

专利拒绝许可反垄断法适用问题的比较研究

Comparative Study on Application of Anti-monopoly Law to refusal to license

詹昊 郑双石 宋迎

摘要

专利权是专利权人对其智力成果依法享有的专有权利，专利权制度是国家对创新进行激励、对创新者进行保护的基本制度。专利权作为私法上的权利，专利权人当然有拒绝许可的权利。但是，当专利拒绝许可行为损害了市场上的创新、阻碍新技术的出现时，则有必要适用反垄断法对其进行规制。本文首先对专利拒绝许可行为是否适用反垄断法问题进行探讨。其次，通过比较研究我国、美国、欧盟、日本的竞争法理论及案例，对专利拒绝许可行为的反垄断法违法构成要件进行考察。最后，对反垄断法如何规制专利拒绝许可行为提出建议和思考。本文从兼顾保护技术创新和维护竞争秩序的角度出发，借鉴了美国、欧盟、日本的有益经验，以期提出对实务有价值的建议。

A patent is an exclusive right given by law to inventors to make use of and exploit their inventions for a specific period of time. The establishment of a patent protection system is intended to encourage innovation and to protect the innovator. As a right protected by private law, the inventor as patent holder has the right to refuse to license their invention. However, when a refusal to license discourages innovation and hinders the emergence of new technology, the application of Anti-Monopoly Law (AML) becomes necessary. This article firstly discusses whether AML is applicable in refusal to license cases. In addition, through a comparative study of the theory and precedents of competition law in China, US, EU, and Japan, this article reviews the elements constituting a refusal to license under AML. Finally, some advice and thoughts are put forward on how to apply AML in order to regulate refusals to license. In the interests of protecting technical innovation and maintaining orderly competition, this article aims to provide some valuable suggestions for AML in practice by referencing the experiences of the US, EU, and Japan.

关键词：专利权 拒绝许可 反垄断法 违法要件 创新

Key words: Patent right, refusal to license, Anti-monopoly Law, illegal elements, innovation.

专利权人对其拥有的专利享有“独占权”，独占权是一种排他性权利，一方面专利权人可以拒绝许可其专利，另一方面未经专利权人许可，任何人不得使用专利权人的专利，虽然拒绝许可专利是专利权人的核心权利，但是专利拒绝许可行为并不能完全排除反垄断法的适用。在某些情况下，专利拒绝许可行为有可能会受到反垄断法的规制。

专利拒绝许可行为不同于一般的交易拒绝行为，对其进行规制时，不仅要考虑到对合同权利人交易自主权的保护，还要考虑到对专利权人创新的激励以及规制带来的法律效果。因此，反垄断法对专利拒绝许可行为进行规制时，应审慎介入，避免不当干预。

以下，本文将对专利拒绝许可行为是否适用反垄断法，专利拒绝许可行为在何种情况下违反反垄断法进行比较法上的探讨，最后提出一些自己的建议和思考。

一、反垄断法规制专利拒绝许可行为的理论基础

专利拒绝许可是指专利权人拒绝被许可人利用其专利权的行为。专利权是专利权人对其智力成果依法享有的专有权利，是国家赋予专利权人的独占权或专有权。专利权作为私法上的权利，专利权人当然有拒绝许可的权利。专利权人有选择交易相对方的自由，专利权人在其权利范围内基于其独立的判断决定赋予或者拒绝某一经营者专利许可，一般并不产生反垄断法上的问题。

当然，包括专利权在内的知识产权并不完全等同于物权，知识产权与物权具有不同的价值目标。知识产权是要对创作者付出的努力予以补偿进而激励其技术创新。从激励创作者进行技术创新这一角度，仅仅适用知识产权法是不够的，在一定的情形下有必要对创作者的行为予以反垄断法上的规制。比如，某一经营者拥有有力的但是价值不高的技术，如果该先行技术阻碍了优秀的后发技术进入市场参与竞争，在这种情况下，知识产权制度实际上已经失灵，偏离了其激励创新的目的，而仅仅成为知识产权权利人牟利的工具。也就是说，如果保护知识产权人的利益（先行技术）在结果上损害了其竞争者（后发技术）的技术创新，为了保护包括先行技术和后发技术在内的整体市场的技术创新，需要适用反垄断法¹。

所以，专利拒绝许可行为并非完全排除反垄断法的适用。如果专利拒绝许可行为损害了先行技术市场（上游市场）及后发技术或者潜在技术市场（下游市场、衍生市场）上的技术创新，阻碍了新技术或潜在技术的出现，则应该对其适用反垄断法。

因技术创新的损害程度是抽象的难以评估测量的，有必要从反垄断法违法构成要件的角度出发考察专利拒绝许可行为在何种情况下违反反垄断法。

二、违反反垄断法的专利拒绝许可

在判断专利拒绝许可行为是否违反反垄断法时，通常要考虑的因素有以下几个方面：专利人是否具有市场支配地位、拒绝许可是否具有正当理由、拒绝许可是否产生反竞争效果等。

1. 专利拒绝许可与市场支配地位

拥有专利权并不等于拥有市场支配地位。违反反垄断法的专利拒绝许可是否将拒绝许可的专利权人具有市场支配地位作为前提条件？

（1）我国

我国《反垄断法》第 17 条第 3 项规定了没有正当理由拒绝与交易相对人进行交易的滥用行为。构成滥用行为是以行为人具有市场支配地位为前提。《反垄断法》中的市场支配地位是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻止、影响其他经营进入相关市场能力的市场地位。违反我国《反垄断法》的专利拒绝许可行为要求拒绝许可的专利权人具有市场支配地位。

（2）美国

美国《谢尔曼法》第 2 条禁止①垄断行为（monopolization），②企图垄断行为（attempt to monopolize），③与他人联合或者合谋以图垄断行为（combination or conspiracy to monopolize）。《谢尔曼法》第 2 条的垄断行为是指具有垄断力（monopoly power）的企业能够利用该垄断力排除或者支配其他企业的行为。其中，垄断力是指能够支配相关市场的价格、有效排除相关市场竞争的能力²，并且该能力应该是持续性的，而非暂时性的。³《谢尔曼法》第 2 条不仅禁止垄断行为，还禁止企图垄断的行为，即通过反竞争的行为获得垄断力的行为。所以，违反《谢尔曼法》第 2 条的专利拒绝许可行为要求拒绝许可的专利权人具有垄断力或

¹ 荒木雅也「ライセンス拒絶と独占禁止法」パテント 5 卷 10 号 48 頁（2005）。

² United State v. E.I. DuPont de Nemours & Co., 351 U.S.377（1956）。

³ Colorado Interstate Gas Co. v. Natural Gas Pipeline Co. of Am., 885 F.2d 683(10th Cir. 1989)。

者通过该拒绝许可行为获得了垄断力⁴。

(3) 欧盟

在欧盟，构成滥用行为的专利拒绝许可由《欧盟职能条约》第 102 条进行规制。而适用《欧盟职能条约》第 102 条的前提是行为人具有市场支配地位。⁵在 *United Brands v. Commission*⁶案中，欧盟委员会将市场支配地位定义为，一个企业如果有能力独立地进行经济决策而不必考虑竞争对手、顾客及大多数消费者的情况，则该企业是一个具有市场支配地位的企业。《适用〈欧共体条约〉第 82 条查处市场支配地位企业滥用排他行为的执法重点指南》（以下简称“《滥用市场支配地位指南》”）中，市场支配地位被定义为，一个企业所拥有的经济实力，这种经济实力能够让其在相关市场中妨碍有效竞争，且能够让其在很大程度上独立于竞争者、顾客和终端消费者。⁷所以，违反欧盟《欧盟职能条约》第 102 条的专利拒绝许可行为要求拒绝许可的专利权人具有市场支配地位。

(4) 日本

根据具体情形，拒绝许可行为可能会构成日本《独占禁止法》中的私人垄断，也可能构成《不公正的交易方法》⁸一般指定第 2 项。其中，私人垄断是指经营者通过排除或者支配其他经营者的经营活动，违反公共利益，对一定交易领域内的竞争构成实质性限制。日本的私人垄断规制不同于中国的滥用市场地位规制。滥用市场地位规制首先会考察行为主体要件，即行为主体是否具有市场支配地位；而私人垄断规制更关注市场效果要件，即是否行为人通过排除或支配行为，形成、维持、强化了能够左右该市场中价格、交易条件的地位或能力（市场支配力），形成了对竞争的实质性限制。⁹《不公正的交易方法》列举了具有妨碍公平竞争之虞的行为，《不公正的交易方法》不以行为人具有市场支配力为要件。所以，违反《独占禁止法》中私人垄断的专利拒绝许可行为要求拒绝许可的专利权人具有市场支配力或者通过该拒绝许可行为获得、强化了市场支配力；违反《不公正的交易方法》的专利拒绝许可行为不以拒绝许可的专利权人具有市场支配力为前提。¹⁰

(5) 小结

美国竞争法下的“垄断力”，欧盟中国竞争法下的“市场支配地位”，日本竞争法下的“竞争的实质性限制（市场支配力）”，其定义及判断要素各不相同，但是本质上都是用于判断行为人是否具有左右价格等竞争条件的地位或能力。在美日竞争法下，拒绝许可的专利权人是否具有左右价格等竞争条件的地位或能力是判断拒绝许可行为违法性的重要考量因素，而在中欧竞争法下，拒绝许可的专利权人是否具有左右价格等竞争条件的地位或能力是判断拒绝许可行为违法性的前提条件。¹¹

⁴ 判断垄断力的因素主要有市场份额、其他竞争者的规模及强弱、市场进入的难以程度、行业内的价格设定趋势、替代商品的有无、消费者的需求等（see ABA Section of Antitrust Law, op. cit., pp232-233）。其中，关于市场份额，在 *United States v. Aluminum Col of America* 一案中，法院认为，经营者的市场份额占 90% 以上的，拥有垄断力，经营者的市场份额为 60%-64% 左右的，具有构成垄断力的可能性，经营者的市场份额为 33% 的，不具有垄断力（*United States v. Aluminum Col of America* 148 F. 2d 424 (2d Cir. 1945)）。在 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services* 一案中，法院认为，经营者的市场份额为 80% 的，可以推定为具有垄断力（*Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services*, 504 U.S.481(1992)）。

⁵ 《欧盟职能条约》第 102 条规定，一个或多个在共同市场内或者在其中相当一部分地域内占有优势地位的企业滥用该市场支配地位的任何行为，可能影响成员国之间贸易的，因与共同市场不相容而被禁止。禁止的滥用行为包括但不限于：（1）不公平交易条件；（2）限制生产、销售或技术开发，损害消费者利益的；（3）歧视性商业行为；（4）搭售和附加其他不合理交易条件的行为。

⁶ *United Brands v. Commission*, Case 27/76[1978]Ecr 20:1 CMLR 429.

⁷ 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. 10.

⁸ 「不公正な取引方法」、公正取引委員会、昭和 57 年 6 月 18 日、平成 21 年 10 月 28 日改正。

⁹ 根据《关于经营者集中审查的反垄断适用指南》，判断竞争的实质性限制的因素主要有企业的市场地位及其竞争者的情况、进口的难易度、市场进入的难易度、相邻市场的情况、需求者的交涉能力、综合的事业能力、效率性等（「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」公正取引委員会、平成 16 年 5 月 31 日、平成 23 年 6 月 14 日改定、第 4 2）。

¹⁰ 有学者认为，单独拒绝交易是企业交易自由的本质体现，对不具有市场支配力的企业的拒绝交易行为不应该进行规制。参见滝川敏明「日米 EU の独禁法と競争政策」青林書院（第 4 版）267 頁（2010）。

¹¹ 是否具有市场支配地位仅是判断拒绝许可行为违法性的重要考量因素，具有市场支配地位的专利权人拒绝许可并不当然构成滥

1. 专利拒绝许可与正当理由

违反反垄断法的专利拒绝许可是否要求拒绝许可行为不具有正当理由？当拒绝许可行为产生反竞争效果时，是否仍需考察正当理由要素？

(1) 我国

我国的《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》¹²第8条对正当理由作出说明。认定正当理由时应该考虑的因素为：有关行为是否为经营者基于自身正常经营活动及正常效益而采取；有关行为对经济运行效率、社会公共利益及经济发展的影响。如果经营者是基于自身正常经营活动及正常利益而拒绝交易，如为了取得对其投资的适当回报，或者为了减少其将来继续投资的风险，减少对其创新机制的负面影响等，则拒绝交易行为可能被认定为是一个合理的行为¹³。

(2) 美国

参考美国案例，在Image Technical Service v. Eastman Kodak¹⁴一案中，Kodak公司拒绝将Kodak品牌的复印机和成像装置上的零部件销售给提供Kodak品牌产品维修服务的个体服务组织Image Technical Service。美国第九巡回上诉法院认为，Kodak公司拒绝供给的目的并不是为了保护知识产权，因为其拒绝供给的零部件中，既有受到知识产权保护的零部件，也有不属于知识产权保护范围的零部件。Kodak公司对不属于知识产权保护范围的零部件也拒绝供应，其目的显然不在于保护知识产权，所以该拒绝供应行为不具有正当理由。根据上述审理意见，如果专利权人为了保护知识产权而拒绝许可，即使该拒绝许可行为可能会产生排除、限制竞争效果，该拒绝许可行为因具有商业正当性而不会被认定为违反《谢尔曼法》。本案中，法院最后认为，Kodak主张的知识产权保护不过是借口，其拒绝供应的真实理由就是为了排除、限制竞争。

此外，在Independent Service Organization v. Xerox¹⁵一案中，Xerox公司拒绝向个体服务商提供Xerox品牌复印机的关键零部件。不同于上述Kodak案，本案中，Xerox公司拒绝供应的零部件均属于知识产权保护范围内的产品。联邦巡回上诉法院认为，不同于Kodak案中的“搭售行为（拒绝供应的产品中包括了受知识产权保护的零部件与不受知识产权保护的零部件）”，本案中Xerox公司仅拒绝供应受知识产权保护的零部件。因此，即使权利人拒绝销售——或者拒绝许可行为具有反竞争效果，但是该反竞争效果，只要没有偏离专利不法地进行了扩张，则法院不会考察拒绝行为的动机。¹⁶

通过上述Kodak案与Xerox案，可以推测出美国法院对专利拒绝许可行为的态度。即使拒绝许可行为具有排除、限制竞争效果，只要该拒绝许可行为是知识产权的正当行使行为，权利人没有利用知识产权将其势力不法地扩张至其他市场，即知识产权没有发挥垄断杠杆（monopoly leverage）的作用，则法院不会认定专利拒绝许可行为违反《谢尔曼法》。专利权人无需对保护知识产权的行为证明其商业合理性。

(3) 欧盟

参考欧盟案例，在BBI/Boosey and Hawkes¹⁷案中，Boosey and Hawkes集团（B&H）是一家乐器制造商，在设计和制作铜管乐器方面处于领先地位。其主要经销商GHH的负责人及修理

用市场支配地位。参见Case 238/87, Volvo v Veng ECR (1988) 6211, para. 7-8; Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission of the European Communities, Joined cases C-241/91 P and C-242/91 P, para. 49.

¹² 《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》，国家工商行政管理总局令，2011年2月1日起施行。

¹³ 王晓晔，《反垄断法》，法律出版社，2011年，214页。

¹⁴ Image Technical Service v. Eastman Kodak, 125 F. 3d 1195 (9th Cir. 1997).

¹⁵ Independent Service Organization v. Xerox, 203 F. 3d 1322 (Fed. Cir. 2000).

¹⁶ *Id.*, at 1327-1328.

¹⁷ BBI/Boosey and Hawkes [1987] OJL 286/36.

商之一的RCN的负责人联合创立了铜管乐器制造商BBI，BBI与B&H在制作铜管乐器领域存在直接竞争关系。为了限制BBI的竞争，B&H拒绝了与GHH及RCN的合作。欧盟委员会认为，本案从事实及法律上存在着采取临时救济措施(interim measures)¹⁸的“初步正当性理由(a prima facie case)”，因而批准临时救济措施。但是，在判断正当理由时，欧盟委员会提出，当供应商在经销商付出主要精力用于推销其竞争对手的品牌时，拒绝向经销商供应产品的行为可以构成合理的商业理由。从欧盟委员会的上述观点可见，当经销商的行为损害了权利人的知识产权时，权利人出于保护知识产权的目的可以拒绝许可，该拒绝许可行为具有合法正当的商业理由。

(4) 日本

参考日本的相关规定，《关于流通交易惯行的独占禁止法指南》(以下简称“《流通交易惯行指南》”)中，对于拒绝交易违反独占禁止法的情况进行了说明。¹⁹第一，为确保违反独占禁止法的行为的实效性，将拒绝交易行为作为一种手段的。比如，市场上具有有力地位的制造商A要求其经销商B不与A的竞争对手C进行交易以此减少C的交易机会，使C很难找到其他替代经销商，同时为确保A上述行为的实效性，A拒绝与不遵守约定的经销商B进行交易。第二，为了实现将竞争对手排挤出市场等独占禁止法上的不当目的，将拒绝交易行为作为一种手段的。比如，①市场上具有有力地位的原材料供应商A，为阻止其交易对手成品经销商B自己生产A供应的部分种类的原材料，停止向B供应其一直供应的主要的原材料；②市场上具有有力地位的原材料供应商A，为了将使用A供应的原材料生产成品的与A有密切关系的经营者B的竞争者C排挤出成品市场，停止向C供应其一直供应的原材料。其中，①是指上游经营者A阻止下游经营者B参与上游市场竞争的情况。②是指上游经营者A为保护与其有密切关系的B，阻止下游经营者C参与下游市场竞争的情况。也就是说，为了实现上述不当目的，作为辅助手段的拒绝交易行为，可能有违反独占禁止法的风险。

(5) 小结

通过比较研究，专利权人拒绝许可的正当理由可以被解读为保护知识产权。在下列情况下，专利拒绝许可行为可能不会被认定为具有正当理由：拒绝许可时，利用拒绝许可行为意图将其势力不法地扩张至其他市场；作为其他滥用行为的辅助行为意图排除、限制上游或者下游市场的竞争。如果专利权人的拒绝许可行为被认定为具有正当理由，即使该拒绝许可行为产生排除、限制竞争的效果，也不构成反垄断法上的滥用行为。

2. 专利拒绝许可与反竞争效果

在认定拒绝许可行为是否具有正当理由时，通常会考察该行为是否会产生反竞争效果。此外，在判断某一行为是否为滥用行为时，除正当理由要件外，反竞争效果要件也构成独立的考量因素。反垄断法的直接目的在于维护竞争秩序，所以反垄断法在认定某一行为的违法性时，最为关注该行为是否会产生反竞争效果，如果没有产生排除、限制竞争的效果或者没有排除、限制竞争之虞，则该行为不属于反垄断法的规制对象。

(1) 我国

根据我国《反垄断法》第17条的规定，具有市场支配地位的经营者，没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易，该行为产生排除、限制竞争的效果时构成滥用市场支配地位，适用反垄断法。但是，《反垄断法》及相关规定对于“排除、限制竞争”的具体内容、程度等没有详细说明。

¹⁸ 临时救济措施是临时性的，不妨碍欧盟委员会日后就案件实质性内容所做出的决定。在该案中，欧盟委员会认为，当事人提出临时救济措施申请必须满足三个条件，第一，从事实上和法律上看，存在着采取此等措施的“初步的正当性理由”，第二，如果不批准临时救济措施，当事人可能会受到严重的不可弥补的损害，第三，具有必须采取临时性救济措施的紧急性。

¹⁹ 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」、公正取引委員会、平成3年7月11日、平成27年3月30日改正、第三、2。

(2) 美国

参考美国的经验，在 1998 年美国诉微软案中，对于微软公司的拒绝行为（拒绝与安装了 Netscape 浏览器的 PC 厂商交易），一审法院认为微软公司的行为构成企图垄断浏览器市场的垄断行为，违反《谢尔曼法》第 2 条。²⁰二审法院认为，一审法院没有论证“浏览器市场被垄断的高危险性”，因而无法证明微软公司企图垄断浏览器市场的行为。²¹二审法院撤销了一审判决。也就是说，对于拒绝交易行为，法院更关注的是该拒绝交易行为是否会在衍生市场上产生排除、限制竞争的效果。该排除、限制竞争的效果不一定实际已经发生，只要有很高的盖然性即可。

(3) 欧盟

参考欧盟的经验，在 IMS Health 一案中，欧洲司法法院（European Court of Justice: ECJ）审理认为，在判断拒绝许可行为是否构成滥用市场支配地位时，需要识别是否存在一个潜在的或者假设的市场，在这一潜在/下游市场上，上游市场上的权利人提供的产品对于下游市场中的企业来说是必要的，需要考察上游市场上的拒绝许可行为是否可能完全排除下游市场上的所有竞争（all competition）。²²

此外，根据《滥用市场支配地位指南》，欧盟委员会对拒绝交易很可能会扼杀下游市场的有效竞争的情形会予以重点考察²³。并且，《滥用市场支配地位指南》指出，在以下三种情况下，具有优势地位的企业在下游市场中的市场份额越高；下游市场中竞争者对具有优势地位的企业制约能力越弱；具有优势地位的企业与下游市场中竞争者的产品可替代性越强，则下游市场上有效竞争被排除的可能性越大。²⁴

(4) 日本

参考日本的经验，在日本，如果单独拒绝交易的行为被认定构成“排除行为”（相当于我国《反垄断法》下的滥用行为），则根据“排除行为”对竞争的负面影响程度，在其实质上产生排除、限制竞争影响的情形下构成私人垄断；在其存在损害公平竞争之虞的情形下构成不公正的交易方法。²⁵所以，在认定单独拒绝交易行为的反竞争效果时，有必要先考察其是否构成“排除行为”。关于“排除行为”的构成要件，一是目的的不正当性，二是效果的不正当性。在前述“专利拒绝许可与正当理由”部分已经对目的的不正当性予以说明，此处不再赘述。关于效果的不正当性，《流通交易惯行指南》²⁶与《关于排除型私人独占的独占禁止法指南》²⁷均考察是否拒绝行为会使被拒绝交易经营者的通常经营活动陷入困难。如果拒绝交易行为具有不正当的目的，同时又使被拒绝交易经营者的通常经营活动陷入困难，则构成排除行为。

在认定拒绝交易行为是否构成不公正的交易方法时，根据《流通交易惯行指南》，具有有力地位的经营者²⁸，具有不正当的目的拒绝进行交易，由此使被拒绝交易经营者的通常经营活动陷入困难，则该拒绝交易行为构成不公正的交易方法。由此可见，如果拒绝交易的行

²⁰United States v. Microsoft, 87F.Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000), Conclusions of law. United States v. Microsoft, 97F.Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000), Final Judgment.

²¹United States v. Microsoft, 253F.3d 34 (DC Cir. 2001).

²²CASE C-418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG And NDC Health GmbH & Co. KG, para. 44-47.

²³Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02), para. 81.

²⁴Id. para. 85.

²⁵山田務「私的独占事案における競争の実質的制限の認定について—EU の市場支配的地位の濫用事案を参考にして」筑波法政 第 55 号 2 頁-3 頁(2013)；山部俊文「公正競争阻害性・再論」日本経済法学会編『不公正な取引方法規制の再検討』日本経済法学会年報 第 30 号 24 頁(有斐閣・2009 年)。

²⁶同注释 10。

²⁷「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」、公正取引委員会、平成 21 年 10 月 28 日、第 2-5 (2)。

²⁸《流通交易惯行指南》规定了市场上具有有力地位的经营者为了实现将竞争对手排挤出市场等独占禁止法上的不当目的，采用拒绝交易的手段，在具有使被拒绝交易的经营者的事业陷入困难之虞时，拒绝交易行为违反独占禁止法。《流通交易惯行指南》对具有有力地位的经营者设定了认定基准，即市场份额 10% 以上或者市场份额排名前 3 位以内的经营者为具有有力地位的经营者。

为构成排除行为，则无需进一步探讨是否具有损害公正竞争之虞的情形，即可认定构成不公正的交易方法。

在认定拒绝交易行为是否构成私人垄断时，实际上，对“排除行为”的认定和对“实质上限制竞争”的考察存在重合性和连续性，对“排除行为”的考察会直接反映于“实质上限制竞争”的认定过程中，考虑到举证的难易度等，如果构成排除行为，并且排除行为具有实效性，则根据经验则一般会推认具有“实质上限制竞争”的效果。²⁹

因此，对于拒绝交易行为的反竞争效果，不同于美国与欧盟对下游市场竞争状况的考察，日本更关注拒绝行为是否能够导致下游被拒绝交易经营者的通常经营活动陷入困难。虽然日本反垄断法着眼于拒绝交易行为对竞争者的影响，但是这并不意味着反垄断法的目的是为了保护竞争者，仅是为了降低举证的难度，在实务中能更容易地评估、判断对竞争的影响。

(5) 小结

通过以上对比研究，关于拒绝许可行为的反竞争效果，本文认为拒绝行为是否能够导致下游被拒绝交易经营者的通常经营活动陷入困难可以作为一个重要参考，因为在这种情况下，拒绝许可行为产生了市场封锁效果，实质上排除限制了市场上的竞争；同时应该关注拒绝许可行为对下游市场竞争的影响，该影响不一定已经实际发生，只要存在很高的盖然性即可。另外，拒绝许可行为对竞争的影响需达到扼杀下游市场全部或者有效竞争的程度。

三、结论

综上所述，在认定拒绝许可行为是否违反中国的《反垄断法》时，需要分别考察专利权人是否具有市场支配地位，拒绝许可行为是否具有正当理由，是否具有反竞争效果。同时，根据欧盟IMS Health一案的判决，还需考察拒绝许可行为是否会阻碍具有潜在消费需求的新产品或服务的出现，即考察对消费者的影响³⁰。因为《反垄断法》的宗旨是保护市场竞争，维护消费者的利益。拒绝许可行为对消费者的影响也应是违法构成要件之一。上述违法构成要件密切相关，缺一不可。即使权利人拒绝许可的产品构成必要设施(Essential Facility)，仍须逐一探讨拒绝许可行为是否满足上述违法构成要件。换言之，是否构成必要设施并不影响对拒绝许可行为的违法性判断。

如果专利权人仅拒绝许可其拥有的专利，拒绝许可的对象没有不当地扩张至不属于知识产权保护范围内的非专利，同时，拒绝许可行为没有作为其他滥用行为的辅助行为，意图排除、限制上游或者下游市场的竞争，则该拒绝许可行为为知识产权的正当行使行为，拒绝许可具有正当理由。此外，如果该拒绝许可行为很难产生完全排除下游市场全部或有效竞争的效果，同时也不会阻碍具有潜在消费需求的新产品或服务的出现，则该拒绝许可行为也不构成滥用行为。

正如本文开篇所言，拒绝许可专利行为不同于一般的交易拒绝行为，对拒绝许可专利行为进行规制时，不仅要考虑到对合同权利人交易自主权的保护，还要考虑到对专利权人创新的激励。对专利权人单独、直接、部分拒绝许可的行为，反垄断法更应该审慎介入，避免不当干预。强制专利权人进行许可，可能会阻碍专利权人的创新，并削减替代技术的创新积极性，从整体上损害市场上的技术创新。

²⁹山田務「私的独占事案における競争の質的制限の認定について—EUの市場支配的地位の濫用事案を参考にして」筑波法政第55号10頁(2013)。

³⁰CASE C-418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG And NDC Health GmbH & Co. KG, para.52.

欧洲司法院认为在拒绝许可对象构成必要设施的情况下，拒绝许可行为构成滥用市场支配地位必须满足以下三个条件：要求许可一方试图在下游市场提供拒绝许可一方没有提供的具有潜在消费需求的新产品或服务；拒绝许可没有正当理由；拒绝许可行为可能会扼杀下游市场上的全部竞争。