

专利侵权合法来源抗辩销售者“注意义务”的认定

高忆辰

华南理工大学法学院

摘要：在专利侵权案件中为了保护善意相对人，确立了合法来源的抗辩事由。专利法上的合法来源抗辩不仅需要抗辩主体满足合法的购货渠道、合理价格等客观要素，还应具有主观善意。注意义务是法官在判断侵权人是否善意时的重要依据，但是对于是否尽到合理的注意义务并没有较为明确的标准，对相关案件进行梳理分类，探讨“注意能力”的大小与“注意义务”的关系，明确销售者的“注意义务”，提出实践中审查“注意义务”时应当包含的要素以及审理专利侵权案件相关方面的相关建议，以此更好判断合法来源抗辩的成立条件。

关键词：注意义务；注意能力；商品信息审核；审查建议

【DOI】10.12252/j.issn.2096-627X.2022.07.103

一、合法来源抗辩中的销售者注意义务

知识产权的严格责任原则导致了侵权人主观上无论是否存在过错，只要实施了侵权行为，就要承担侵权责任。^[1]但出于保护善意第三人的考虑，我国知识产权法中写入了合法来源抗辩条款，合法来源抗辩的法理基础是民法中的保护善意第三人原则，在该理论中，行为人出于主观善意并且付出了合理对价的行为，根据公平原则，其权利应当得到相应的保护。在善意第三人与权利人的利益之间寻一处平衡。合法来源抗辩原则的确立是保障许多善意行为人利益的措施，在认定专利侵权案件侵权人是否成立合法来源抗辩时，学界通说认为需要满足三个要件，主体是否为销售者或使用者、主观是否“不知道”构成侵权和客观上产品是否有合法来源的角度进行分析。

其中主观要件层面，是指侵权产品使用者、销售者的主观善意，即其不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品。最高人民法院《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释（二）》二十五条规定，“不知道，是指实际不知道且不应当知道。”^[2]在认定侵权人是否主观上“不知道”时，司法实践中提出了侵权人是否尽到“合理注意义务”的判断标准，即指在销售者尽到一定程度的注意义务后仍然不知道才可以认定其成立合理来源抗辩的主观要件，进而进行其他要件的判断。尽管注意义务在不同行业表现不一样，但根据专利法对“不知道”的规定和实践，都要求销售者不应当预见侵权行为的发生，当销售者履行相应的注意义务，损害结果仍然发生，也即销售者仍然“不知道”存在侵权行为。^[3]

本文将注意义务分为侵权行为发生之前的注意义务以及侵权行为发生之后的注意义务，二者的区分点在于是否已经出现侵权行为。本文想探讨的是在先的注意

义务，所以侵权行为出现之后的注意义务，比如权利人向侵权人发出的“侵权行为警告函”是否能够推定销售者应当知道销售的是侵权产品，本文不做过多讨论。

二、司法判例中注意义务的认定要素

因而判断“合理注意义务”需要综合各个方面的因素来进行判断，主要包括以下几点：

（1）对销售者注意能力的判断

在判断销售者是否尽到应尽的注意义务时，首先应该探讨其对侵权产品的注意能力，注意能力的高低对于合理注意义务的判断是有影响的。当某一企业在本行业经营数十年之久自然比刚成立的公司熟知更多的行业习惯以及相关产品的内部情况，对于同类产品在市场中的价格、认知度等相关信息了解的更加及时、透彻，因此在掌握更多资源信息的基础上，对其销售的产品是否侵犯他人的知识产权有更高的注意能力，那能否据此认定其有更高的注意义务，并因未履行更高的注意义务而认定其主观要件不符合合法来源抗辩的标准，在司法实践中仍需要对此进行探讨。

（2）对商品基本信息的审查

对于不同的商品种类，销售者承担的注意义务自然是不同的，对于商品信息也会有不同的审查标准，但是无论是对于何种商品，销售者都应该对外包装上的基本信息进行审查，这是每个销售者在进货时应该尽到的最低注意义务。除了法律法规规定的特殊商品，例如医药产品、保健品等会给销售者赋予更多的注意义务之外，在司法审判中对于其他一般类商品，都应该遵循一般性认知下对于商品信息的基本审查。

在源德盛塑胶电子有限公司诉歙县阳和书店侵害实用新型专利权一案中，法院认为，在主观要件层面因为本案中被控侵权产品未标注生产厂家、质量标准及合格信息、生产日期等信息，歙县阳和书店作为销售者未尽

到合理的注意义务，主观上具有过错，故歙县阳和书店关于被控侵权产品有合法来源的抗辩不能成立。^[5]从此案判决中也可知法院审理本案的思路，因为被控侵权产品属于通俗意义上的“三无产品”，产品上对于基本的销售信息并没有明确列出，侵权人作为销售者并没有对商品基本信息有审查，所以主观上并没有尽到最低的注意义务，因此其提出的合法来源抗辩不成立。在广东原创动力文化传播有限公司诉泰州市易莲超市有限公司侵害作品发行权案中，^[6]法院通过认定涉案侵权商品无生产企业名称和地址信息，属于不合格产品，易莲超市公司对侵权商品的合法性未尽合理审查义务，因而亦不能免除易莲超市公司销售侵权商品所应承担的侵权民事责任。^[7]

通过这两个案件都说明在注意义务的司法实践认定中，销售者对商品基本信息的审查是必要的。当销售者销售的商品已经不是合法合规的商品时，专利侵权行为就是可以预见的，行为人通过善尽注意义务可以避免损害的发生。因此，如果其没有尽到最低限度的注意义务，那么法院就会认定侵权人在合法来源抗辩中主观上并不是“不知道”的善意状态，因而认定合法来源抗辩不成立。

（3）对商品进货价格、进货渠道的审核

商品的进货价格往往能反映出销售者在进货时的心理，虽然人们都追求“物美价廉”的商品，想要“货比三家”之后找到性价比最高的再去购买，但是当销售者在进货的时候仅仅一味追求价格低，忽视商品的其他性能，那就不能够认为其在主观上具有善意。当一种商品侵犯了他人的专利权而进行盗版的制造，那么既可以减少相关专利授权的费用，还可以压缩制造的原材料成本，这就必然导致此种商品在卖给销售者时的价格会低于其余商品的价格。制造成本减少带来的进货价格降低，如果销售者不去了解商品的真实品质，只以减少自身成本增大销售利润为目的进货，那么就可以判定销售者在此环节未尽到合理的注意义务，因此商品的进货价格高低可以作为判定“注意义务”的一个要素。

商品的进货环节包括价格和渠道，商品的进货渠道是否正规除了在客观层面可以证明商品是否有合法来源之外，还能够在主观层面说明销售者是否“善意”。对于进货渠道的审核应该尽到注意义务，侵权人作为一般销售者，其进货渠道须具备合法性。这就要求侵权人在确定供货渠道时，尽到审核供货方主体资格的义务。

三、对注意义务的相关审查建议

（1）注意能力的综合判断

在检索了诸多相关案件后可知，法官在审判中如果认定大型超市与一般的个体经营小超市对其所销售商品知识产权方面的合理注意义务不应等同，原因正是大型超市作为经营范围更广、接触人群更多的企业，应有更大的能力对商品是否侵权有相应判断，包括但不限于公司法务、公司运营岗位等运营资源。

除了在销售者本身资质的层面考虑其注意能力大小，还有学者提出以商品知名度来判断。权利标的知名度越高，销售商应当施以的合理注意义务自然应当更高。^[8]这一考虑因素的提出是因为专利侵权可能具有的隐蔽性，当专业性的知识产权侵权问题出现时，是否能因为销售者具有相应的经营经验来确定其有更大的注意能力，不同法院对此有不同的意见。因此为了防止同案不同判的情况出现，本文提出对注意能力与注意义务的判断可以建立正向、反向两种审理方式，针对具有较丰富经营经验的销售者不作为时，判断未做行为是否超出专业知识以及主观状态；针对中小型销售者判断其做出的行为是否包含最低注意义务。除了上述认定的两种方式，还可以依据专利产品知名度来判断主观是否善意。专利保护的技术方案是公开的，侵权行为人实施某一技术方案时，他是可以知道该技术是否进入某专利权的保护范围的。^[9]相比于不知名的小众商品，对于品牌知名度更大、受众范围更广的商品，理所当然对于进货商品是否侵犯他人知识产权就应该容易判断，因此也应该将商品、企业知名度这一因素考虑到合理注意义务的判断要素内。

（2）确定一般商品最低标准的注意义务

产品的表面合法性主要是指从产品本身外观上看是否是合法产品，包括标注的各项信息是否齐全，如生产者的名称、地址、许可证号、生产日期、保质期等。^[10]对于商品基本信息包含什么具体内容的讨论，不同种类的商品有不同的认定，本文认为可以参照《消费者权益保护法》以及《中华人民共和国产品质量法》进行确定。在《消费者权益保护法》中列明的消费者基本权利是购买商品时应当知道的相关信息，因此可以认为这些信息是销售者在销售商品时应当提供的，那么其进货时也应承担起对这些信息进行审查的义务。当销售者没有对一般类商品的基本信息进行审查时，除了在进货环节对知识产权人的权利未尽到合理的注意义务，也在后续销售环节会对消费者权益造成损害。

针对特殊商品，还应当结合特殊商品的相关规定来判断销售者是否尽到注意义务。如酒类商品，根据酒类流通管理的相关规定，酒类经营者选择酒类商品供应商

时，应索取并查验其与酒类商品相关的生产或经营资质。^[11]相类似对于药品等特殊商品，也应该参照特殊规定来进行销售者“注意义务”的认定。

(3) 对商品价格的多方面比较和交易渠道的规范

商品价格的高低可以作为判断注意义务的一个要素，那么在对商品进货价格是否合理进行比较时，由于市场中自由竞争的经济模式使得同类型产品层出不穷，同一类的商品由于生产厂家的知名度、生产产地、生产流程等诸多因素会有价格上的巨大差异，因此本文提出，在对进货价格审核时，不应该仅将销售者购入货物的价格与本品牌商品正品的市场价进行比较，还应该与同类商品的正常市场价格进行共同比较。此处增加同类商品市场价格作为判断标准的理由，是避免销售者所出售的商品虽然同此品牌的正品价格相比较差距不大，但由于此品牌已经因为质量未达标、口碑差或者市场营销不足等其他因素导致低于同类商品的通常价格，那么就应当将这类差异因素考虑在内，让销售者承担此部分的注意义务。对于本身市场价格就低于其他同类商品市场价格的产品，在销售者进货阶段就应进行更全面的审查，包括商品质量、品牌口碑、企业信誉等，防止因为出售商品本身就不达标等问题导致市场价格低的情况，保障市场内商品的合法合规，在进货环节就对商品的基本品质进行一定程度的审核，促进市场的良性竞争。因此，如果销售者购入被诉侵权商品的价格远远低于同类商品的通常价格，一般应认定销售者未尽到合理注意义务。^[12]

四、进货合同中承诺产品不侵权

建议销售者在进货时与进货商签订正规合同，规范交易流程，既可以后续在合法来源抗辩的客观方面提供有效证据，并且可以说明其在主观方面对于商品进货价格、渠道等履行了合理的注意义务。在合同中增设“承诺条款”，使销售者与生产商签订进货合同时都对交易商品不应当侵犯相关知识产权有一定的明确认知，并且重视此种审查义务，使生产厂家在销售本厂生产的产品时也能更加注意是否存在侵权情况，以此促进产品交易的顺利进行。

强化合同对双方的约束，优化合同文本中的知识产权条款，要求供应商或合作方承诺有关产品或服务不侵害任何第三方的知识产权、不存在任何与此相关的争议，并明确违反上述承诺的违约责任。

五、结论

对于销售者主观“不知道”的认定，最为主要的是判断“合理注意义务”的履行，对于实践中复杂的情

形，不能仅仅依靠一种因素来定夺，除了考量销售者的注意能力，依照注意能力的大小来判断注意义务是否履行之外，还应当应结合进货渠道合法正规、进货价格、涉案商标知名度、区分特殊商品等多种因素综合考量，以上因素认定不是孤立进行。

在结合上述因素的基础上，应当注意避免“合法来源抗辩”的滥用。除此之外，为更好保护市场秩序，作为行政部门应加强市场监督和管理，对销售三无产品的行为加大监管力度，严打利用三无产品规避法律责任的行为，让市场交易规范有序，侵权产品得以溯源。

参考文献

- [1] 闫文军, 李金潇. 著作权法中合法来源抗辩规则的适用[J]. 科技与法律(中英文), 2021(04): 57-65.
 - [2] 黄爱戎. 浅析专利纠纷中适用“合法来源抗辩”需注意的问题[J]. 现代金融导刊, 2021(05): 73-76.
 - [3] 谭宁博. 关于商标法中“不知道”含义的分析[J]. 法制与经济, 2017(11): 33-34.
 - [4] 最高人民法院. 最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定[EB/OL]. <https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-272241.html>, 2020-11-16.
 - [5] 安徽省合肥市中级人民法院(2021)皖01民初913号民事判决
 - [6] 江苏省泰州市中级人民法院(2012)泰中知民初字第0133号民事判决
 - [7] 丁文严. 论知识产权侵权诉讼中合法来源抗辩的构成要件[J]. 知识产权, 2017(12): 52-58.
 - [8] 万玉明. 对以合法来源进行免责抗辩的审查[J]. 人民司法, 2021(05): 97-99.
 - [9] 姚维红. 我国专利侵权责任归责原则立法研究[J]. 电子知识产权, 2017(10): 12-21.
 - [10] 李洁. 知识产权审判中合法来源抗辩之审查[C]//. 探索社会主义司法规律与完善民商事法律制度研究——全国法院第23届学术讨论会获奖论文集(下), 2011: 460-468.
 - [11] 王储. 知识产权侵权诉讼中“合法来源抗辩”的认定[J]. 社会科学战线, 2020(08): 267-271.
 - [12] 谭宁博. 关于商标法中“不知道”含义的分析[J]. 法制与经济, 2017(11): 33-34.
- 作者简介: 高忆辰(1999—), 女, 汉族, 山东省济南人, 硕士, 研究方向为知识产权法(网络法)。