

李 剑 著



反垄断法核心设施 理论研究



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS



反垄断法核心设施 理论研究

李 剑 著



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

内容提要

核心设施理论是反垄断法中历史悠久又充满争议的领域。核心设施理论存在的必要性、救济的可行性以及如何界定核心设施是该领域最为重要、并相互关联的三个部分。对其的研究,集中地体现了如何理解反垄断法与相关法律的关系,如何在反垄断法制度框架内平衡投资激励与开放市场,如何构建新的实施体系以更好实现反垄断法目标等有意义并有趣的问题。

图书在版编目(CIP)数据

反垄断法核心设施理论研究 / 李剑著. —

上海:上海交通大学出版社, 2015

ISBN 978-7-313-13553-7

I. ①反… II. ①李… III. ①反垄断法—研究 IV. ①D913.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 180263 号

反垄断法核心设施理论研究

著 者: 李 剑

出版发行: 上海交通大学出版社

邮政编码: 200030

出 版 人: 韩建民

印 制: 虎彩印艺股份有限公司

开 本: 787 mm×960 mm 1/16

字 数: 155 千字

版 次: 2015 年 8 月第 1 版

书 号: ISBN 978-7-313-13553-7/D

定 价: 45.00 元

地 址: 上海市番禺路 951 号

电 话: 021-64071208

经 销: 全国新华书店

印 张: 11

印 次: 2015 年 8 月第 1 次印刷

版权所有 侵权必究

告读者: 如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话: 0769-85252189

反垄断法的魅力之一在于几乎所有的反垄断法问题都充满争议。尽管在某一时期某一学术流派会占据“支配性地位”，但在积淀理论共识的同时，新的学术流派仍然不断涌现，并带来新的思想冲击，形成“创造性破坏”。过去的百年历史中，不管是哈佛学派、芝加哥学派、后芝加哥学派，还是弗莱堡学派，不管是在搭售、掠夺性定价、卡特尔还是转售价格维持上，理论上的争议无不反映出反垄断法学术市场的活跃与生命力。而在一定程度上而言，理论争议的价值正在于不断引入对问题的新看法，不断反思理论体系的合理性与基础所在。

围绕核心设施理论所产生的各种观点同样如此。必须要承认，面对不断演化而活跃异常的市场，面对不断涌现的新产业、新技术，建立严格意义上统一并包罗万象的反垄断法理论框架或许只是乌托邦式的幻象。争议是一种对理论认识进行修正的需要。争议越多的领域，往往也说明理论的修正越是积极，理论界进行了有效回应。而理论研究的价值并非简单地判断相关案件的结果，而在于对反垄断法的边界、合理性构建等进行不断拷问。核心设施理论中所包含的思考，不管是针对反垄断法中最为基本的问题，如市场与政府的关系、管制与反垄断法的关系，还是细节性的问题，如核心设施如何界定，相关权利如何救济，莫不如此。因此，核心设施理论上的争议，包含了对基础问题和实践问题的结合与思考，本身就具有价值。

本书归纳了核心设施理论所涉及的最为重要的三个问题并展开论述：核心设施理论的必要性、核心设施救济的可行性以及核心设施界定标准的界定与适用标准。虽然这三个方面并非核心设施理论的全部，但却是核心设施理论最具有争议性的核心部分，可以充分展现该理论关注的根本问题，以及面临的挑战，也因此，能够反映对这些相关问题

从不同层面、角度的不断思考。分析的视角与材料选择或许已经隐含了对问题的回答,但秉持前述理念,本书对于核心设施理论的研究,并非旨在提供对于核心设施的“正确认识”,并非单纯认定某一案件处理结果是否合适,而更多的是希望通过对理论争议的梳理、解读、分析与质疑,提供够多的思考路径。这一尝试的成效有待检验,但希望成为理论演化中的一环。

引言：两难的核心设施理论	1
第一章 核心设施理论的必要性	13
一、契约自由的源头与含义	14
二、契约自由的限制	17
三、自由竞争与垄断的关系	24
四、反垄断法层面上核心设施理论的存在基础	30
第二章 救济的可行性	50
一、救济的方法问题	51
二、救济的能力问题	61
第三章 核心设施的界定与适用标准	81
一、核心设施界定上的主要标准	81
二、从相关市场界定出发的严格限定	99
三、核心设施理论适用标准的构建	110
第四章 核心设施理论与知识产权	119
一、是否需要区分有形财产和无形财产	122
二、知识产权自身包含的限制	135
三、中国专利强制许可制度与核心设施理论	138
结语	151
参考文献	153
索引	169

引言： 两难的核心设施理论

核心设施理论(Essential Facility Doctrine)^[1]是反垄断法中历史

[1] Essential Facility Doctrine 的中文翻译可谓五花八门。其中, Essential Facility 主要的翻译包括: 关键设施、枢纽设施、必要设施、必要设备、必需设备、关键设备等等。如此不统一的主要原因在于我国对于反垄断法的研究时间并不长, 很多问题主要还是以借鉴国外立法为主, 而在相关理论引入的过程中, 因为缺乏国内学者充分的讨论, 使得在一些问题上还没有达成共识, 包括术语的名字。本文采用核心设施理论的译名主要考虑几个方面的原因: 首先, 将 essential 翻译为“核心”更为切合这一制度在反垄断法中的含义, 能够突出其在竞争中的重要作用。核心在一个系统中只有一个, 而“关键”却可以有多个, 相比之下, “必要”的重要性则要更低一些。同时, 与本文采用严格限定该理论适用范围的观点相一致, 希望在援引时限制在一个较小的范围, 因而更要突出其重要性。其次, 将 facility 翻译为“设施”相比“设备”更契合 facility 所指向的对象。在现有的核心设施判例中, 其指称的对象包括证券交易所、滑雪场、有线电视网等, 如果称之为“设备”与中文用语习惯不相符合, 而叫“设施”更为恰当。虽然按照英文的直译, “doctrine”经常被译为“原则”。但是, 由于“原则”在法学领域中有其特定的用法, 而此处与法学理论中的原则存在很大的差异, 因此本文翻译为“理论”。在国家工商行政管理总局 2010 年颁布实施的《禁止滥用市场支配地位行为的规定》中, 该规范性文件采用了“必需设施”作为对应的术语。不过, 考虑到学术界通常采用的说法, 前述相关理由, 并且为了全文行为的方便, 对相关文献的引用上统一采用“核心设施理论”的说法。

目前国内的相关研究文献主要包括李剑:《专利强制许可与核心设施理论的适用——兼评〈专利法〉第 48 条第 2 款和〈反垄断法〉的衔接》, 北大法律评论, 第 12 卷第 2 辑; 张哲:《析“关键设施”原则在知识产权许可领域的应用》, 电子知识产权, 2011 年第 5 期; 李剑:《反垄断法下核心设施的界定标准——相关市场的视角》, 现代法学, 2009 年第 3 期; 李剑:《反垄断法核心设施理论适用中的效果权衡——反思 Magill 案》, 经济法论丛, 2009 年第 17 卷; 江山:《滥用市场支配地位规制中的必需设施规制》, 河南省政法管理干部学院学报, 2008 年第 4 期; 徐士英:《“必需设备原理”在反垄断法中应用之评析》, 安徽大学法律评论, 2008 年卷; 黄武双:《竞争法视野下的关键设施规则在知识产权领域的运用——以欧盟判例为主线》, 电子知识产权, 2008 年第 7 期; 袁小荣:《论关键设施规则在知识产权拒绝许可反垄断中的适用》, 科技与法律, 2007 年第 5 期; 林平、马克斌、王轶群:《反垄断中的必需设施原则: 美国和欧盟的经验》, 东岳论丛, 2007 年第 1 期; 谢红慧:《欧盟竞争法中的“必要设施原则”》, 北京政法职业学院学报, 2005 年第 2 期; 黄杰华:《欧盟竞争法下的“关键设施原则”》, 西南政法大学学报, 2003 年第 4 期; 文学国:《滥用与规制——反垄断法对企业滥用市场优势地位行为之规制》, 法律出版社, 2003 年版。

悠久,又极富争议的制度。这一理论多年来既受到评论者严厉的批评^[1],同时也得到支持者的大力维护^[2]。这些观点,也在不少案件中得以交锋。而从反垄断法发展的角度而言,正是因为争议性,其理论的意义、价值与生命力得以展现。

1912年的 *U. S. v. Terminal Railroad Association of St. Louis* 案^[3]被认为是核心设施理论的源头。在该案中,圣路易斯市是美国各地铁路网的重要汇集地之一,在19世纪与20世纪交替之际,有24条来自全美各地的州际铁路线抵达该处。但是由于密西西比河的宽大,以及高山将河流分隔的地形因素,这些州际铁路线在抵达河岸之前必须设立终点站。跨越大河有三种途径,分别是 St. Louis 桥、Merchants 桥,及 Wiggins 渡轮公司。使用桥梁跨越大河时,必须先使用当地的换车站(terminal)及铁道等设施连接到跨河大桥,经过大桥后再使用对岸

[1] 可参见: Phillip Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law* (2d ed. 2002)(将核心设施理论描述为“损害性的”、“无必要的”和“应当被抛弃的”); Phillip Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, 58 *Antitrust Law Journal*, at 841, 852-853(1989)(批评这一理论,认为其有根本性的错误); Michael Boudin, *Antitrust Doctrine and the Sway of Metaphor*, 75 *Georgetown Law Journal*, at 395, 397-403(1986); Richard J. Gilbert & Carl Shapiro, *An Economic Analysis of Unilateral Refusals to License Intellectual Property*, 93 *Proceedings of the National Academy of Sciences*, at 12749, 12754(1996), available at <http://pnas.org/cgi/reprint/93/23/12749.pdf> (认为知识产权的强制许可等同于核心设施理论,无法带来福利提升); Keith N. Hylton, *Economic Rents and Essential Facilities*, 1991 *BYU Law Review*, at 1243, 1244-1245; Abbott B. Lipsky & J. Gregory Sidak, *Essential Facilities*, 51 *Stanford Law Review*, at 1187, 1248(1999)(批评这一理论缺乏内在的一致理性); David McGowan, *Regulating Competition in the Information Age: Computer Software as an Essential Facility Under the Sherman Act*, 18 *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, at 771, 850-851(1996); Gregory J. Werden, *The Law and Economics of the Essential Facility Doctrine*, 32 *Saint Louis University Law Journal*, at 433(1987)。

[2] 可参见: Brett Frischmann & Spencer Weber Waller, *Revitalizing Essential Facilities*, 75 *Antitrust Law Journal*, at 1(2008)(提出了“基础设施理论”); Robert Pitofsky, Donna Patterson & Jonathan Hooks, *The Essential Facilities Doctrine Under U. S. Antitrust Law*, 70 *Antitrust Law Journal*, at 443(2002); Spencer Weber Waller, *Areeda, Epithets, and Essential Facilities*, 2008 *Wisconsin Law Review*, at 359(回应了 Areeda 对核心设施理论的批评)。

[3] 波斯纳认为,这一案件是因为地区法院不愿意下令解散终端铁路协会,所以为了救济的目的,它只能把该案作为一个单方拒绝交易的案件来处理,因此只能命令该协会以非歧视性的条件跟竞争对手铁路做交易(参见(美)波斯纳:《反托拉斯法》(第二版),法律出版社,2003年版,第244页)。

的换车站及铁道,才能抵达其他铁路线的终点站。桥梁、渡轮、两岸的换车站及连桥铁道原本是由不同的铁路公司所有,并形成三项铁路跨河设施相互竞争的状况。虽然有重复投资浪费资源的问题,但是这种竞争也带来价格降低、服务质量提升的作用。后来,数家经营当地换车站、连桥铁道的公司与 St. Louis 桥联合成立 Terminal Railroad Association of St. Louis 公司(简称 TR 公司),完全掌控圣路易斯铁路跨河设施。通过审理,法院最后认定 TR 公司构成垄断化行为。在这一案件中,美国法院首次提到要求开放使用设施的原因在于两个方面:一是其他运输公司在事实上无法建立自己的跨河设施;二是运输公司要通过 St. Louis 市需要使用这些设施。也正是这两个因素的考虑,使得该案被认为是核心设施理论的源头^{〔1〕}。

在 U. S. v. Terminal Railroad Association of St. Louis 案之后,美国还有 Otter Tail Power Co. v. United States 案^{〔2〕}、MCI Communication Corp. v. AT&T, Inc. 案^{〔3〕}、Anaheim v. Southern California Edison Co. 案^{〔4〕}、Paladin Associates, Inc. v. Montana Power Co. 案^{〔5〕}等对于核心设施理论的发展具有影响的一系列案件。在这些案件中,相关的理论争议得以延伸到不同的产业之中。

除了美国之外,当前世界另一个最为主要的反垄断法法域欧盟,也同样对于核心设施理论所引发的问题进行了广泛而持久的争议。欧盟是在 Bronner 案中对核心设施理论进行了全面的分析,在总结之前判例形成的适用条件外,确定了衡量核心设施“必不可少”的因素^{〔6〕}。该案的基本情况是,原告 Bronner 是一家小范围发行的报纸出版商,而被告 Mediaprint 则是一家大的报纸出版商,并且拥有全国范围内送报系统,可以每天早上送报上门。原告请求使用被告的该送报系统被拒绝,

〔1〕 Marissa A. Piropatto, Open Access and the Essential Facility Doctrine: Promoting Competition and Innovation, 2000 The University of Chicago Legal Forum, at 369 (2000).

〔2〕 410 U.S. 366(1973). 该案也被很多学者视为美国联邦最高法院支持核心设施理论的案件。

〔3〕 708 F.2d 1081(1983).

〔4〕 955 F.2d 1373(1992).

〔5〕 328 F. 3d 1145(2003).

〔6〕 Case C-7/97, Oscar Bronner vs. Mediaprint, [1998] ECR I-7791.

因此提起诉讼。原告认为被告的拒绝行为是滥用市场支配地位,但是法院并没有接受。在该案中,法院确立的核心设施理论的适用条件是:① 被告有市场支配地位;② 被告所拥有的被请求产品或服务是必不可少的,不存在现实的或潜在的替代品;③ 拒绝行为有可能消除来自请求者的所有竞争;④ 拒绝无正当理由^{〔1〕}。其中关于必不可少因素,法院的认定是:① 上游产品对于下游产品开展活动时必不可少的;② 没有科技或经济或法律上的障碍,没有不合理的困难妨碍单独建立或与其他经营者合作建立该设施。在该案中,Bronner 出版商还可以选择其他方法送报,并且可以在商场出售,尽管这种方式会使其在竞争中减少优势,但是并不会消除其在报纸销售市场上的所有竞争^{〔2〕}。另外,与其他经营者合作建立相同设施的可能性也存在,所以不能认为该设施是核心设施,而拥有该设施的出版商也没有必须与 Bronner 进行交易的义务^{〔3〕}。

除了 Bronner 案之外,欧盟有影响力的案件还包括: Commercial Solvents 案^{〔4〕}、Magill 案^{〔5〕},等等。无一例外的是,这些案件也都引发了理论界和实务界的热烈讨论,涉及核心设施的定义、必要性以及如何合理地适用等诸多方面。

实际上,正是因为争议比较大,甚至对于“核心设施”本身的定义也在一定程度上难以达成一致。因为定义中必定会包含什么是核心设施,以及其构成的基本要件,而这些部分,恰恰是该理论中争议最大的部分之一。例如,按照欧共体的认定,核心设施是可以和消费终端直接连接,并可以被竞争者视为对经营有价值的设施。同时,这一设施还基于地理、法律或经济上的原因无法,或者非常难以复制^{〔6〕}。还有学者

〔1〕 Case C-7/97, Oscar Bronner vs. Mediaprint, [1998] ECR I-41.

〔2〕 Ibid, para. 43.

〔3〕 Ibid, para. 44.

〔4〕 [1974] ECR 223.

〔5〕 Joined cases C-241/91 P and C-242/91 P, Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Commission of the European Communities, [1995] ECR I-00743.

〔6〕 文学国:《滥用与规制——反垄断法对企业滥用市场优势地位行为之规制》,法律出版社,2003年版,第449页;谢红慧:《欧盟竞争法中的“必要设施原则”》,北京政法职业学院学报,2005年第2期。

认为,核心设施理论是当某项设施对于一个人能否在市场上进行营运是关键的,那么在某些情况下该设施的所有者有义务准许他人进入该项设施^{〔1〕}。此外,有学者认为,核心设施理论是指,如果上游市场中的一个主导企业控制了下游生产不可缺少且不可复制的核心设施(包括基础设施、技术和自然条件等),则有义务让下游厂商以适当的商业条款使用该项设施,以避免限制竞争的后果^{〔2〕}。还有学者认为,核心设施理论是指取得了市场支配地位的网络所有权人有义务保证竞争对手能够以适当的条件进入网络^{〔3〕}。这些定义上的差别实际上直接关联到对于核心设施理论本身的理解以及实务判断时的标准设定。

为了研究探讨上的方便,本文从相关研究中的共识出发,认为核心设施理论强调的是在反垄断法理论中,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。应当说,这一内涵在反垄断法体系中具有非常重要的意义。因为根据核心设施理论,相关设施的拥有者将不再享有契约自由的权利而必须承担特殊的责任,从而使得市场被完全封闭的状况被禁止。例如,在一些传统上被认为是自然垄断的行业中,由于规模经济和范围经济的存在,只建立一个覆盖整个市场的网络是最优的。但由于技术或经济的原因,终端服务往往由于没有自然垄断属性,可以开放竞争来提高整体的效率。但是,当网络的拥有者同时也经营终端服务时,出于在下游市场获得更多交易机会的考虑,它会拒绝其他的终端服务商使用自己网络的要求。在此情况下,即便终端服务是可以竞争的,但由于网络本身的“核心”地位,网络的拥有者会同时垄断上、下游产业,造成下游市场的封闭。因此,如果要实现终端服务的市场竞争,同时又不造成社会资源的浪费,那么让网络的拥有者在合理的条件下开放使用则是必然的选择。而这一要求体现在反垄断法理论上,就是核心设

〔1〕 黄杰华:《欧盟竞争法下的“关键设施原则”》,西南政法大学学报,2003年第4期。

〔2〕 林平,马克斌,王轶群:《反垄断中的必需设施原则:美国和欧盟的经验》,东岳论丛,2007年第1期。

〔3〕 明华,杨莉:《基础设施原理在反垄断法中的适用》,当代经理人,2006年第21期。

施理论的确立。

不过,这种理论上的合理性非常抽象,一旦涉及具体的法律实施,则因为种种细节需要确认而面临很大的争议。例如,在何种情况下才构成核心设施,从而需要被分享?由于设施被共享,从而导致投资激励下降的风险如何来权衡?如此等等。执法机构和司法机构的态度无疑反映了对核心设施理论在上述问题上的迟疑。该理论的渊源虽然流长,但“Essential Facility Doctrine”文字第一次出现在美国高等级法院的判决中则是终端铁路案发生 65 年之后的 *Hecht v. Pro-Football* 案^[1]。而到了 1983 年的 *MCI* 案^[2]时,美国法院才第一次提出判断核心设施的四个标准^[3]。美国联邦最高法院在这一问题上更是有所保留,从来没有正式地提到过核心设施。美国一些下级法院的判决则采用了核心设施理论——虽然他们经常发现在呈现的事实中缺少一个或多个基本要件。*Hylton* 教授曾引用了一个 1952 年的案件 *Gamco, Inc. v. Providence Fruit & Produce Bldg., Inc.*^[4],认为这其实是下级法院第一个清楚表达核心设施理论的案件。但是,他同时也注意到,直到 1970 年代这一理论都是不显山不露水的^[5]。

在欧共体竞争法中,核心设施理论的确立也经历了很长的时间。学理上认为,欧洲法院最先依据核心设施理论处理的案件是 1974 年的 *Commercial Solvents* 案^[6]。但是,值得注意的是,该案的判决中也没

[1] 570 F.2d 982, 992(D. C. Cir. 1977).

[2] *MCI Communications v. AT & T Co.* 708 F. 2d 1081(1983).

[3] 而且,美国最高法院至今仍然没有对这一理论有明确的态度。学说中经常讨论的其他 5 件美国最高法院判决,即 1927 年 *Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co.*, 1951 年 *Lorain Journal Co. v. U. S.*, 1973 年 *Otter Tail Power Co. v. U. S.*, 1985 年 *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highland Skiing Corp* 以及 1992 年 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 虽然都是单方拒绝交易案件,而不涉及垄断协议的问题,但是,美国联邦最高法院从未以核心设施理论作为判决依据,最多只在 *Aspen Skiing* 一案的最后一个脚注提到:“既然已有足够证据支持下级法院判决,我们认为没有必要讨论核心设施理论的可能相关性。”(参见刘孔中:《以关键设施理论限制专利强制授权之范围》,(台湾)公平交易委员会季刊,第 15 卷第 1 期)

[4] 194 F.2d 484 (1st Cir. 1952).

[5] Keith N. Hylton, *Economic Rents and Essential Facilities*, 1991 *BYU Law Review*, at 1243, 1274 (1991); Gregory J. Werden, *The Law and Economics of the Essential Facilities Doctrine*, 32 *Saint Louis University Law Journal*, at 433, 442(1987).

[6] *Joined Cases 6 - 7/73*, [1974] *ECR* 223.

有直接使用“核心设施理论”的字样^[1]。直到1992年的B&I v. Sealink案^[2]时,欧共体委员会才正式明文承认核心设施理论并将其作为裁决推论的依据。在该案中,法院认为,如果拥有并使用核心设施的支配性企业拒绝让其竞争对手使用,或者以相比其自己提供服务不利的条件同意竞争对手使用该设施,从而使得其竞争对手处于竞争劣势的,违反《罗马条约》第86条(即现行第82条)。而从时间上看,这一案件迄今也不过是20余年的时间。

法律实施机构的迟疑反映的是核心设施理论上争议所带来的不确定性。尽管核心设施理论涉及的问题可以扩展到很多领域,但综合而言,在反垄断法理论框架下,核心设施理论最为核心的问题在于以下三个方面:

首先是必要性问题。如果从掌握核心设施的企业角度来看,反垄断法上的核心设施理论实际上就是一种法律强加的交易义务,是拥有核心设施的企业相比普通企业所要额外承担的义务。而这种义务和自由经济的本质存在非常大的冲突。自由经济下的自由竞争允许企业自由选择交易的对象,自由决定是否进行相关交易,以及进行何种交易。正是自由交易的存在才使得市场机制能够有效地进行资源配置,提升社会福利水平。

反过来说,核心设施所附加的交易义务会产生对核心设施的拥有人与设施的请求者之间的激励问题。例如,假设法院要求垄断者分享一个设施,并将价格确定在其对接入收取的垄断价格之下。这一强迫分享会减少绝对损失并提高静态效率,但是同时也可能降低动态效率。这有两个原因。一是降低了垄断者的事后利润,这反过来会降低他投资特定设施的事前激励^[3]。二是强迫分享降低了反垄断原告的动态效率。可以获得垄断者的设施减少了原告投资开发自己的竞争性设施

[1] Sebastien J. Evrard, Essential Facilities in The European Union: Bronner and Beyond, 10 Columbia Journal of European Law, at 491(2004).

[2] [1992] 5 CMLR 255.

[3] Mats A. Bergman, When Should an Incumbent Be Obligated to Share its Infrastructure with an Entrant Under the General Competition Rules?, 5 Journal of Industry, Competition and Trade, at 19-20(2005).

的激励,推动了垄断者对设施的控制并减少了未来的竞争^[1]。可以确定的是,在法院或者行政执法机构严格坚持设施完全不能被其他人复制的案件中,这可能不是问题。但是仍然存在法院或者行政执法机构低估了被复制的可能性的风险。此外,未来的竞争者可能被抑制建立设施,但是在第一阶段不可能的事,如果允许接入到现有设施,在第二阶段可以变得可能^[2]。

此外,而在反垄断法理论框架中,核心设施理论也被认为可能并不能发挥所谓提升市场竞争,从而提升效率和消费者福利的作用。Areeda 和 Hovenkamp 用了一个简单的例子来说明:假设一个垄断者拥有将天然气输送到消费者那里的管道。竞争价格和产出分别是每单位 1 美元共 100 单位,相应的,垄断价格是 1.5 美元,产出量为 80 单位。法院要求垄断者销售 20 单位给原告,但这并不能改变消费者福利。垄断者继续通过销售 80 单位(20 单位给原告,60 单位给其他买家)并将价格设定在 1.5 美元来最大化利润。如果要求垄断者按照竞争价格销售给原告能避免这一问题,但又会导致 Scalia 法官在 Trinko 案中提到的中央计划者(central-planner)或者公共效用(public-utility)问题^[3]。法院无法很好地决定竞争价格是多少,而且价格损失可能改变,因此法院就需要保留监管权限^[4]。Hylton 有类似的观点。他举例认为,拥有排他性接入设施权利的企业能够通过减少产出品的方式建立竞争优势。要求这一企业和竞争对手分享设施会形成激励,让两者将产出设定在不高于以往的水平上。这一结果可能只是对垄断利润或者租的简单再分配,而不是减少这些利润^[5]。

[1] PHILLIP AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW, 770 - 771 (2d ed. 2002). p. 173.

[2] Thomas F. Cotter, The Essential Facilities Doctrine, Antitrust Law and Economics, Keith N. Hylton, ed., Edward Elgar Publishing(2008).

[3] Trinko, 540 U. S. at 408.

[4] David McGowan, Why the First Amendment Cannot Dictate Copyright Policy, 65 University of Pittsburgh Law Review, at281, 309 - 313(2004); Abbott B. Lipsky, Jr. & J. Gregory Sidak, Essential Facilities, 51 Stanford Law Review, at 1223(1999).

[5] Keith N. Hylton, Economic Rents and Essential Facilities, 1991 BYU Law Review, at 1252(1991).

其次,是如何在反垄断法上界定核心设施理论也是一个重要的问题。由于核心设施理论的存在,一旦设施被认定为核心,核心设施的拥有方就会被要求以合理的条件开放设施的使用,无疑会让请求方直接获得市场的竞争优势(或者在这一设施上的平等竞争地位),可以节省大量的投资,也在很大程度上刺激了企业想方设法往呈现“模糊”特点的核心设施理论上靠,寄望于通过法院和反垄断法执法机构的力量来走捷径。这使得在实务中,核心设施理论已经呈现“泛滥”的宽泛申请适用之势。例如,美国的法院在案件中所涉及的核心设施包括纽约证券交易所^[1]、计算机航空预定系统^[2]、现代零售网络^[3]、区域电力销售网络^[4]、天然气管道^[5]、石油管道和存储设施^[6]、码头^[7]、飞机场终端设备^[8]、足球和棒球馆^[9]、贝尔公司曾经的本地电话网络和全国范围的传送和交换系统^[10]等。而且,由于美国反垄断法对私人执行的开放态度,在3倍赔偿以及核心设施理论特殊的救济效果的刺激下,具有创造性的反垄断律师已经尝试将这一原则适用到更为宽泛领域,包括:医院^[11]、滑雪场^[12]、软饮料^[13]、信用卡^[14]、牛奶产业^[15]、有线电视^[16]、公寓出租

[1] Silver v. New York Stock Exch., 373 U.S. 341(1963).

[2] Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc., 948 F.2d 536(9th Cir. 1991), cert. denied, 503 U.S. 977(1992).

[3] Delaware & Hudson Ry. Co. v. Consolidated Rail Corp., 902 F.2d 174(2d Cir. 1990).

[4] Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U.S. 366(1973).

[5] City of Chanute v. Williams Natural Gas Co., 955 F.2d 641(10th Cir. 1992).

[6] Florida Fuels v. Belcher Oil Co., 717 F. Supp. 1528 (S.D. Fla. 1989).

[7] Driscoll v. City of New York, 650 F. Supp. 1522 (S.D.N.Y. 1987).

[8] Interface Group, Inc. v. Massachusetts Port Auth., 816 F.2d 9 (1st Cir. 1987).

[9] United States Football League v. National Football League, 634 F. Supp. 1155 (S.D. N.Y. 1986).

[10] MCI Comm. Corp. v. American Tel. & Tel. Co., 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983).

[11] Schueller v. Norman, 1995-2 Trade Cas. (CCH) P 71,065 (8th Cir. 1995); Willman v. Heartland Hosp. E., 34 McKenzie v. Mercy Hosp., 854 F.2d 365 (10th Cir. 1988).

[12] Aspen Highlands Skiing Corp. v. Aspen Skiing Co., 738 F.2d 1509 (10th Cir. 1984).

[13] Sun Dun v. Coca-Cola Co., 740 F. Supp 381 (D. Md. 1990).

[14] SCFC ILC, Inc. v. VISA USA, Inc., 36 F.3d 958 (10th Cir. 1994).

[15] Ideal Dairy Farms, Inc. v. John Labatt Ltd., No. 92-2469, 1995 U.S. Dist. LEXIS 10310 (D.N.J. May 8, 1995).

[16] Templin v. Times Mirror Cable Television, Inc., 1995-1 Trade Cas. (CCH) P 71,040 (9th Cir. 1995).

中介产业^[1]、全国足球联赛特许经营权^[2]、出版物和期刊的销售网络^[3]、有意愿提供兼容 Western Union 服务网络的打字机的卖方名单^[4]、报纸广告的电子传送系统^[5]、电话黄页上的广告商名单^[6]、长途蜂窝电话服务^[7]、国际通信的微波设施^[8]、家庭健康市场^[9]、褐煤市场^[10]以及高品质的英特尔微处理器^[11],等等,不一而足。这种几乎无限制的扩张在一方面说明这一理论的重要意义——足以改变行业的竞争状况;另一方面却也表明该理论可能存在的被滥用以削弱对方竞争优势的倾向。

最后,是如何对于核心设施进行有效救济。波斯纳就认为,一个禁止集体拒绝交易(正确意义上的联合抵制)的判决并没有要求一个人去跟另一个人做交易。一群企业之间达成的拒绝交易的协议被解除了,结果是构成该群体的一个一个的企业可以按照自己的意愿决定跟被抵制的企业做交易,或者不跟它做交易;没有人被强令跟一个人做交易。而在拒绝交易的行为是单方的情况下,唯一有效的救济就是命令被告与拒绝交易的受害者做生意。反托拉斯的法院背上了监督商业关系运作的职能,而法院没有条件去有效地完成这样一项职能^[12]。因此,在

[1] Valet Apartment Servs., Inc. v. Atlanta J. & Const., 865 F. Supp. 828 (N. D. Ga. 1994).

[2] Mid-South Grizzlies v. National Football League, 550 F. Supp. 558 (E. D. Pa. 1982).

[3] Byars v. Bluff City News Co., 683 F.2d 981 (6th Cir. 1982).

[4] Olympia Equip. Leasing Co. v. Western Union Tel. Co., 797 F.2d 370 (7th Cir. 1986).

[5] AD/SAT v. Associated Press, 920 F. Supp. 1287 (S. D. N. Y. 1996); Paddock Publications, Inc. v. Chicago Tribune, 1995-2 Trade Cas. (CCH) P 71,255 (N. D. Ill. 1995).

[6] BellSouth Adver. & Pub. Corp. v. Donnelly Info. Pub., Inc., 719 F. Supp. 1551 (S. D. Fla. 1988).

[7] United States v. Western Elec. Co., 890 F. Supp. 1 (D. D. C. 1995).

[8] Caribbean Broad. Sys., Ltd. v. Cable & Wireless PLC, 148 F.3d 1080 (D. C. Cir. 1998).

[9] American Health Sys., Inc. v. Visiting Nurse Ass'n, 1994-1 Trade Cas. (CCH) P 70,633 (E. D. Pa. 1994).

[10] TCA Bldg. Co. v. Northwestern Resources Co., 861 F. Supp. 1366 (S. D. Tex. 1994).

[11] Intergraph Corp. v. Intel Corp., 1998-1 Trade Cas. (CCH) P 72,126 (N. D. Ala. 1998).

[12] (美)波斯纳:《反托拉斯法》(第二版),法律出版社,2003年版,第242页。

波斯纳的观念中,不管核心设施理论的理论意义有多大,是否能够有效地维持市场的开放与竞争,只要在反垄断法实际的实施过程中无法真正意义上地提供有效的救济手段,那么,这一制度的构建就是没有价值的。波斯纳的观点非常显著地体现了他实用主义的风格。而且,在美国这样以司法为中心的反垄断法实施体制中,这一观察也非常富有洞见。

上述三个问题相互之间具有逻辑关联性,并共同构成核心设施理论的基础。围绕这三个方面的争议一直在持续进行。这种争议实际上不仅关涉反垄断法中是否以及如何构建核心设施理论,更深层次而言也涉及如何理解反垄断法的作用与界限,如何理解反垄断法与相关法律,如合同法、物权法、管制法等之间的相互关系的理论问题。因此,在发展了近 100 年之后,如何确定核心设施理论的适用范围,并在开放市场、引入竞争的同时,不抑制投资激励就是一个需要充分进行分析和论证的问题。而困难在于,仅仅从理念上进行理解还不够,还必须在具有“不确定性”名声的反垄断法中具有一定的可操作性,并将其与传统的反垄断法分析框架相融合。

2007 年 8 月 30 日,《中华人民共和国反垄断法》在第 10 届全国人大常委会第 29 次会议上获得通过,并将于 2008 年 8 月 1 日正式实施。《反垄断法》第十七条的规定:“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为:……(三)没有正当理由,拒绝与交易相对人进行交易”这一条文规定了拒绝交易行为,并没有直接表明核心设施理论可以适用。但是,作为拒绝交易制度的下位制度,核心设施理论完全可以从该条文引申出来,并服务于维护市场竞争秩序的目的。而在 2010 年颁布的,由国家工商行政管理总局所制定的《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》的第四条中规定:“禁止具有市场支配地位的经营者没有正当理由,通过下列方式拒绝与交易相对人进行交易:……(五)拒绝交易相对人在生产经营活动中以合理条件使用其必需设施。”^{〔1〕}并且同时规定:“在认定前款第(五)项时,应当综

〔1〕 必需设施即核心设施。为了和目前主流理论文献在命名上保持一致,正文表述中仍然以“核心设施”指代。