

CISG 中卖方知识产权担保责任探究

高旭军

摘要:《联合国国际货物销售合同公约》第 42 条规定了国际贸易中卖方应承担的知识产权担保责任,中国学界尚未对其进行深入探讨。结合该公约第 42 条的规定,本文首先对知识产权担保责任的内涵进行了界定,提出并论述了卖方承担知识产权担保责任的前提,即“第三方对货物基于知识产权而拥有权利和要求”、“第三方提出的权利和要求仅限于特定的国家”和“卖方知情”。在“买方知情”和“遵从买方指示”的情况下可以免除卖方担保责任。中国企业可以在国际贸易中加入“由买方承担查询义务”的合同条款规避知识产权风险。

关键词:《联合国国际货物销售合同公约》; 卖方; 知识产权担保责任; 免责

中图分类号: D996.1

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2016) 01-0048-10

《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称 CISG) 第 42 条专门规范了国际货物买卖中的知识产权担保问题。该条共分两款,其中第 1 款不仅确定了卖方承担的知识产权担保责任,而且规定了卖方承担这一责任的前提条件;第 2 款则规定了免除卖方上述责任的情形及其前提条件。由此可见,第 1 款倾向于保护买方的利益,而第 2 款更倾向于保护卖方的利益。CISG 试图在买卖双方之间寻求利益平衡,但这种平衡也带来了适用上的困难。对本条的适用问题,仍有深入研究的必要,两方面原因决定了这一点。其一,中国的出口产品中侵犯第三方在第三国知识产权的情况比较严重。据中国海关统计,2012 年中国海关共扣留有侵权嫌疑的商品 9,312 万件,案值近 3.8 亿元人民币;其中海关查扣的侵权货物主要来自出口环节,占扣留总批次的 95.6%;^①如果这些货物出口到他国,必然会引起知识产权侵权纠纷。这时 CISG 第 42 条有可能成为解决相关争议的一个重要法律依据,因而本条具有重要的实用价值。其二,尽管中国学者对 CISG 第 42 条已经进行了初步的研究,^②但是还有一些问题依然没有得到彻底的澄清。例如,卖方在何种前提条件下必须承担知识产权担保责任,而在什么情况下无需承担这一责任?澄清这些问题,对于引用 CISG 第 42 条的规定解决国际贸易中因知识产权侵权引发的纠纷十分重要。

作者简介: 高旭军,同济大学法学院教授、博导,中德国际经济法研究所主任;德国洪堡大学法学博士、洪堡学者,研究方向:国际经济法、公司法。

① 中国海关知识产权保护:查扣食品类侵权货物增长 26 倍 [EB/OL]. 法律快车 .<http://www.lawtime.cn/info/zscq/shangbiaoquan/20130423129666.html>. [2013-04-23][2015-05-18].

② 李巍. 联合国国际货物销售合同公约评释 [M]. 第 2 版. 北京:法律出版社, 2009: 197; 王家德. 论国际货物贸易中卖方的知识产权权利担保义务问题——对 CISG 第 42 条的解析 [J]. 焦作大学学报, 2013, (1): 88.

一、卖方知识产权担保责任及其前提条件

如上所述, CISG 第 42 条第 1 款要求卖方承担知识产权担保责任。值得探究的问题是, 这里的知识产权担保责任究竟包括哪些内涵? 卖方承担这一责任的前提条件是什么?

(一) 卖方承担的知识产权担保责任的内涵

CISG 本身没有对知识产权担保责任这一概念进行明确界定, 但该公约第 42 条第 1 款对此进行了原则性的规定: “如果第三方能够根据下列国家的法律以工业产权或其他知识产权为依据对卖方交付的货物提出任何权利或要求, 则卖方必须交付不受任何此种权利或要求影响的货物”。据此分析, 这里的知识产权担保责任是指: 卖方交付的货物必须没有以任何方式侵害第三方的工业产权或其他知识产权, 因为只有这样, 卖方交付的货物才会“不受任何此种权利或要求影响”。具体地分析, 它应该包括以下内容: 第一, 卖方必须保证其本人或者产品生产者对生产货物所需的知识产权或工业产权拥有合法的所有权或使用权; 第二, 卖方必须保证其交付的货物没有任何侵犯第三方拥有的知识产权或工业产权的情形。从表面上看, 上述两项要求似乎有些矛盾, 因为在通常情况下, 如果卖方或产品生产者合法拥有生产货物所需的知识产权的所有权或使用权, 那么, 相关的货物就不可能侵犯第三方的知识产权。但其实并不存在这种矛盾, 知识产权的地域性和国际贸易的跨地域性决定了这一点。众所周知, 知识产权有地域性的特点。这就决定了即使卖方或货物生产者在其本国境内拥有了某一知识产权的所有权或使用权, 并不等于他们在其他国家也同样拥有该知识产权的所有权或使用权。如果他们没有在货物销售国或使用国提出专利申请或申请没有获得批准, 那么, 他们在这些国家就不拥有这些权利。而国际贸易的跨地域性决定了相关的货物必定会从卖方或货物生产者所在国出售到其他国家。在这种情况下, 卖方完全有可能侵犯第三方在该国所拥有的知识产权。

本款要求卖方承担这种担保责任是十分合情合理的, 因为在一项具体的国际贸易业务中, 卖方或者是产品的生产者或者是专门从事国际贸易业务的贸易公司。在前一种情况下, 卖方显然知道在制造或生产货物过程中是否使用了知识产权以及使用了谁的知识产权。在后一种情况下, 与买方相比, 卖方也更加清楚制造或生产货物过程中是否使用了知识产权, 因为他有更多的机会接触产品制造商并了解产品的生产过程。所以, 卖方应该比买方更加清楚合同项下的货物是否侵犯了第三方的知识产权。此外, 买方购买货物的目的是为了能够根据自己的意愿占有、处分货物。如果卖方交付的货物侵犯了第三方的知识产权, 第三方也据此向买方提出侵权索赔, 则不仅会影响买方对货物的占有和处分, 而且可能引起买方在时间上和经济上的损失。由于本款规定了卖方的上述担保责任, 这就在很大程度上消除了买方可能受到的第三方追诉的隐患, 从而比较有效地保护了买方的利益。

（二）卖方承担知识产权担保责任的前提条件

虽然 CISG 第 42 条第 1 款规定了卖方的上述担保责任，但本款也从 3 个方面限定了卖方承担这一责任的前提条件。这些条件分别为：“第三方对货物基于知识产权而拥有权利和要求”、“第三方提出的权利和要求仅限于特定的国家”和“卖方知情”。下面将分别对这 3 个条件进行分析探究。

1. “第三方对货物基于知识产权而拥有权利和要求” “第三方对货物基于知识产权而拥有权利和要求”是要求卖方承担知识产权担保责任的第一条件。这一条件蕴含在本款前半句即“如果第三方能够根据下列国家的法律以工业产权或其他知识产权为依据对卖方交付的货物提出任何权利或要求”中。在这里，值得探究的问题是何为“基于知识产权而提出的权利或要求”。在这一表述中，重要的概念有“权利或要求”，“工业产权”等仅仅是产生“权利或要求”的基础。如果没有“工业产权”这一限定，本款中的“权利”或“要求”应该与第 41 条中的“权利”或“要求”具有相同的含义；而加入了“工业产权”这一限定条件，就决定了本款中的“权利”或“要求”有自己的独特内涵。下文将分别探究“知识产权”及其与此相关的“权利”和“要求”的内涵。

（1）“知识产权”及其与此相关的“权利”。本款将“工业产权”和“知识产权”作为一个相互替代的概念并列使用，其实没有这个必要，因为“知识产权”是一个上位概念，工业产权无疑是知识产权的一个组成部分。正因为此，本文仅仅界定“知识产权”这一概念的内容。由于 CISG 本身具有国际性的特点，所以，我们应该根据相应的国际公约来界定“知识产权”的内涵。根据 1967 年签订的《建立世界知识产权组织公约》和 WTO 的《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPs）的规定，知识产权包括版权及相关权利、商标、专利、地理原产地标识、工业外观设计、集成电路布图设计、商业秘密这 7 个方面的权利。任何人根据有关国家的法律拥有上述方面的知识产权，便在该国法律规定的期限和地域内对此拥有专有权利。除非得到权利人同意或法律规定，其他任何人不得享有或使用该项权利。

如果第三方根据授予国的法律对卖方交付的货物拥有上述任何一种知识产权，他就可以据此向买方提出要求，阻扰或限制买方对货物的处置或使用。也正因为如此，本条第 1 款要求卖方必须保证第三方不会对其交付的货物拥有上述权利。所以，在本质上分析，本款确立了知识产权瑕疵担保责任，即其交付的货物没有侵犯任何第三者拥有的知识产权。

（2）以“知识产权”为依据提出的“要求”。本条中的以“知识产权”为依据提出的“要求”是指任何第三方以销售商品侵犯其知识产权为理由而提出的各种要求。这种要求可能有：没收合同项下的货物、对这些货物采取保全措施等等。在这里，第三方是否确实拥有相关的知识产权并不重要，这也不是适用本款的前提条

件。^①因为即使第三方仅仅声称买方收受的货物侵犯了其知识产权，并据此采取相应的措施，这同样能够影响到买方对货物的使用或处置。

可见，追究卖方知识产权担保责任的一个前提条件是第三方基于知识产权而对卖方交付的货物提出任何“权利和要求”。这也是适用本款的一个前提条件，因为如果第三方仅仅对卖方交付的货物提出了一般性权利或要求，但其提出的依据并不是第42条，而应该是第41条或其他条款。

2. “第三方提出的权利和要求仅限于特定的国家” 同一第三方可能在许多不同的国家均拥有知识产权。如果要求卖方对合同项下货物侵犯所有这些国家中的知识产权都承担担保责任，显然不尽合理。为能够在一定程度上维护卖方的权益，本款还分别通过第1项和第2项规定设立了两项不同的限制性条件：第三方在货物使用地所在国拥有的知识产权或在其买方营业地所在国所拥有的知识产权。

(1) 侵犯签订合同时双方约定的货物使用地所在国所拥有的知识产权(第1款a项)

第42条第1款a项在实际上确定了两方面的限制性条件：货物不仅侵犯了第三方在货物使用地所在国所拥有的知识产权，而且该货物使用地所在国是合同签订时为双方所知晓的。

首先，货物侵犯了“第三方在货物使用地所在国所拥有的知识产权”。这一条件具体蕴含在本项有关“根据该转售或以其他方式使用地所在国的法律”这一表述中。据此，卖方所交付的货物不得侵犯第三方在货物“使用地所在国”所拥有的知识产权。这里的“使用地所在国”不仅包括“货物转售行为发生地所在国”，而且还包括“以其他方式使用货物时该使用地所在国”。这里的“以其他方式使用货物”是指买卖双方自己使用或消费这些货物，或者批发、零售这些货物等等。这具体意味着，卖方承担本条担保责任的范围仅仅限于转售行为发生地所在国或以其他方式使用该货物时该使用行为发生地所在国。如果卖方交付的货物没有侵犯第三方在上述两类国家所拥有的知识产权，而仅仅侵犯了该第三方在上述两类国家以外的其他国家拥有的知识产权，则卖方无需承担担保责任。

其次，上述“货物使用地所在国”是合同签订时为双方所知晓的。本款第一项中有关“如果双方当事人订立合同时有意将货物在某一国境内转售或以其他方式使用货物”规定表明了这一限制。这一限制进一步要求：不仅买方应该知道货物将售往哪一国家或者将在某一国使用，卖方也应该知道这一点。如果卖方不知道货物的转售地或使用地，那么卖方就不必承担本款规定的担保责任。例如，在签订合同时双方有意将货物售往A国，但此后买方独自决定将货物销往B国，而这些货物又刚好侵犯了第三方根据B国法律在该国拥有的知识产权，卖方无需对此承担法律责任。因为在这种情况下，不具备本项规定的卖方承担责任的第二项限制性条件。这里的

^① Piltz, Burghard. Internationales Kaufrecht[M]. § 5 Rn. 104. Muenchen: Beckverlag, 2008: 104.

一个关键问题是在何种情况下才构成本项中的“订立合同时有意”。CISG 对此没有进行明确的规定。一般认为,无需买卖双方对货物的销售国或使用国进行明确的约定,只要卖方能够从签订合同时的情况中知晓货物有可能被售往某一国家,这就足以构成这里的“订立合同时有意”。^①例如,如果买方在签订合同时要求卖方将货物运往买方所在国以外的第三国,那么,卖方就应该知道买方“有意”将货物销往该第三国。应该指出的是:本款中的第三国不仅仅是指一个国家,也可能是指几个国家,如果买方要求卖方将合同项下的货物同时运往几个不同的国家,便是如此。

(2) 侵犯了第三方在买方营业地所在国所拥有的知识产权(第1款b项)

除了上述限制性条件以外,本款b项规定了另一项补充性限定条件,即卖方交付的货物不得侵犯第三方“根据买方营业地所在国家的法律”而在该国拥有的知识产权。但是这一条件仅仅起着补充作用,即只有在买卖双方签订合同时没有约定将货物销往其他国家的情况下(指买方营业地所在国以外的国家),才补充适用这一限制性条件。本款b项中的“在任何其他情况下”这一表述表明了这一点。这也表明b项和a项的规定是选择性的。因此,只要具备了本款两项规定的任何一项条件,那么卖方就可能违反了其承担的知识产权瑕疵担保责任。

由此可知,通过上述限制性条件,CISG第42条大大缩小了卖方承担的知识产权担保责任的适用范围,这种限制是十分必要的,因为在国际贸易中,买卖双方可以在签订合同时通过明示或暗示的方式约定货物的使用地,但是,货物最终销往哪一国家、在哪一国家使用,卖方对此没有任何影响的可能性,它完全是由买方决定的。既然如此,卖方也只应该保证其交付的货物不侵犯第三方在约定使用地所在国或买方营业地所在国的知识产权,而不应该保证货物不侵犯第三者在任何上述国家以外的国家所拥有的知识产权。因为在卖方知道货物最终使用地的情况下,卖方可以进行必要的查询,而在卖方不知晓的情况下,卖方根本无法查证第三方是否拥有相关的知识产权。

3.“卖方知情” 除了上述两项条件以外,本款还规定了另一项前提条件,即“以卖方在订立合同时已知道或不可能不知道存在此种权利或要求为限”。这具体意味着,在签订合同时,卖方必须“知道”第三方在货物使用地所在国或者买方营业地所在国拥有知识产权,而其交付的货物侵犯了这些知识产权,至少他“不可能不知道”这一点。如果卖方根本不知道这一点,那么,他就不必承担本款规定的担保义务。“知道”是一个事实问题,在诉讼过程中不会产生多大的争议。比较难以证明的是何为“不可能不知道”。联合国国际贸易法委员会秘书处认为,如果第三方在相关的国家申请或拥有专利,而且这些专利已经被公开发布,那么,这就构成了本款中的“不可能不

^① Staudinger, Magnus. Julius von Staudingers Kommentar zum Buerglichen Gesetzbuch mit Einfuehrungsgesetz und Nebengesetzen[M], Art. 42, Rn. 17. 第12版. 柏林: Sellier/de Gruyter, 1997.

知道”。^①国内学者也认同这一点。^②这一观点是成立的。一方面,卖方应该知道在生产合同项下货物的生产过程中使用了哪些专利权;另一方面,由于专利具有公开性,通过查阅,卖方“应该能够知道”第三方在货物使用地所在国是否拥有此种专利权。因此,只要他进行了必要的查询,他就“不可能不知道”交付的货物是否侵犯了第三方在该国拥有的专利权。从上述有关“不可能不知道”的界定中,我们可以推导出以下两项判断标准:

(1) 卖方负有初步的调查义务。^③因为只有通过调查,卖方才能知道哪些人在货物使用地所在国或买方营业地所在国拥有何种知识产权。如果卖方没有履行初步的调查义务,那么,就已经具备了“不可能不知道”的初步证据。

(2) 卖方的调查义务仅仅限于那些通过公开途径能够获悉的知识产权。知识产权包括专利、商标、专有技术、商业秘密等各种不同的形态。专利、商标具有公开性,权利人一旦获得了专利权或商标权,卖方便可以检索到相关的知识产权及其权利人。^④反之,如果第三方通过特许协议仅仅获得某一专利的使用权,或者他拥有的是某一专有技术或商业秘密,那么,即使卖方通过查询也难以发现这些权利。在这种情况下,依然追究卖方的担保责任显然不尽合理。因此,一般认为,这里“不可能不知道”仅仅要求卖方进行初步的查询,它并不要求卖方进行深入的投资。这样,在第三方拥有不具公开性的知识产权时,只要卖方进行了初步查询,便不属于本款意义上的“不可能不知道”。

要求卖方承担这样的查询义务是合理的,因为如果卖方无需承担这样的义务,就会大大削弱本款设定的保护买方利益的作用,本款的立法目的就会落空。当然,如果买卖双方约定,买方应该了解合同项下的货物是否侵犯第三方的知识产权,那么,这就免除了卖方本应承担的查询义务。

综上所述,在通常情况下,如果具备上述3个方面的条件,那么卖方必须承担本款规定的知识产权瑕疵担保责任;否则,就无需承担这一责任。

二、担保责任的免除

如上所述,CISG第42条第1款不仅确定了卖方承担的知识产权担保责任,而且设定了卖方承担这一责任的前提条件。这些前提条件的确定在很大程度上限定了卖方承担的知识产权瑕疵担保责任的范围,保护了卖方的利益。但是在此基础上,本条第2款又给卖方提供了进一步的保护,因为第2款规定,即使具备了本条第1款规定的前提条件,

① Secretariat Commentary on Article 42 of Draft Convention[EB/OL]. Pace Law School Institute of International Commercial Law. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-42.html>. [2006-08-30][2015-03-01].

② 李巍. 联合国国际货物销售合同公约评释[M]. 第2版. 北京: 法律出版社, 2009: 202.

③ Staudinger, Magnus. Julius von Staudingers Kommentar zum Buerglichen Gesetzbuch mit Einfuehrungsgesetz und Nebengesetzen[M], Art. 42, Rn. 17. Berlin: Sellier/de Gruyter, 1997.

④ 同②。

但只要具备本条第2款规定的条件,卖方依然无需承担本条第1款规定的担保责任,第2款中“卖方在上一款中的义务并不适用于下列情形”这一表述明确了这一责任的豁免情形。根据对本款字面意义的分析,如果卖方有意主张本款规定的免责待遇,应该具备下列条件:

(一) 买方知情

“买方知情”是指买方知道合同项下的货物侵犯了第三方在货物使用地所在国所拥有的知识产权。本款a项“买方在订立合同时已知道或不可能不知道此项权利或要求”这一表述明确规定了这一条件。本项采取了“知道或不可能不知道”这一与第1款一样的表述。这就产生了一个重要的问题,即两款中的“不可能不知道”是否具有相同的含义?这一问题十分重要,它关系到这一条款是否存在自相矛盾的规定问题。因为如果该两款中的“不可能不知道”具有相同的含义,这就意味着买卖双方必须承担同样的调查义务,那么,在司法实践中就会出现买卖双方均会引用这一条款主张免责而将调查责任推向对方的情形。举例来说,在进行合同谈判时,买方要求卖方将货物运往买方营业地所在国。如果卖方交付的货物最终侵犯了第三方在买方营业地所在国拥有的知识产权并提起了损害赔偿诉讼请求,这时卖方可以根据第42条第2款的规定主张免责,因为货物的使用地为买方营业地所在国,根据本条第2款的规定,买方具有查询义务;而且由于货物使用地在买方本国境内,所以买方应该比卖方更方便进行查询,只要买方履行了这一义务,他就“不可能不知道”合同项下的货物会侵犯第三方的知识产权。同样,买方可以引用本条第1款的规定主张免责,因为在这里也完全具备了该款规定的卖方承担担保责任的前提条件。这样,在同一案件中就出现了谁都应该承担责任或都不承担责任的荒唐局面。

对于这一问题,存在着3种不同的看法。国内学界的一种观点认为,由于本条两款使用同样的表述,所以买卖双方承担着同样的初步查询义务,“不管是卖方还是买方都有知晓已公开的知识产权的义务”。^①国内学界还存在着另外一种观点:相同的措辞并不意味着相同的调查责任,究竟哪一方应该承担更重的调查责任,应该在个案中根据具体的情况予以决定。^②西方学者的主流观点与此不同,他们认为,尽管第42条第2款也采用“不可能不知道”这一表述,但买方并不因此而承担初步查询义务;他们进一步认为,在通常情况下买方无需主动承担初步的查询义务,只有在买卖双方存在此种约定时,买方才必须承担上述初步查询义务,并承担相应的法律责任。^③上述观点哪一种是成立的呢?这是一个值得探究的问题。本文认同上述第三种观点。下面分别就此进行论述。

① 王家德.论国际货物贸易中卖方的知识产权权利担保义务问题——对CISG第42条的解析[J].焦作大学学报,2013,(1):89.

② 李巍.联合国国际货物销售合同公约评释[M].第2版.北京:法律出版社,2009:205.

③ Piltz, Burghard. Internationales Kaufrecht[M]. § 5 Rn. 111. Muenchen: Beckverlag, 008; Staudinger, Magnus. Julius von Staudingers Kommentar zum Buerglichen Gesetzbuch mit Einfuehrungsgesetz und Nebengesetzen[M], Art. 42, Rn. 17. Berlin: Sellier/de Gruyter, 1997.

首先,本文并不认同上述第一种观点。因为,如果它们具有相同的含义,就会出现上述“在同一案件中谁都应该承担责任或都不承担责任”的荒唐局面。CISG 制定者显然不希望出现这种情形。可见,认为两款中的“不可能不知道”具有相同内涵的观点不仅导致本条两款之间的逻辑混乱,而且会导致司法实践中难解的困局,这应该不符合 CISG 制定者的本意。

其次,本文也不认同上述第二种观点。影响这一观点成立与否的一个关键因素是在个案中决定查询义务承担者的依据是什么。该观点提出一个“更有利”的判断标准,即谁处于履行查询义务更有利的地位,谁便是这一义务的承担者。^①这就决定了这一观点难以成立,因为“更有利”是一个相对的概念,无论是法学界还是司法实务界,均难以提出一个客观的判断标准,判断谁处于更加有利的位置。我们再以上文提及的合同项下的货物侵犯买方营业地所在国的知识产权为例,卖方应该比买方更熟悉产品的生产流程和技术特性,从这一角度分析,卖方应该处于更加有利的地位,但卖方通常只能通过网络查询相关的货物是否侵犯买方营业地所在国的知识产权。而买方则显然比卖方更加方便查阅第三方是否拥有同样的知识产权,因为货物的使用地是其营业地所在国,从这一角度出发,买方则处于更加有利的地位。可见,从不同的角度出发,会得出不同的结论。正因为这一点,这一观点也会造成适用方面的严重困难,故难以成立。

最后,上文提及的第三种观点是成立的。这一观点的核心内容是:第 42 条第 2 款并没有规定买方必须履行“主动的初步查询义务”,只有在买卖双方存在此种约定时,买方才必须承担此种义务。尽管这一观点与本款的字面意义相冲突,它依然是成立的。两方面的原因决定了这一点。一方面,第三种观点较好地解决了上文提及的本条两款之间的冲突问题,因而也同时解决了司法适用过程中面临的难题。因为根据该观点,第 42 条第 2 款通常不要求买方承担查询义务,只有在例外即双方之间存在约定的情况下,买方才承担这一义务。这样也就理顺了本条两款之间的关系,即在通常情况下,应该适用本条第 1 款,在例外情况下适用本条第 2 款 a 项的规定,这样,两款之间根本不存在任何矛盾。另一方面,得出第三种观点所采用的解释方法也是符合 1969 年《维也纳条约法公约》第 31 条规定的解释规则的。根据 1969 年《维也纳条约法公约》第 31 条的规定,具体条款的字面意义仅仅是对国际公约进行解释时应该考虑的一个因素,除此之外,还应该考虑相关条款的上下文、立法目的等因素。而上述观点显然不是仅仅参照第 42 条第 2 款 a 项的字面意义得出的,相反,它应该是考虑上下文、立法目的等因素对本款和 CISG 的其他规定进行综合分析时才有可能得出的。其一,根据字面意义解释,人们不可能得出这一结论。上文的分析已经证明了这一点。其二,CISG 制定者推动各国签署 CISG 的根本目的是为了统一各国在

① 李巍. 联合国国际货物销售合同公约评释 [M]. 第 2 版. 北京: 法律出版社, 2009: 205.

国际贸易领域的不同规定和习惯做法。基于这一点，我们可以相信，CISG 制定者不可能没有注意到第 42 条第 1 款和第 2 款 a 项之间的冲突。在他们已经意识到这一冲突的情况下，他们依然决定在第 42 条的两款中采用“在订立合同时已知道或不可能不知道”这一相同的表述，只能意味着两者之间有着不同的内涵，即在第 1 款中，“不可能不知道”蕴含着卖方必须承担主动查询义务，而在第 2 款 a 项中，买方仅需承担约定查询义务。这样，两款之间就不再存在着冲突的关系，相反，它们是相互补充的关系。

由此可知，第 2 款 a 项规定的“不可能不知道”仅仅适用于买卖双方之间做出约定的情形。在存在这种约定时，如果买方没有履行其查询义务而导致其不知道货物侵犯第三方知识产权权利的情形，这便构成了本款中的“不可能不知道”，卖方也可据此主张免责。另外，还应该注意的，本项规定免责权仅仅适用于买方没有在规定时间内将其通过查询而获悉的货物侵犯第三者知识产权的情况通知卖方。如果买方在签订合同时就已经将这些信息告知卖方，而卖方依然将这些侵犯第三方权利的货物交付给了买方，那么，他就失去了引用本款规定主张免责的权利。

（二）遵从买方的指示

除了上述“买方知情”以外，第 42 条第 2 款还在 b 项中规定了另一项免责条件，即第三方所拥有的“此项权利或要求是由于卖方遵从了买方所提供的技术图样、设计、方案或其他规格而产生的”。这一免责条件反映了国际贸易中的一种习惯做法，即买方通常会将货物的规格、设计图纸、甚至商标交付给卖方，要求卖方必须按照其提供的资料生产或制造货物。在这种情况下，如果卖方交付的货物最终侵犯了第三方在货物使用地所在国所拥有的知识产权，这自然不应该是卖方的过错，无疑应该是买方自己的过错。与此相适应，免除卖方此时的知识产权瑕疵担保责任，让买方自己承担相关的风险，这也是合情合理的。

但是，第 2 款 b 项规定的适用范围也有一定的限制，即它仅仅适用于卖方不知道根据买方提供的“技术图样、设计、方案或其他规格”生产的货物会侵犯第三方的知识产权；如果他知道这一后果，那么根据诚信原则，他必须将此风险通知买方。如果他没有履行这一通知义务，那么，他就不得引用本条第 2 款 b 项规定主张免除自己的担保责任。^①

最后应该指出的是，第 2 款 b 项规定的免责条件与本款 a 项规定的免责条件之间并不是并列的关系，而是选择性关系，两项规定之间的“或”字表明了这一点。这意味着，在某一具体的争议中，只要具备了上述两项条件中的任何一项，卖方就可以主张免责。

^① Reinhard, Gert: UN-Kaufrecht. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 ueber Verträge den Internationalen Warenkauf, Art. 42, Rn. 6. Heidelberg: C. F. Mueller. 1991. Staudinger, Magnus, Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen[M], Art. 42, Rn. 17. Berlin: Sellier/de Gruyter, 1997.

三、结语

CISG 第 42 条的规定对中国的国际贸易有着重要的作用。中国目前是一个出口大国,而在中国的出口商品中,相当一部分的商品存在着侵犯他人知识产权的现象。如果中国的出口企业能够通过谈判将“由买方承担本条意义上的查询义务”此类条款写进合同,使之成为合同的有效组成部分,这样便可以大大减少在货物进口国卷入知识产权纠纷的可能性。当然,防止卷入纠纷的最根本的办法是:保证出口的产品没有侵犯第三方在进口国所拥有的知识产权。

Research on the Warranty for the Seller's Intellectual Property Rights in CISG

GAO Xu-jun

Abstract: Article 42 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) (CISG) provides that the seller is liable to the buyer for the infringement of industrial or other intellectual property rights of a third party. Such liability receives so far little attention from scholars in China. In conjunction with Article 42 paragraph of CISG, this article first defines the scope of the seller's liability for infringement of industrial or other intellectual property rights and articulates the conditions, under which such liability is due, which includes: (i) it involves a right or claim of a third party based on industrial property or other intellectual property; (ii) the right or claim alleged by a third party is valid in a particular state; and (iii) the awareness of the seller. The seller can be exempted from the liability for infringement of industrial or other intellectual property rights on the ground of "awareness on the side of the buyer" or "compliance to the buyer's instruction". Chinese enterprises can effectively avoid intellectual property risks in international trade and business by adding a clause in the contract like "the buyer shall bear the responsibility of inquiring".

Key words: CISG; seller; liability for infringement of industrial intellectual property rights; exemption of liability

(责任编辑:金孝柏)