⁽¹³⁰⁾ 正因为如此，如前所述，传统反垄断法对拒绝交易采取极端谨慎的干预态度。

相反，本市拒绝交易场景中允许支配地位企业拒绝竞争对手使用其关键投入品，不但不会对各方投资激励造成负面影响，甚至会有激励作用。其一，由于可以拒绝竞争对手分享自己创造的

(126) 艾瑞克认为，邻市拒绝交易对应于显著封锁效应。这种理解忽视了邻市拒绝交易行为竞争损害类型的多样性。

(127) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1487, 1508 (2022).

(128) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1528 (2022).

(129) Howard A. Shelanski, *Unilateral Refusals to Deal in Intellectual and Other Property*, 76 *Antitrust Law Journal* 369, 382–383 (2009).

(130) *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 407–408 (2004).

有价值资产，支配地位企业对投资的收益权得到保障，这会激发企业开发重要投入品。其二，支配地位企业拒绝竞争对手使用其投入品的行为，并不会对后者开发自己版本投入品的能力造成任何影响，也没有对其市场机会形成任何人为约束。因此，拒绝交易不会人为削弱竞争对手投资于相关投入品的激励。相反，由于断绝了对在位企业“搭便车”的机会，竞争对手可能有更大的激励“背水一战”。⁽¹³¹⁾

商业实践表明，创新从来都是绝处逢生的结果，而非一帆风顺环境下的产物，越有障碍越能够激发企业的创新动力。例如，2019年5月美国将华为列入制裁的实体清单，禁止华为手机使用安卓操作系统，这一禁令促使华为将“备用”的操作系统项目仓促“扶正”并加快了自给自足和自主创新的步伐。⁽¹³²⁾ 研究机构 Counterpoint Research 发布的调研数据显示，2024年第一季度鸿蒙操作系统首次超越 iOS 系统，成为中国市场第二大移动操作系统。2024年第四季度安卓、鸿蒙和 iOS 系统在中国的市场份额分别为 64%、19%和 17%。⁽¹³³⁾ 近年来美国对中国实施高端芯片封锁政策，不但激发了中国自研芯片产业的发展，而且促使中国企业开辟出 DeepSeek 这样不依赖高算力的人工智能发展之路。

创造力研究大师罗伯特·弗里茨指出，“真正有创造性的人深知，所有创造都是在一定约束条件下实现的。没有约束条件就没有创造”。著名管理大师彼得·圣吉将愿景与现实之间的差距视为创造性能量的源泉，并将这种差距命名为“创造性张力”。⁽¹³⁴⁾ 这些实践和论点为本市拒绝交易适用严苛审查标准提供了依据。

2. 本市拒绝交易场景中应坚持严苛的判断标准

前述考量说明，在本市拒绝交易案件中，应该极其谨慎地进行反垄断干预，尤其是考虑反垄断法严厉的处罚机制——不分享就重罚！艾瑞克甚至主张对本级拒绝交易采用推定合法的态度，除非有“外部法律渊源（如知识产权法或者监管法）表明支配地位企业被告不应该享有排斥竞争对手的权利”⁽¹³⁵⁾，易言之，反垄断法将本市拒绝交易违法与否的判断权完全让渡给其他法律。这种主张未免过于审慎。⁽¹³⁶⁾

实践中，美国和欧盟反垄断法都在有限程度上承认本市拒绝交易可能违反反垄断法。美国阿斯攀案实际上就是一个本市拒绝交易案件。⁽¹³⁷⁾ 该案发展出来的关于拒绝交易的反垄断法规则，事实

(131) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1527–1528 (2022).

(132) 管筱璞、李云舒：《鸿蒙会带来什么》，载《中国纪检监察报》2021年6月4日，第4版。

(133) *Global Smartphone Sales Share by Operating System* (12 March 2025), <https://www.counterpointresearch.com/Insights/Global-Smartphone-OS-Market-Share/>.

(134) [美]彼得·圣吉：《第五项修炼：学习型组织的艺术与实践》，张成林译，中信出版社2009年版，第148、153页。

(135) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1525 & 1534 (2022).

(136) 《反托拉斯法释论》并未完全否定反垄断法对本市拒绝交易的评价权。Areeda and Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, para. 771c (2024); Herbert Hovenkamp, *Antitrust and Digital Refusals to Deal*, *Network Law Review* (11 September 2024), <https://www.networklawreview.org/digital-refusals-to-deal/>.

(137) 多林克案中，联邦最高法院将该案描述为一个有关“拒绝与竞争对手合作”的反垄断法先例。Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 408 (2004). 该案案情显示，这里的“竞争对手”显然是指在本级市场的竞争对手。

上较好地权衡了投资激励与市场投资之间的关系。欧盟竞争法同样认可，在支配地位企业“为了自身业务所需而开发出”某种设施的情况下，若要认定拒绝交易非法，须满足 Bronner 案设定的严格标准（即不可或缺性标准）：涉案投入品不存在替代方案（即便是更差的），以及复制它是“不可能的或存在不合理的难度”。^{〔138〕}若非这种情况，如先前已经准许他人使用其设施，或者按照监管制度存在接入义务，则不适用 Bronner 案的不可获缺性标准，而只须满足不太严苛的显著封锁标准。^{〔139〕}

具体到平台封禁领域，如果某支配性平台通过绩效竞争掌握了一种重要的投入品，如核心技术、重要数据、关键知识产权，竞争对手寻求获取此等投入品以开发与该平台相近似的平台，基于前述分析，应当推定该平台没有与之分享此投入品的义务。然而，如果该平台与竞争对手曾联合开发某个网络，此网络的价值维系有赖于各方继续合作，并且竞争对手曾因信赖双方的持续合作而作了大量不可撤回的专向投资，则为了维护企业参与网络投资的激励，可对没有正当理由终止此等合作的支配地位企业施以交易义务。如果违反此义务的拒绝交易行为损害到市场竞争，则可认定为垄断行为。

（二）纯粹邻市拒绝交易行为的判断标准

1. 邻市拒绝交易场景中施加交易义务的负面影响有限

邻市拒绝交易行为当然会影响邻市品竞争对手的投资激励，因为它会导致竞争对手无法依靠绩效竞争取得成功。与此同时，由于企业的投资和创新动力在很大程度上取决于竞争压力，当支配地位企业仅凭邻市拒绝交易行为便能够战胜竞争对手时，它对此产品进行投资和创新的激励也会下降。^{〔140〕}

正因如此，在邻市拒绝交易案件中，如果相关行为产生了竞争损害，通过反垄断法施以交易义务，便不会像本市拒绝交易那样，对竞争对手或支配地位企业开发产品的投资和创新激励产生严重负面影响。相反，通过课以交易义务阻止支配地位企业从事削弱竞争对手邻市品投资和创新的激励的行为，有助于激励竞争对手进行投资和创新^{〔141〕}，同时也会给支配地位企业形成从事此等

〔138〕 Case C-418/01, *IMS Health GmbH v. NDC Health GmbH*, ECLI: EU: C: 2004: 257, para. 28. 在 Bronner 案中，被告 Mediaprint 报业公司拥有家庭投递系统（HDS），用于分发自己旗下的报纸；原告 Bronner 是一家小型报纸企业，主张此系统是分发报纸的必需设施，并要求接入其中。欧盟法院假定（但要求成员国法院查明确认）HDS 构成一个独立产品并且被告在此市场具有支配地位（Case C-7/97, *Oscar Bronner GmbH v. Mediaprint*, ECLI: EU: C: 1998: 569, paras. 34-35）。但该案事实表明，它更像是一个本市拒绝交易案件。Mediaprint 从未销售过 HDS 系统；仅在与另一家小型报纸企业深度合作过程中，作为一揽子服务包的一部分允许其接入此系统，即便欧盟委员会都认为，这种合作不等于向竞争对手提供 HDS 服务（para. 29）。在 IMS 案中，法院区分了上下游市场（Case C-418/01, *IMS Health GmbH v. NDC Health GmbH*, ECLI: EU: C: 2004: 257, para. 32），似乎表明这是一个邻市拒绝交易案件。但法院所谓的上游市场实际是上游生产环节，而非由真正独立产品构成的市场（para. 45），所谓的下游市场实为本级市场，因此本案实际是一个本市拒绝交易案件。

〔139〕 Case C-165/19P, *Slovak Telekom, a.s. v. European Commission*, ECLI: EU: C: 2021: 239, para. 50; Friso Bostoen, *The General Court's Google Shopping Judgment Finetuning the Legal Qualifications and Tests for Platform Abuse*, 13 (2) *Journal of European Competition Law & Practice* 75, 83-84 (2022); European 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. 82.

〔140〕 Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1528 (2022).

〔141〕 Brief for the American Antitrust Institute as Amicus Curiae in Support of Plaintiffs-Appellants at 22, *Simon & Simon, PC v. Align Tech., Inc.*, No. 24-1703 (9th Cir. 5 August 2024).

投资和创新的竞争压力。⁽¹⁴²⁾

在邻市拒绝交易案件中，即便认定支配地位企业拒绝交易行为违法并课以交易义务，也只是要求其不得人为干预邻市品的竞争。因此，并不会影响它在本级市场上的任何市场势力，它仍然可以从开发本市品中获得大量回报。⁽¹⁴³⁾

这种做法与搭售案件或知识产权案件类似。例如，在搭售案件中，在认定搭售违法之后，只是要求被告不得通过搭售行为在被搭售品市场获得竞争优势，但并不质疑其在搭售品市场上现有的市场势力。在知识产权案件中，如果支配地位企业依据某个知识产权（如专利）取得市场势力，它可以收取任何垄断利润，但不得借此实施超出知识产权法授权范围的行为损害其他市场的竞争，这种约束同样不影响其依据知识产权获得的市场势力本身。⁽¹⁴⁴⁾ 由于支配地位企业（如平台）通常已经与多个其他相邻产品经营者交易，存在可用的参考交易条件，处以交易义务也无须进行价格管制。⁽¹⁴⁵⁾ 平台封禁案件中尤其如此，因为平台天生就不是为了满足平台经营者自身业务需求（推出本市品）而开发，而是为了同时连接最终用户和商业用户而开发，因此接入第三方是必然的。⁽¹⁴⁶⁾

2. 二线歧视型邻市拒绝交易应以竞争扭曲效应为判断标准

假设支配地位企业并未参与相邻市场上的竞争，由于该市场与本级市场并不属于同一相关市场，分属两个市场上的经营者之间并不存在竞争关系。此时，支配地位企业并无动机损害相邻市场上的竞争。然而，此际支配地位企业仍然可能在相邻市场上仅对某些经营者实施拒绝交易，却与它们的竞争对手交易。易言之，支配地位企业可能在相邻市场与无关联经营者之间实施歧视性的拒绝交易行为（一种差别待遇）。

支配地位企业此举可能是出于正当理由，如某些相邻市场经营者违反支配地位企业的经营政策（如平台规则）或者资信状况可疑。这时的拒绝交易显然是合法的。然而，即便支配地位企业实施的拒绝交易行为没有任何正当理由，即所谓武断的差别待遇，也并不必然违反反垄断法。首先，按照反垄断法的基本分析框架，差别待遇行为要构成垄断行为，必须满足竞争损害要件（如图7）。⁽¹⁴⁷⁾ 其次，此种情况下，由于支配地位企业与被拒者之间不存在竞争关系，并且相邻市场竞争程度越高对其越有利⁽¹⁴⁸⁾，支配地位企业缺乏损害相邻市场竞争的激励。

(142) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1528 (2022).

(143) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1529 (2022); Brief for the American Antitrust Institute as Amicus Curiae in Support of Plaintiffs-Appellants at 21, *Simon & Simon, PC v. Align Tech., Inc.*, No. 24-1703 (9th Cir. 5 August 2024). 当然，它无权通过滥用这种市场势力，以损害竞争的方式获得更大的回报。这正是邻市拒绝交易行为规制规则主要规制的对象。

(144) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1529 (2022).

(145) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1531 (2022); Brief for the American Antitrust Institute as Amicus Curiae in Support of Plaintiffs-Appellants at 25, *Simon & Simon, PC v. Align Tech., Inc.*, No. 24-1703 (9th Cir. 5 August 2024).

(146) Case C-233/23, *Alphabet Inc. v. AGCM*, ECLI: EU: C: 2025: 110, para. 49.

(147) Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice* (6th ed.), West Academic Publishing, 2020, p. 735-738.

(148) [美] 克里斯蒂娜·博翰楠、赫伯特·霍温坎普：《创造无界限——促进创新中的自由与竞争》，兰磊译，法律出版社2016年版，第33-35页。

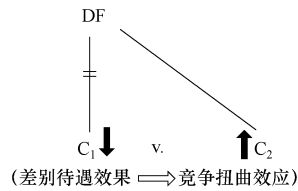


图7 差别待遇导致竞争扭曲效应

有鉴于此，在 DF 未参与相邻市场的场景中，应该适用差别待遇的二线损害理论^{〔149〕}，考察它对下游市场造成的“竞争扭曲效应”。^{〔150〕} 竞争扭曲效应并不是指简单地导致被歧视者受到歧视，甚或导致其竞争能力受到削弱。由于此种歧视是差别待遇行为的必然结果，若以此为标准将等同于禁止差别待遇行为本身。某个竞争者遭受损害甚至退出市场是否会影响所在市场的竞争状况，取决于该市场本身的总体状况，因此需要考虑该市场的总体竞争状况，以及涉案差别待遇行为对该市场竞争状况的影响。^{〔151〕} 按照竞争扭曲效应鲜少能够认定歧视行为违反反垄断法。^{〔152〕}

3. 自我优待型邻市拒绝交易更宜适用显著封锁效应理论

假设支配地位企业 DF 同时在相邻市场参与经营（即它是一体化企业）。^{〔153〕} 在这种情况下，DF 在相邻市场与被拒者具有直接竞争关系，通过拒绝竞争对手（ R_B ）接入或互联本市品，DF 能够人为缩小竞争对手邻市品的需求或者提高其经营成本，导致它无法取得根据产品质量和产品效率本可以取得的成果。^{〔154〕} 当这种影响足够大时，便会对市场竞争造成损害。

与搭售行为相同，在邻市拒绝交易场景中，实施者也需要在本级市场具有市场势力。DF 与 R_B 拒绝交易时，似乎并没有借助它在 A 产品市场上的市场势力，以迫使客户 C 只能使用自己的 B 产品，因此似乎无须像搭售案件中那样证明 DF 相对 C 具有市场势力。事实并非如此。DF 之所以敢于拒绝与 R_B 交易，毫无疑问仍然需要借助它在 A 产品市场相对于 C 具有的市场势力，因为削弱 R_B 与 A 联合使用的效果等于是削弱 A 产品的性能。例如在诺威尔案中，微软公司拒绝协助独立软件卖方开发与视窗 95 操作系统兼容的应用，至少在一定程度上降低了微软新操作系统对用户的吸引力。^{〔155〕} 如果 DF 在 A 产品市场不具有市场势力，显然不敢这样做。质言之，此场景下，

〔149〕 Case C-7/97, *Oscar Bronner GmbH v. Mediaprint*, ECLI: EU: C: 1998: 569, para. 30.

〔150〕 兰磊：《非法价格歧视行为的判断标准研究》，载《竞争政策研究》2015年第2期，第63页。《最高人民法院关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第41条第3款规定，“认定差别待遇是否具有排除、限制竞争效果，可以综合考虑下列因素：……（二）是否致使交易相对人处于不利竞争地位，并排除、限制其所在相关市场的竞争”。

〔151〕 Case C-525/16, *MEO-Serviços de Comunicações e Multimédia SA v. Autoridade da Concorrência*, ECLI: EU: C: 2018: 270, paras. 26, 31.

〔152〕 Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice* (6th ed.), West Academic Publishing, 2020, p. 738.

〔153〕 很多学者默认邻市拒绝交易仅包含这种场景，而忽视前述不参与邻市经营的场景。Ramsi Woodcock, *Why All Antitrust Claims Are Refusal to Deal Claims and What that Means for Policy*, *CPI Antitrust Chronicle* (27 September 2024), p. 23.

〔154〕 Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1528 (2022).

〔155〕 *Novell, Inc. v. Microsoft Corp.*, 731 F. 3d 1064, 1068 (10th Cir. 2013).

DF 借助削弱竞争对手 B 产品的吸引力对客户 C 间接实施强制，在效果上与搭售类似。⁽¹⁵⁶⁾ 因此，要实施邻市拒绝交易，DF 必须对 C 具有市场势力。⁽¹⁵⁷⁾

邻市拒绝交易的竞争关切在于，支配地位企业借助前述市场势力，通过拒绝与邻市竞争对手交易的方式，可能封锁后者可用的分发渠道或投入品来源，从而可能影响该相邻市场上的竞争。因此，这种邻市拒绝交易场景中的实质关切是，市场势力在不同市场之间的“传导效应”。⁽¹⁵⁸⁾

不过，传统反垄断法认为，传导效应仅仅表达了市场势力与市场损害分处不同市场的事实，它本身并非一种受到反垄断法制裁的竞争损害。原因就在于，即便是小规模企业，如果在多个市场参与经营，也能够利用自己在一个市场上的地位影响另一个市场，但这种影响往往源于多元经营带来的成本节约。⁽¹⁵⁹⁾ 因此，传统反垄断法通常将对传导效应的规制局限于实际造成竞争损害的有限场景。⁽¹⁶⁰⁾ 例如，在根据美国《谢尔曼法》第 2 条起诉审查的“垄断传导”（monopoly leveraging）之诉中，传导效应对第二个市场的损害须达到“垄断或企图垄断”相邻市场的程度。⁽¹⁶¹⁾ 如果传导效应发生于搭售、独家交易甚至纵向并购的场景中，按照调整这些行为的具体实体法规则，也需要满足“显著封锁竞争”的程度，尽管它低于“垄断或企图垄断”的标准。

在数字科技时代，市场的网络化程度往往较高，在一个市场中拥有强大势力的公司更有可能在相互关联的市场中造成损害，但又达不到在后一市场造成或企图造成垄断的程度。为了应对这种局面，学者们建议降低此种场景中认定竞争损害的门槛标准⁽¹⁶²⁾，即传导效应只须满足“显著封锁”的程度即应构成竞争损害。⁽¹⁶³⁾ 《反垄断法》不曾规定“企图垄断”这一违法行为类型，也不曾要求竞争损害达到企图垄断的高度，只要求垄断行为“排除、限制竞争”；我国反垄断法实践

(156) 但邻市拒绝交易强制的程度通常不及搭售。在搭售场景中，用户要购买 DF 的 A 就必须同时购买其 B；但在邻市拒绝交易场景中，DF 只是在 C 需要购买 B 的情况下，才为 C 购买竞争对手的 B 产品设置障碍，从而引诱 C 购买自己的 B。Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1548–1549 (2022).

(157) Case C–7/97, *Oscar Bronner GmbH v. Mediaprint*, ECLI: EU: C: 1998: 569, para. 35; Case C–233/23, *Alphabet Inc. v. AGCM*, ECLI: EU: C: 2025: 110, paras. 19–21.

(158) 有学者将这种场景称为“进攻性杠杆（传导）”。参见殷继国：《数字平台自我优待行为的反垄断法规制》，载《法商研究》2024 年第 5 期，第 80 页。

(159) Herbert Hovenkamp, *Tech Monopoly*, MIT Press, 2024, p. 51–52.

(160) 兰磊：《对数字平台自我优待行为批判的批判性分析》，载《东方法学》2024 年第 2 期，第 124 页。

(161) *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 414 n. 4 (2004)（关于垄断传导之诉，“上诉法院不要求存在垄断第二个市场的‘取得成功的危险可能性’，在此限度内，该院是错误的”）；*Greenflight Venture Corp. v. Google LLC*, No. 24–CV–80395, 2024 WL 4723121, *4 (S.D. Fla. 8 November 2024).

(162) Herbert Hovenkamp, *Tech Monopoly*, MIT Press, 2024, p. 117–118.

(163) Herbert Hovenkamp, *Monopolizing Digital Commerce*, 64 *William & Mary Law Review* 1677, 1728 (2023); Elias Deutscher, *Google Shopping and the Quest for a Legal Test for Self-preferencing Under Article 102 TFEU*, 6 (3) *European Papers* 1345, 1359–1360 (2021).

在搭售、独家交易、纵向并购等领域事实上均将“排除、限制竞争”理解为“显著封锁效应”。^[164]因此，为保持法律解释与适用的一致性，在自我优待型邻市拒绝交易场景中，我国宜按照显著封锁效应的竞争损害理论进行审查（如图8）。

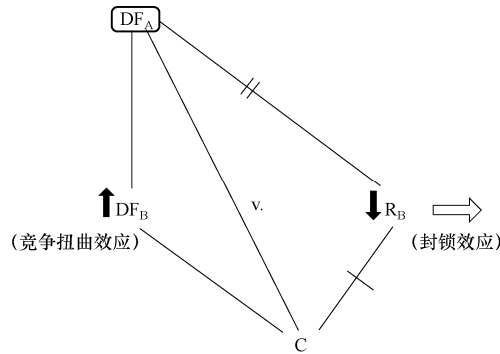


图8 自我优待型邻市拒绝交易的竞争损害效果

概言之，在自我优待型邻市拒绝交易场景中，按照显著封锁效应理论进行分析时应遵守如下分析步骤：首先，考察DF在A产品市场相对于C具有市场势力；其次，认定自我优待型邻市拒绝交易行为的存在；最后，考察拒绝交易行为事实上封锁的客户渠道（C）在R_B全部可用渠道中的占比和重要性，评估是否达到“显著封锁”的程度。

4. 自我优待型邻市拒绝交易亦可适用竞争扭曲效应理论

在自我优待型邻市拒绝交易场景中，除了选用邻市拒绝交易的封锁效应理论，还可以选用差别待遇制度的二线损害理论（竞争扭曲效应），因为自我优待场景中天然包含/叠加着差别待遇的成分（如图8）。

例如，在欧盟谷歌购物案中，主要争议行为是谷歌通用搜索结果对于自家比较购物服务实施自我优待，方式之一是如果第三方比较购物服务违反其“站长指南”会受到降级或者清除的处罚，

[164] 《最高人民法院关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第39条第2款第2项（“限定交易是否提高市场进入壁垒或者增加竞争对手的成本而产生市场封锁效应”）；奇虎公司与腾讯公司滥用市场支配地位纠纷上诉案，最高人民法院民事判决书（2013）民三终字第4号（3Q案）（被上诉人“实施的‘产品不兼容’行为对安全软件市场的影响是极其微弱的，并未显著排除或者限制安全软件市场的竞争”；“本案没有证据显示被上诉人的被诉搭售行为导致上诉人在安全软件市场的市场份额发生显著下降，或者对安全软件市场内的其他经营者产生了排除或者限制竞争的效果”）；扬子江药业二审，最高人民法院民事判决书（2020）最高法知民终1140号（“关于竞争效果要件的认定，至少可以考虑限定交易的市场覆盖率及持续期限、限定交易是否提高市场进入壁垒或者增加竞争对手的成本，产生市场封锁效应等”）；国家市场监督管理总局行政处罚决定书国市监处〔2021〕28号（阿里巴巴案）（“当事人要求平台内经营者不得在其他竞争性平台开店或者不得参加其他竞争性平台的促销活动，不当抑制了其他竞争性平台可能获得的经营者供给”，“在将经营者锁定在自身平台的同时，不当增加了相关市场潜在进入者与相关经营者达成合作协议的难度，使其难以获取进入市场开展竞争所需的必要资源”）；国家市场监督管理总局行政处罚决定书国市监处〔2021〕74号（美团案）（“当事人滥用市场支配地位，综合运用多种手段限制大量平台内经营者在其他竞争性平台经营，形成较强的锁定效应”）；《经营者集中审查规定》（国家市场监督管理总局令第67号）第34条第1款（“评估经营者集中对市场进入的影响，可以考虑经营者通过控制生产要素、销售和采购渠道、关键技术、关键设施、数据等方式影响市场进入的情况，并考虑进入的可能性、及时性和充分性”）。

谷歌购物服务却无须遵守此约束。假设某一网站因违反站长指南而被清除，事实上构成谷歌搜索变相拒绝与其交易。此外，谷歌是在认识到自家的比较购物服务表现不佳时，引入这一自我优待措施的，这也可以被解释为针对其他比较购物服务的变相拒绝交易。⁽¹⁶⁵⁾

表面上看，前述行为应该按照反垄断法拒绝交易制度进行评估。在围绕谷歌购物案的大量讨论中，一种重要的观点就是应该按照拒绝交易的法律制度评估自我优待。⁽¹⁶⁶⁾笔者认为，此时应采用邻市拒绝交易的显著封锁效应理论。然而，也有很多学者主张，该案中应区分自我优待的具体情形，按照差别待遇、搭售等多种法律制度进行评估。⁽¹⁶⁷⁾

在该案中，欧委会并未将谷歌的行为视为拒绝交易行为（并采用 *Bronner* 案的标准）进行审查，而是按照有关传导效应的判例法考察谷歌的自我优待行为是否在比较购物市场导致了实际或潜在封锁竞争的效果。⁽¹⁶⁸⁾ 欧盟普通法院在该案上诉审中，亦采用了差别待遇的法律制度，并认同欧委会采用的实际或潜在封锁效应标准。⁽¹⁶⁹⁾ 欧盟法院同样认可这一判决思路。⁽¹⁷⁰⁾ 在拒绝交易制度的类型化发展不足、难以对拒绝交易行为适用显著封锁效应理论的情况下，选择差别待遇制度（并据此适用显著封锁效应理论）可能是较为合理的选择。如前所述，差别待遇可能是一种变相拒绝交易行为，因此该案判决亦可解释为对邻市拒绝交易行为适用显著封锁效应理论的实例。

（三）混合型拒绝交易行为的评价标准

一些案件可能同时混合有本市拒绝交易与邻市拒绝交易的成分。例如，若 DF 在 A 市场具有支配地位，同时在相邻市场（B 市场）经营，并且 B 产品构成 A 产品的潜在竞争品，从而与被拒者在两个市场上展开竞争（在 B 市场上存在现实竞争，在 A 市场存在潜在竞争），它便具有了排斥竞争对手 R 的双重激励：一方面为了在相邻市场对其实施封锁，以增强自己在该市场的竞争地位；另一方面为了阻止它威胁自己在本级市场上的支配地位。例如，微软案中，网景公司的 Navigator 浏览器既与微软公司的 IE 在浏览器市场现实竞争，又在操作系统市场上威胁微软操作系统，存在潜在竞争。此场景既涉及维护本级市场垄断地位，又涉及扭曲相邻市场竞争和封锁效应（如图 9 中假设 F_{B2} 为 DF_B ）。

(165) Pablo Ibáñez Colomo, *Indispensability and Abuse of Dominance: From Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping*, 10 *Journal of European Competition Law & Practice* 532, 541 (2019).

(166) Bo Vesterdorf, *Theories of Self-Preferencing and Duty to Deal-Two Sides of the Same Coin*, 1 *Competition Law & Policy Debate* 4, 6–9 (2015).

(167) Nicolas Petit, *Theories of Self-Preferencing and the Wishful Prerequisite of the Essential Facilities Doctrine: A Reply to Bo Vesterdorf*, 1 *Competition Law & Policy Debate* 4, 5–7 (2015); Pablo Ibáñez Colomo, *Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles*, 43 *World Competition* 417, 428–429 (2020).

(168) *Google Search (Shopping)* (CASE AT. 39740), Commission Decision C (2017) 4444, paras. 592–607, 664–652.

(169) *Case T–612/17, Google and Alphabet v. Commission (Google Shopping)*, ECLI: EU: T: 2021: 763, paras. 223, 240; Friso Bostoen, *The General Court's Google Shopping Judgment Finetuning the Legal Qualifications and Tests for Platform Abuse*, 13 *Journal of European Competition Law & Practice* 75, 78 (2022).

(170) *Case C–48/22 P, Google and Alphabet v. Commission (Google Shopping)*, ECLI: EU: C: 2024: 726, paras. 265–267.

又或者，DF 并未在相邻市场上经营，但该市场上某些经营者可能发展成潜在竞争者，DF 选择性地对其实施拒绝交易，从而在相邻市场无关联的经营者之间造成差别待遇。此场景既涉及维护本级市场垄断地位，又涉及扭曲相邻市场竞争（如图 9）。

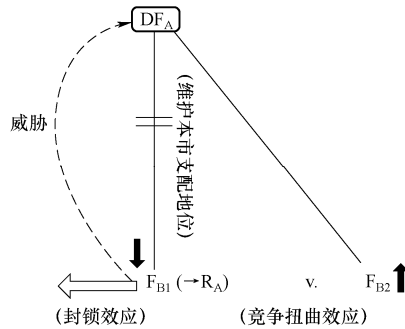


图 9 本市拒绝交易与邻市拒绝交易交织

由于这些场景同时包含两类拒绝交易成分，理论上似乎可以由原告或执法机构自行选择适用何种损害理论。如美国微软案中，法院就从维持本市支配地位与封锁邻市竞争两个维度审查了微软的行为。但由此带来的一个问题是，如果依据邻市拒绝交易对 DF 施加交易义务，无异于以一个较低的标准要求 DF 协助（潜在）竞争对手，与前述有关对本市拒绝交易设置严苛标准的理据相冲突。因此，此种情况下应该按照本市拒绝交易进行审查。

五、拒绝交易制度与相邻制度之间的适用界限

（一）澄清制度适用边界的必要性

艾瑞克提出的邻市拒绝交易概念，以某些拒绝交易行为与搭售和独家交易具有类似的竞争效果（显著封锁效应）为论证基础。其核心观点是，拒绝交易事实上存在两种不同类型：一类是拒绝本级市场上的竞争对手使用其重要资产；另一类则是在保留前述重要资产为己所有的前提下，拒绝相邻市场上的经营者使用这些重要资产，从而为其经营活动设置壁垒。传统反垄断法拒绝交易制度的基础理据仅适用于前一类拒绝交易；后一类拒绝交易引发的竞争关切则与搭售等纵向限制类似。⁽¹⁷¹⁾ 因此，他建议，应该允许原告“按照一个不同的责任标准——类似于纵向限制案件中所用的标准——挑战邻市拒绝交易”；但由于现行反垄断实证法规则不允许原告援引这些纵向限制行为规则，他提出建立邻市拒绝交易制度的方案。⁽¹⁷²⁾

在现行法之下，由于不存在邻市拒绝交易制度，判例和学理经常作为权宜之计，通过扭曲适用有条件拒绝交易制度来处理更适宜用邻市拒绝交易制度处理的案件，从而造成“乱用”制度的

(171) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1508, 1517 (2022). “就经济效果而言，邻市拒绝交易引发的潜在排斥性关切，与搭售安排及类似纵向限制引发的关切基本相同。”“邻市拒绝交易影响竞争的方式通常与搭售或相关纵向限制非常类似。”

(172) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1508 (2022).

混乱局面。在建立邻市拒绝交易制度以后，有必要清晰界定本市拒绝交易、邻市拒绝交易与有条件拒绝交易三个类似制度的适用边界；尤其是，将原本通过扭曲制度调整的拒绝交易案件，从有条件拒绝交易制度下抽离出来，转交给邻市拒绝交易制度调整。否则，一种新制度的建立反而会加剧现有的混乱局面。

这种担忧并非空穴来风。例如，艾瑞克似乎有时将邻市拒绝交易与搭售/独家交易相等同。例如，他写道：“允许原告作为事实上的搭售挑战邻市拒绝交易，将完全类似于法院处理有条件拒绝交易的方式。”⁽¹⁷³⁾《反托拉斯法释论》在引入“邻市拒绝交易行为”这一概念时，似乎也没有有意识地区分其与“有条件拒绝交易行为”的边界。例如，它使用了“许多有条件或‘邻市’拒绝许可行为”的措辞。在以电话系统为例讨论邻市拒绝交易与本市拒绝交易的区分时，它指出，如果单一企业拥有的电话线系统是必需设施，但连接电话线的电话设备存在竞争市场，则拒绝分享电话线属于本市拒绝交易，而“涉及电话设备的拒绝交易诉讼请求属于邻市拒绝交易，最好作为搭售或准搭售之诉处理，即被告将本市资产和邻市资产捆绑在一起”。⁽¹⁷⁴⁾《反托拉斯法释论》目前的唯一修订人赫伯特·霍温坎普教授在其他文章中还写道，邻市拒绝交易行为“最好作为搭售或者有时候作为独家交易安排处理”。⁽¹⁷⁵⁾

区分拒绝交易与有条件拒绝交易制度的另一重理由是，如果允许按照邻市拒绝交易制度审查有条件拒绝交易行为，可能发生有条件拒绝交易案件向邻市拒绝交易制度的逃逸，进而架空有条件拒绝交易制度。如前所述，搭售和独家交易是“有条件拒绝交易”的典型，其中包含着拒绝交易的成分。这就不可避免地引发一个问题：既然有条件拒绝交易与无条件拒绝交易都包含拒绝交易行为，且（很多情况下）产生类似的竞争效果，是否可以直接根据邻市拒绝交易制度审查有条件拒绝交易行为？毕竟，如果按照拒绝交易制度审查，只需要证明拒绝交易行为即可满足行为要件；而如果按照有条件拒绝交易制度审查，则需要考虑额外的因素，如是否构成搭售行为或独家交易行为。

例如在森浦案中，宁波森浦是下游金融信息服务商，与上游6家之中规模最大的货币经纪公司上海国利达成协议，约定由宁波森浦独家销售代理上海国利的经纪交易数据。该行为构成产合同类的独家交易。如果按照独家交易制度进行审查，执法机构需要证明宁波森浦在货币经纪公司数据的采购市场上具有支配地位，它与上游的上海国利达成了独家销售协议，并且该协议显著封锁了下游竞争对手重要的投入品来源，导致竞争损害。

但执法机关并没有按照独家交易制度审查涉案行为，而是另辟蹊径地使用拒绝交易制度。按照传统反垄断法的范式，拒绝交易制度比独家交易制度的适用门槛更高。尽管执法机关将宁

(173) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1538 (2022).

(174) Areeda and Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, paras. 709a, 771c (2024).

(175) Herbert Hovenkamp, *Antitrust and Digital Refusals to Deal*, *Network Law Review* (11 September 2024), <https://www.networklawreview.org/digital-refusals-to-deal/>.

波森浦“代理销售”数据和提供全数据服务视为上下游环节，认为宁波森浦“同时从事单一货币经纪公司债券声讯经纪实时交易数据销售市场（上游）和具体券种债券声讯经纪实时交易全数据服务市场（下游）的经营活动”，事实上宁波森浦并没有打算销售独家代理获得的数据，因此执法机构所谓的上游市场并不存在。真正上游市场存在于货币经纪公司销售数据的环节，宁波森浦与遭到拒绝的下游金融信息服务商都是其交易相对人，其间具有直接竞争关系。因此，无论在欧盟（Bronner 案规则）还是美国（阿斯攀案规则），都会按照极其严苛的标准进行审查。

既然如此，宁波森浦案执法机关为什么要舍易求难？原因就在于，执法机关在此案中采用了一个较低的拒绝交易审查标准，即“显著封锁效应”。处罚决定书在分析涉案行为的竞争损害效果时明确写道：“当事人的拒绝交易行为，……形成市场封锁，造成下游市场涉案期间仅有当事人一个卖方经营者的情况，排除、限制了相关市场竞争。”质言之，其逻辑是，宁波森浦在上游（数据销售市场）具有市场支配地位，在下游全数据服务市场参与经营并实施拒绝与竞争对手交易的行为，因此属于邻市拒绝交易，应按照较低的“显著封锁效应”标准进行审查。^[176]因此，经过扭曲该案中的交易关系，执法机关将一个独家交易案件刻画成了一个邻市拒绝交易案件，只需要满足同样的竞争损害标准，却无须遵守已形成共识的独家交易的分析框架，包括证明竞争损害的固定范式。

因此，为避免建立邻市拒绝交易制度之后，执法机关和法院继续通过扭曲有条件拒绝交易制度处理邻市拒绝交易行为，以及发生有条件拒绝交易案件向拒绝交易制度的逃逸，有必要探讨邻市拒绝交易与有条件拒绝交易之间的边界。限于篇幅，在此仅讨论搭售和独家交易这两种有条件拒绝交易行为。

（二）搭售制度与拒绝交易制度之间的适用界限

搭售是一种非常普遍的商业现象。任何复杂一点的产品都是多种组件的集合体，例如电脑、手机、汽车、特许经营、一揽子许可。这些产品可能被指控为其组件的组合搭售。数字网络往往包含众多产品特征或功能。例如，iPhone 包含操作系统和应用商店；脸书包含聊天、视频分享、信息流等功能；微软操作系统自动捆绑 Edge 浏览器和必应搜索；微软 Office 办公套件包含文档处理、电子表格、电子邮件等。因此，数字网络面临的搭售指控问题更加突出。^[177]

[176] 事实上，执法机关在该案的竞争损害分析，连较低的“显著封锁效应”标准都没有满足。例如，它并没有分析被独家代理合同锁定上海国利的数据（或者说被拒绝提供给下游竞争对手的数据），在下游金融服务商全部可用数据中的占比情况，以及缺少其数据是否会实质性影响其竞争能力。执法机关在分析附加不合理交易条件行为时通过界定“全数据服务”市场，似乎回答了这一问题，即下游金融数据服务商必须获得上游全部数据才能参与竞争。执法机关将上游每一家经纪商产生的数据都界定为单一市场，似乎也说明了上游任何数据都对下游竞争具有决定性的重要意义。然而，事实是否如此，值得商榷。假设上海国利的数据仅占全部上游数据的 10%，下游金融服务商无法获得其数据，是否会对其竞争能力产生实质性影响？质言之，上游数据封锁率对于评价竞争损害（显著封锁效应）可能仍然是有效的，但执法机关并没有对此加以考察。

[177] Herbert Hovenkamp, *Tech Monopoly*, MIT Press, 2024, p. 120–121.

如前所述，搭售安排天然蕴含着拒绝交易行为（图1），并且“在证明被搭售品的购买是被迫而为时使用到的许多概念，与分析拒绝交易行为时使用的概念相同：以某种方式考察市场势力，粗略预测反竞争损害，考虑促进竞争的正当理由”。⁽¹⁷⁸⁾但除此之外，搭售规则还要求证明搭售行为的存在，包括独立产品、强迫购买被搭售品；邻市拒绝交易虽不要求证明搭售行为，但要求严格区分本市品和邻市品并证明拒绝交易行为。因此，区分两种制度的适用边界在数字经济时代具有更紧迫的必要性。

1. 适用搭售制度的场景

假设支配地位企业DF在与客户C的交易中，对C提出如下要求，“若要购买我的A必须同时购买我的B”，则DF的行为毫无疑问构成AB产品搭售。⁽¹⁷⁹⁾尽管当C不购买DF的B产品时DF将拒绝向C销售其A产品，传统反垄断法通常都不会单独评价其中的拒绝交易行为，而是对搭售行为作整体评价（如图10a）。⁽¹⁸⁰⁾

例如，在皮卡尤恩时报案中，在本地报纸新闻和广告市场具有支配地位的山姆逊报同时发行晨报和晚报。⁽¹⁸¹⁾它从1950年开始推出一项统一广告计划，广告主不能单独购买晨报或晚报的广告位，而必须同时购买。法院按照搭售安排审查这一计划，尽管其中包含拒绝向单独购买者销售广告位的行为。⁽¹⁸²⁾

在柯达案中，柯达不但销售复印机，还销售其零部件和维修服务。除了无条件地拒绝向独立维修商（ISO）提供零部件，它还仅以客户向柯达购买维修服务为条件向他们提供零部件，即拒绝向不购买其维修服务的客户供应零部件。美国联邦最高法院允许原告就柯达的行为提起搭售之诉，其中零部件为搭售品，维修服务为被搭售品。⁽¹⁸³⁾

若DF没有对客户C提出此等明确要求，而是径直拒绝或者通过技术手段拒绝与那些向竞争对手R购买B产品的客户C交易A产品，并且导致客户C合理地相信除非同时购买其B否则无法得到其A。⁽¹⁸⁴⁾此举实际上借助它在A产品市场上拥有的相对于客户C的市场势力，迫使后者同时购买其B产品。此种行为亦构成搭售（如图10a）。⁽¹⁸⁵⁾

(178) Viamedia, Inc. v. Comcast Corp., 951 F. 3d 429, 468 (7th Cir. 2020).

(179) Areeda & Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, para. 1754b (2024).

(180) 但要证明搭售行为，并不要求“卖方单方拒绝与拒绝购买被搭售品的买方交易”（即“个体层面的强制”），只要求“市场层面的强制”，即“卖方使用其杠杆力量强迫买方做他在竞争性市场中并不会做的事情”。Murphy v. Business Cards Tomorrow, Inc., 854 F. 2d 1202, 1204 (9th Cir. 1988).

(181) 本案中，联邦最高法院明确指出，报纸采用双边市场模式。Times-Picayune v. United States, 73 S. Ct. 872, 881(1953).

(182) Times-Picayune v. United States, 73 S. Ct. 872, 886 (1953). 不过，本案中，法院最终认定晨报和晚报的广告位不属于相互独立的两个产品。

(183) Areeda & Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, para. 1754c (2024); Eastman Kodak Co. v. Image Technology Services, Inc., 504 U.S. 451, 463 (1992).

(184) Areeda & Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, para. 1754c (2024).

(185) Viamedia, Inc. v. Comcast Corp., 951 F. 3d 429, 473 (7th Cir. 2020) (“原告无须证明被告明确书面宣告拟采用搭售安排”).

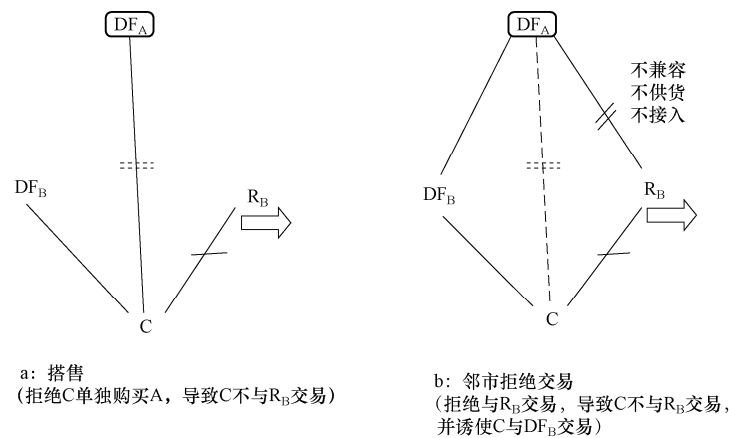


图 10 搭售行为与邻市拒绝交易行为发生搭售效果的机制比较

例如在 Viamedia 案中，支配地位企业康卡斯特在提供 Interconnect 服务（IC 服务）方面是垄断者，同时提供广告代理服务。康卡斯特拒绝向使用原告广告代理服务的客户销售 IC 服务。法院认定此行为可作为搭售进行评估。法院明确指出，康卡斯特通过多种方式向客户传达了其政策是，要使用其控制的 IC 就要使用其广告代理服务，涉案客户也完全理解其拒绝交易行为背后的这种含义。^[186]

2. 适用邻市拒绝交易制度的场景

进一步假设，B 产品有效运行的前提是接入 A 平台。DF 并没有采取与客户 C 拒绝交易的方式来引诱其使用自己的 B 产品并放弃使用 R 的 B 产品；相反，DF 径直拒绝 R 的 B 产品接入 A 平台（或兼容），使其无法有效运行，进而引诱或迫使客户使用其 B 产品。质言之，DF 采用拒绝与 R_B 交易的方式，达到了与搭售行为相同的效果，即迫使 C 使用 DF 的 B 产品。^[187] 例如，在诺威尔诉微软案中，微软公司同时销售个人电脑操作系统和 Office 办公套件，其拒绝向办公软件竞争对手提供视窗 95 操作系统的 API，导致后者开发与此操作系统兼容的办公软件变得非常困难，客户被迫转向使用微软办公软件。^[188] 在 Triad 案中，被告同时销售主产品和售后市场维修服务，但它拒绝向 ISO 销售零部件。此举事实上具有阻止客户与 ISO 交易的效果，构成“事实上的搭售”，但它是通过拒绝与 ISO 交易实现的。因此，法院拒绝原告就此行为提起搭售之诉，因为本案中被告与客户之间不存在有条件的交易行为。^[189]

在 Lantec 案^[190]中，诺威尔是网络操作系统 Netware 的生产商，该软件用于连接电脑及其他设备并实现相互间的数据传输。诺威尔还分发与 Netware 配合使用的消息传输代理（messaging

[186] Viamedia, Inc. v. Comcast Corp., 951 F. 3d 429, 435, 470 (7th Cir. 2020).

[187] Ramsi Woodcock, *Why All Antitrust Claims Are Refusal to Deal Claims and What that Means for Policy*, CPI Antitrust Chronicle (27 September 2024), p. 22.

[188] Novell, Inc. v. Microsoft Corp., 731 F. 3d 1064, 1067, 1068–1069 (10th Cir. 2013).

[189] Triad Systems Corp. v. Southeastern Express Co., No. C921539–FMS, 1994 WL 446049, *14–16 (N.D. Cal. 18 March 1994).

[190] Lantec Inc. v. Novell Inc., 306 F. 3d 1002 (10th Cir. 2002).

transport agent, MTA), 其作用相当于电脑世界中的邮局, 传递电子邮件或群件⁽¹⁹¹⁾发出的信息, 并使群件接触通过 Netware 分享的安全性能、文档分享等数据。诺威尔最初并不提供群件, 因此积极向第三方独立软件开发商开放 MTA 的 API 并帮助它们开发和分发群件。然而, 诺威尔与 Wordperfect 合并后开始推出整合了 MTA 与群件的软件包, 并不再提供独立的 MTA。此举具有强迫 Netware 操作系统用户同时使用诺威尔群件的效果, MTA 事实上是实现 Netware 操作系统与群件兼容的工具, 真正的搭售品是操作系统而非 MTA。但它是通过拒绝操作系统与群件竞品兼容的方式实现的(表现为不再提供实现兼容所需的 MTA)。原告主张的违法行为包括非法纵向并购、垄断传导以及搭售。⁽¹⁹²⁾ 诺威尔的前述行为毫无疑问具有迫使客户购买其群件进而与操作系统搭售的效果, 但它是通过拒绝与竞品兼容的方式实现的; 它并没有直接针对客户而是针对 B 产品竞争对手 R 实施拒绝交易行为, 因此属于邻市拒绝交易行为。

综上, 搭售与邻市拒绝交易之间最主要的区分在于, 拒绝交易的对象是客户还是邻市的竞争对手? 如果是客户, 更适宜识别为搭售; 如果是邻市竞争对手, 更适宜识别为邻市拒绝交易(如图 10)。⁽¹⁹³⁾

有些案件中, 被告可能同时采用多种方式实现封锁效应, 从而可能分别构成邻市拒绝交易行为和搭售行为。⁽¹⁹⁴⁾ 如在 Viamedia 案中, 康卡斯特在 IC 服务市场具有市场势力, 它采取多种方式打压广告代理市场上的竞争对手 Viamedia (即 R_B)。一方面, 它拒绝 Viamedia 接入其控制的 IC, 导致使用 Viamedia 广告代理服务的客户 (MVPD) 无法使用 IC 服务, 而只能转向使用康卡斯特的广告代理服务。另一方面, 它还与两家 MVPD (RCN 和 WOW!) 沟通, 并向其表明除非使用康卡斯特的广告代理服务, 否则拒绝它们使用其控制的 IC, 并且在遭到二者拒绝后, 实际拒绝它们接入相关 IC。前者属于邻市拒绝交易行为, 后者属于搭售行为。本案中, 原告 Viamedia 事实上也援用了这两种不同的理论: “Viamedia 主张并提供证据表明, (1) 康卡斯特拒绝 Viamedia 接入 IC, 据此对其实施拒绝交易行为, 以及 (2) 康卡斯特拒绝 MVPD 接入 IC, 除非它们购买其广告代理服务, 据此实施搭售行为。” 法院接受原告的这两个理论。⁽¹⁹⁵⁾

3. 具有搭售效果的邻市拒绝交易场景宜适用邻市拒绝交易制度

由于前例中的拒绝交易行为蕴含着类似搭售的效果, 传统反垄断法不乏允许按照搭售行为审查此类行为的实例。例如, 采用技术手段实现 A 与竞争对手的 B 不兼容, 在传统反垄断法上可构

(191) 群件 (groupware) 是指包含电子邮件应用及任一其他协作应用 (如日历、日程安排、任务管理) 的任何软件。

(192) *Lantec Inc. v. Novell Inc.*, 306 F. 3d 1002, 1009–1011, 1144–1146 (10th Cir. 2002).

(193) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1520, 1522, 1537 (2022) (“《谢尔曼法》第 1 条项下的搭售要求被告与客户之间存在纵向协议”; “《谢尔曼法》第 2 条项下搭售案通常要求被告与客户之间存在有条件销售。笔者不曾见过法院在任何一个仅涉及无条件拒绝与竞争对手交易的第 2 条案件中, 将此拒绝交易作为搭售而非拒绝交易行为审查”; 有条件拒绝交易与邻市拒绝交易的主要区别之一是, 它“通常针对被告的客户而非竞争对手”。

(194) *Complaint for Injunctive Relief, Epic Games, Inc. v. Apple Inc.*, 493 F. Supp. 3d 817 (N.D. Cal. 2020) (No. 4: 20–cv–05640–YGR), p. 48–50 (指控苹果公司拒绝提供必需设施以及从事非法搭售行为)。

(195) *Viamedia, Inc. v. Comcast Corp.*, 951 F. 3d 429, 444–449, 453 (7th Cir. 2020).

成“技术型搭售”(tech tie),如 iPhone 手机预安装 App Store,视窗操作系统预安装 Edge 浏览器和必应搜索引擎。⁽¹⁹⁶⁾ 由于技术型搭售属于单一企业的单方设计行为,无法证明被告与用户之间存在“协议”,因此无法用协议制度进行调整,需要按照滥用市场支配地位行为进行分析。美国法院通常按照《谢尔曼法》第 2 条评估技术型搭售。⁽¹⁹⁷⁾ 例如,在美国诉微软案中,微软公司通过三种方式将 IE 浏览器与视窗操作系统进行技术捆绑:不把 IE 放在“添加/删除软件”功能之中;将视窗设计成能在某些情况下拒绝用户选定其他浏览器;将浏览器代码与其他代码放在同一文件夹中,删除包含 IE 的文件夹会导致操作系统瘫痪。⁽¹⁹⁸⁾ 上诉法院认定第一种和第三种行为构成技术型搭售,并违反《谢尔曼法》第 2 条。

美国法院有时甚至允许依据《谢尔曼法》第 1 条审查技术型搭售。例如,在 Tucker 案中,原告是 iPod 用户,指控苹果公司通过技术手段导致 iPod 播放器无法播放非 iTunes 渠道销售的在线音乐文档和在线视频文档,并且其 iTunes 商店销售的在线音乐文档和在线视频文档也无法在竞争对手播放器上播放。法院认为此举可依据《谢尔曼法》第 1 条作为搭售行为进行审查。⁽¹⁹⁹⁾

在迪尔案,迪尔公司是美国农用机械设备市场上的主导者,它故意将其设备设计成,若要诊断和维修故障就需要使用专门的维修工具(包括软件工具和资源),并严格限制特许经销商以外的人获得这些维修工具。此举导致第三方维修商无法诊断和维修迪尔公司的设备,设备用户不得不使用迪尔指定经销商的维修服务。法院允许原告依据《谢尔曼法》第 1 条及第 2 条援引搭售理论。⁽²⁰⁰⁾

在不属于技术型搭售但有搭售效果的拒绝交易场景中,美国法院有时也允许在《谢尔曼法》第 2 条之下依据搭售理论起诉。例如,在柯达案中,柯达公司是高速复印机和显微照相设备供应商,早期允许 ISO 获得维修这些设备所需的专用零部件;后来,柯达公司改变政策,拒绝向 ISO 继续提供零部件并要求为其生产零部件的 OEM 拒绝向 ISO 提供。ISO 指控此行为构成违反《谢尔曼法》第 1 条的搭售行为,和违反《谢尔曼法》第 2 条的垄断化行为或企图垄断行为。上诉法院认可涉案行为构成搭售行为。⁽²⁰¹⁾ 这一理论还得到联邦最高法院的认可。⁽²⁰²⁾

如果平台为销售自家某一产品而拒绝竞品进入其平台,传统反垄断法有时也将其识别为搭售行为。如美国华盛顿西区联邦地区法院受理的一项集团诉讼,指控亚马逊公司为了销售自有物流

(196) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1523 (2022) (“根据案件事实,技术型搭售可以刻画成拒绝与邻市品竞争卖方交易的邻市拒绝交易行为”。

(197) Areeda & Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, para. 1757a (2024); Herbert Hovenkamp, *Tech Monopoly*, MIT Press, 2024, p. 122.

(198) *United States v. Microsoft Corp.*, 84 F. Supp. 2d 9, 49–53 (DDC 1999) (finding of facts); *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d 34, 64–65 (D.C. Cir. 2001).

(199) *Tucker v. Apple Computer, Inc.*, 493 F. Supp. 2d 1090, 1093–1098 (N.D. Cal. 2006).

(200) *In re Deere & Co. Repair Service Antitrust Litig.*, 703 F. Supp. 3d 862, 870, 908–909, 912 (N.D. Ill. 2023).

(201) *Image Technical Serv., Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 903 F. 2d 612, 615 (9th Cir. 1990).

(202) *Eastman Kodak v. Image Technical Servs.*, 504 U.S. 451, 463 (1992).

业务（FBA），而将其与卖家非常看重的“黄金购物车”功能捆绑销售，即如果卖家使用第三方物流将很难被选中“黄金购物车”。毫无疑问，与FBA竞争的第三方物流因为亚马逊公司的这一操作而难以在亚马逊平台上的卖家提供服务，存在拒绝交易行为。本案中，原告指控亚马逊公司实施了非法搭售行为——黄金购物车是受欢迎的搭售品，FBA是被搭售品——同时违反《谢尔曼法》第1条和第2条。⁽²⁰³⁾

然而，以上实践实际是运用搭售制度处理邻市拒绝交易行为。这一路径存在一定缺陷。首先，《谢尔曼法》第2条要求满足更高的市场势力要求，以及“垄断化或企图垄断”这一更高的竞争损害标准。⁽²⁰⁴⁾其次，适用《谢尔曼法》第1条的路径，存在由搭售效果反推搭售行为的悖论。搭售行为要求买卖双方当事人之间存在合意，邻市拒绝交易场景中DF的交易对象甚至都不是客户（搭售义务人）而是邻市品竞争对手，无从判断其间存在交易行为和搭售安排。最后，搭售安排中拒绝交易的目的是“惩罚”客户不按DF期望的条件交易，但仍然希望与之交易，邻市拒绝交易的目的则是不与竞争对手交易。⁽²⁰⁵⁾因此，此类变相搭售行为归入邻市拒绝交易行为更为准确。如此既与搭售理论保持一致，又无须适用《谢尔曼法》第2条更高的门槛标准，也无须通过扭曲搭售行为的逻辑强行适用《谢尔曼法》第1条的搭售制度。

也许正是出于这种考虑，传统反垄断法有时拒绝按照搭售制度审查此类邻市拒绝交易行为。例如，在前述柯达案中，案件发回重审时，尽管第九巡回区上诉法院承认原告使用垄断传导理论，仍将涉案行为作为拒绝交易行为并依据阿斯攀案规则进行审查。⁽²⁰⁶⁾又如，在施乐案⁽²⁰⁷⁾中，案情与柯达案基本相同。原告CSU（施乐高速复印机的一家ISO）起诉施乐公司时，并未选择搭售理论，而是选择拒绝交易理论。但在诉讼过程中，原告援引联邦最高法院在柯达案中的观点，以类似搭售的传导效应理论构建案情，即施乐试图将它在设备和零部件市场上具有的推定合法的市场支配地位，向维修服务市场传导并在后一市场形成支配地位。法院按照拒绝交易行为进行审查。

（三）独家交易制度与拒绝交易制度之间的适用界限

1. 适用独家交易制度的场景

假设DF在本级市场某平台产品A具有支配地位，但它在此市场面临着现实或潜在的竞争对手R。DF要求自己的客户C（包括经销商或其他交易相对人）只能与自己交易而不得与R交易。此举显然构成独家交易行为。⁽²⁰⁸⁾尽管当C不遵守或不同意这一独家交易安排时，DF可能拒绝继

(203) Second Amended Class Action Complaint, *Hogan v. Amazon. com Inc.*, Case No.: 2: 21-CV-996-RSM (United States District Court, Western District of Washington, 06/21/23), paras. 44-46.

(204) Christopher R. Leslie, *Unilaterally Imposed Tying Arrangements and Antitrust's Concerted Action Requirement*, 60 Ohio State Law Journal 1773, 1844 (1999).

(205) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 Yale Law Journal 1483, 1537 (2022).

(206) *Image Technical Services, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 125 F. 3d 1195 (9th Cir. 1997).

(207) *In re: ISO Antitrust Litigation (CSU et al. v. Xerox Corporation)*, 203 F. 3d 1322 (Fed. Cir. 2000).

(208) Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice* (6th ed.), West Academic Publishing, 2020, p. 563.

续或开始与 C 交易，但其真正目的在于强迫客户不使用 R 的产品；导致 R_A 遭受市场封锁的因素不是 DF_A 拒绝与 C 交易，恰恰是由此导致的 C 与且仅与 DF_A 交易（如图 11a）。

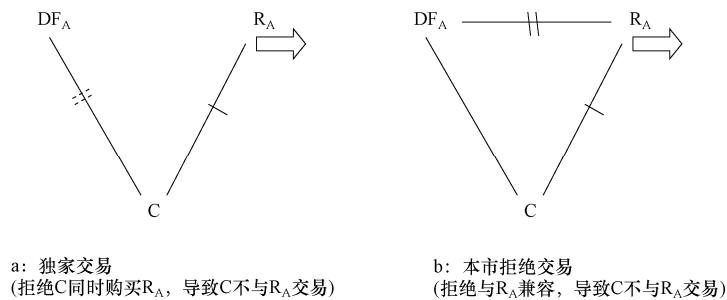


图 11 独家交易行为与本市拒绝交易行为的比较

例如，在西蒙诉爱奇艺案中，爱奇艺公司是牙齿矫治器市场的主导者，牙齿矫治器与扫描仪配合使用；它曾多次要求 3Shape 公司将其扫描仪设计得仅与爱奇艺公司的矫治器兼容（即要求独家交易）；遭到拒绝后，爱奇艺公司终止了它们之间的互操作协议（拒绝交易行为）。⁽²⁰⁹⁾ 本案中，拒绝交易行为实际是执行独家交易安排的手段。⁽²¹⁰⁾ 正如美国联邦最高法院在洛雷恩日报案中指出，“洛雷恩日报发行人拒绝为那些使用 WEOL 电台发布类似广告的广告主印刷本地广告，往往构成事实上禁止广告主使用 WEOL 电台发布广告”⁽²¹¹⁾，即实质是要求广告主只能与自己交易。因此，传统反垄断法通常按照独家交易行为评价这种拒绝交易行为。

具体到平台领域，如果平台与某一供应商达成只销售后者产品的协议（需求合同），为了履行此协议而拒绝后者的竞品进入其平台；或者某一供应商与平台达成仅在该平台上销售其产品的协议（产出合同），因其违反此承诺而遭到平台依约终止交易。⁽²¹²⁾ 这些拒绝交易行为均应该放在整个独家交易行为之中进行评估。例如，在美团和阿里巴巴的“二选一”（独家交易）案中，处罚决定书中均记载，二公司采取多种措施保障“二选一”的有效实施，如搜索降权、取消优惠活动或其他重大权益，美团甚至采取暂停营业或下线的严厉处罚。⁽²¹³⁾ 在食派士案中，处罚决定书明确记载，某餐饮公司因违反其与食派士签署的“排他性送餐权条款”，与食派士的竞争平台锦食送合作，而被终止合作。⁽²¹⁴⁾ 表面上看，因违反独家交易约定而受到严厉处罚的平台商户遭受了平台封禁（拒绝交易），但封禁只不过是执行独家交易的手段和结果而已，因此三个案件按照独家交易

(209) Simon & Simon, PC v. Align Technology, Inc., 533 F. Supp. 3d 904, 909 & 914 (N.D. Cal. Apr. 2021).

(210) 但本案法院按照拒绝交易行为对此进行审查。

(211) Lorain Journal Co. v. United States, 342 U.S. 143, 152–153 (1951).

(212) 关于需求合同与产出合同的区分，参见 Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice* (6th ed.), West Academic Publishing, 2020, p. 563.

(213) 国家市场监督管理总局行政处罚决定书国市监处〔2021〕74号（美团案）；国家市场监督管理总局行政处罚决定书国市监处〔2021〕28号（阿里巴巴案）。

(214) 上海市市场监督管理局沪市监反垄处行政处罚决定书（2020）06201901001号（食派士案）。

的法律制度进行评估是恰当的。

按照美国反垄断法，适用独家交易制度需要证明存在明示或默示的独家交易意图。⁽²¹⁵⁾ 前例中，DF 与 C 的合同中明确规定了独家交易义务，显然满足这一要求。进一步假设，DF 并未向 C 直接提出此等明确要求，而是单方径直拒绝与那些与 R 交易的 C 进行交易，以此引诱 C 放弃与 R 交易。如果 C 可以从中推测出 DF 要求独家交易的意图，亦应该按照独家交易行为进行审查。⁽²¹⁶⁾ 例如在洛雷恩日报案⁽²¹⁷⁾ 中，《洛雷恩日报》是一家地方性报纸，它在本地广告服务市场具有垄断势力。当一家电台进入该市并提供了电台广告时，《洛雷恩日报》开始拒绝接受来自那些使用电台广告的广告主的广告业务，并且仅在后者停止使用电台广告之后才肯恢复业务关系。此举严重阻碍了广告主在电台发布广告的积极性。法院认定这一行为构成企图垄断。尽管法院没有明示，但从分析论证来看，法院实质上认为它构成独家交易行为。⁽²¹⁸⁾ 法院认为，由于《洛雷恩日报》在本地广告市场具有垄断地位，此举强迫广告主放弃使用电台广告业务，导致电台可用的本地广告业务客户减少（即客户封锁效应），进而强化了《洛雷恩日报》在该市场的垄断地位。⁽²¹⁹⁾

但如果不能从 DF 的行为中推断出其要求独家交易的意图，而只是拒绝交易导致了独家交易的结果，则不能从结果反推独家交易行为。传统反垄断法有时以一种“类似独家交易”的制度审查此类行为。例如，美国反垄断学理将一些虽然不具有排他性协议但具有“阻碍买方与垄断者竞争对手交易之‘实际效果’的安排”称为“准独家交易”，实践中有时依据《谢尔曼法》第 2 条加以审查。⁽²²⁰⁾

2. 适用本市拒绝交易制度的场景

进一步假设，如果 A 产品存在直接网络效应⁽²²¹⁾，因此 R 的 A 产品（R_A）要对客户 C 具有足够的价值和吸引力，必须与 DF 的 A 产品兼容。DF 并没有直接拒绝与客户 C 交易，而是拒绝 R 兼容其 A 产品，从而引诱客户不与 R 交易而与 DF 交易（图 11b）。就效果而言，它与独家交易类似，吸引客户只与其交易。

但这时 DF 与客户 C 之间并不存在限制 C 交易行为的协议，因此导致反竞争的最重要的因素

(215) 《克莱顿法》第 3 条规定，如果经营者“以承租人或购买者不使用或交易出租人或卖方竞争对手的（商品）为条件、协议或谅解，出租、销售或合同销售（商品）……或者确定其价格，或者确定此价格的折扣或返点”，并且“可能具有在任何商业领域显著削弱竞争或趋于垄断的效果”，则为非法。

(216) 海能达通信股份有限公司与摩托罗拉系统中国有限公司北京分公司等滥用市场支配地位纠纷，北京知识产权法院民事判决书（2017）京 73 民初 1671 号（“上述被诉行为构成限定交易行为的前提之一是被诉行为中可以直接或间接看出被告二具有要求成都地铁方仅与其进行交易的意思表示”）。

(217) *Lorain Journal Co. v. United States*, 342 U.S. 143 (1951).

(218) Erik Hovenkamp, *The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech*, 131 *Yale Law Journal* 1483, 1538 (2022); Erik Hovenkamp, *Antitrust's Refusal-to-Deal Doctrine: The Emperor Has No Clothes*, *Antitrust Chronicle* (September 2024), p. 6; Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice* (6th ed.), West Academic Publishing, 2020, p. 381.

(219) *Lorain Journal Co. v. United States*, 342 U.S. 143, 149–150 (1951).

(220) Areeda & Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, para. 1800a (2024); Simon & Simon, *PC v. Align Technology, Inc.*, 533 F. Supp. 3d 904, 916 (N.D. Cal. April 2021).

(221) U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines* (08/19/2010), § 2, p. 6.

不是限制性协议，而是 DF 拒绝与 R_A 交易：拒绝与 R_A 交易本身就足以吸引客户放弃使用其产品，从而削弱其竞争地位；无须再经由如下机制来削弱 R_A 的竞争地位，即吸引客户只与 DF_A 交易，进而封锁后者的客户群（独家交易的损害机制）。另外，这一场景中提供救济时会涉及对单一企业施以交易义务的问题。因此，此时更适宜作为拒绝交易行为进行分析，而非按照独家交易行为的分析框架。而且，由于 DF 与 R 在本级市场上直接竞争，此种拒绝交易行为属于横向（本级）拒绝交易行为，宜按照本市拒绝交易行为的相应分析框架加以考察。

3. 适用邻市拒绝交易制度的场景

独家交易也可以发生传导效应。假设 DF 在 A 市场具有支配地位，同时在 B 市场经营并与 R_B 竞争，它要求客户 C 只能购买自家的 B 产品，否则拒绝与其交易 A 产品。这时 DF 借助自己在 A 市场上的支配地位，试图通过独家交易行为在 B 市场损害竞争（其机制类比适用图 10a）。例如，在“3Q 案”中，腾讯公司要求 QQ 用户在 QQ 与 360 杀毒软件之间作出“二选一”的选择。假设腾讯公司在 QQ 所在的个人通讯市场具有市场势力，并假设其“二选一”政策的目的是逼迫用户只能使用自家的杀毒软件，而不得使用（包括 360 杀毒软件在内的）所有其他杀毒软件，以便在杀毒软件市场排斥竞争。⁽²²²⁾ 在这种假设之下，腾讯的“二选一”政策可视为传导型独家交易行为。

此场景中的独家交易与前述搭售行为非常相似，唯一区别在于，DF 并不要求 C 为获得 A 必须同时购买其 B，而只是要求它，若购买 B 则必须向 DF 购买。⁽²²³⁾ 例如，在 Realpage 案中，原告主张，被告亚地公司（Yardi）销售的专门面向物业管理的计算机会计软件 Voyager，在物业管理后台会计软件市场具有显著市场势力；该等软件通常需要托管在云服务平台，而原告和被告在面向物业需求的垂直云服务市场上竞争。原告主张，被告强迫其 Voyager 用户接受修改许可协议，从而禁止后者使用亚地公司以外任何垂直云服务来托管 Voyager 软件，并威胁不接受该等修改的用户将被终止使用 Voyager 的许可。原告同时依据搭售、独家交易和企图垄断三种理论提起诉讼，法院认定原告的主张满足了这三个理论的要求。⁽²²⁴⁾ 由于被告并未要求 Voyager 用户必须购买垂直云服务，而是要求如果购买垂直云服务则必须向其购买，因此更符合独家交易行为的定性。

有鉴于此，前述图 10 同样适用于传导型独家交易行为与邻市拒绝交易行为之间的关系。唯一区别同样在于，A 产品的用户 C 是否必须同时使用 B 产品？如果 A 产品必须配合 B 产品使用，则具有搭售效果；如果 A 产品无须配合 B 产品就能使用，则 DF_A 拒绝与 R_B 兼容只具有独家

(222) 这一假定与案件查明的事实不符，因为该案查明腾讯实施“二选一”政策的目的是维护其在个人腾讯市场上的地位，这一地位因 360 杀毒软件的拦截行为而受到严重威胁。

(223) Christopher R. Leslie, *Antitrust Law and Intellectual Property Rights: Cases and Materials*, Oxford University Press, 2001, p. 158.

(224) RealPage, Inc. v. Yardi Systems, Inc., 852 F. Supp. 2d 1215, 1218–1220, 1223–1230 (C.D. Cal. 2012).

交易的效果。

六、结语

随着数字经济的快速发展，包括拒绝交易在内的传统反垄断规制制度已难以完全应对复杂的市场环境。国内外学术界提出了大量强化规制数字经济的新主张，包括突破甚至完全抛弃反垄断法范式设立新制度，如必需设施理论、守门人制度、新公用事业制度。有些主张甚至已经在某些法域付诸立法，如欧盟、英国、德国。

然而，新的制度创设往往会造成巨大的新的不确定性和管制过度问题。尤其是在数字经济这一变革突飞猛进的领域，任何规制方案都可能一夜之间被新技术创新颠覆。例如，AI技术的发展已经导致传统搜索引擎岌岌可危，欧盟《数字市场法案》的相关制度刚开始实施就已过时。就此而言，在穷尽现有制度的完善可能性之前，贸然进行所谓的范式转换是非常不负责任的。现有反垄断制度拥有极其丰富的理论和实践资源，其范式也具有足够强大的延展性。

数字经济的发展固然给现行反垄断法的适用带来诸多挑战。但有什么法律领域不是如此呢？新挑战要求学术界更加努力地研究如何调适和完善现有制度，以适应新的环境变化，而非放弃现有资源一脚踏进更加未知的汪洋大海。这不是学术创新的标志，而是学术懒惰的表现。

笔者借鉴并推进研究艾瑞克·霍温坎普提出的分类规制拒绝交易行为的方案，旨在以类型化的方法更加细腻地平衡市场竞争与创新激励之间的关系。未来的反垄断法改革应细化拒绝交易行为的分类标准，确保法律适用的精准性和有效性，以应对数字经济带来的新挑战。

Optimization of the Antitrust Regime for Refusal to Deal in the Digital Age

—Exploring Approaches for Regulating Platform Blocking Under the
Existing Antitrust Paradigm

LAN Lei

Abstract: The traditional refusal-to-deal rules, typified by the US Aspen case and the EU Bronner case, adopt extremely stringent illegality standards, based on the basic assumption that enterprises enjoy a high degree of commercial autonomy, taking refusal-to-deal between competitors as a typical pattern of practice, and taking that the obligation to deal will affect incentives for investment, administrability, and the probability of collusion as the basic considerations. However, in the highly networked market environment, new types

of refusal to deal, such as platform blocking, occur frequently, and they have significantly different characteristics from the aforementioned typical pattern of practice, making it difficult for the traditional rules to meet regulatory needs of the digital economy. Academics and practitioners have put forward a variety of proposals, such as the essential facilities doctrine, the theory of gatekeepers or new public utilities, and natural monopoly regulation. These proposals have insurmountable shortcomings. A more feasible path is to explore the development of a typology of refusal-to-deal rules under the existing antitrust paradigm. Refusal to deal can be divided into two categories: “primary refusal to deal” and “secondary refusal to deal”. The former involves the refusal of a dominant firm to share a key input with its competitors in its primary product market, and the antitrust law should intervene cautiously. The latter involves the refusal of a dominant firm to share a key input with its competitors in a secondary market, and is subject to the less stringent standard of significant foreclosure effects or competition distorting effects. Secondary refusals are similar in form and effect to conditional refusals such as tying and exclusive dealing, and in order to prevent the two-way escapes between the secondary refusal and the secondary refusal regimes, the boundaries between refusal regime and neighboring regimes should be clarified, and appropriate legal frameworks should be selected according to the specific types of behavior.

Keywords: Refusal to Deal; Antitrust Law; Platform Blocking; Primary Refusal to Deal; Secondary Refusal to Deal

(责任编辑: 江山 汪友年)