

实用艺术品法律保护路径探析

——兼论《著作权法》的修改

管育鹰

内容提要：实用艺术品的法律保护应当是综合性的。其主要的两种法律保护途径是著作权法对实用艺术作品的保护和专利法对产品外观设计专利的保护。商标法和制止商业外观仿冒的规则用于实用艺术品的保护比较困难。反不正当竞争法应增设关于产品形态模仿禁止的规定，以对实用艺术品提供一定时期的有效保护。

关键词：实用艺术品 著作权法 专利法 商标法 反不正当竞争法

Abstract: The legal protection on the achievements of applied art should be a comprehensive framework, which focuses on copyright protection on works of applied art on one hand, and patent protection on creative industrial designs on the other hand. The rules in Trademark Law and Anti-Unfair Competition Law used for prohibiting counterfeit and trade dress passing-off cannot be applied appropriately for the protection of the achievements of applied art. As an important remedy, there should be an additional provision in Anti-Unfair Competition Law to prohibit imitating the unique appearance of products for a certain period, which would provide an effective supplementary protection for the achievements of applied art.

Key Words: achievement of applied art; copyright law; patent law; trademark law; anti-unfair competition law

实用艺术品的法律保护是我国知识产权法学界讨论由来已久却一直未能获得共识的问题。无论是在理论上还是在实践中，实用艺术品、实用艺术作品、美术作品、实用美术作品、工艺美术品、工业品外观设计、立体商标或商品外观等正式法律用语或非法律意义上的概念仍存在一定的模糊和交叉，影响了法律的可预期性和适用的一致性，不利于我国知识产权法律体系的完善。事实上，多年来“实用艺术品”一词还仅是学界的概括性描述而非法律上的正式用语，我国整个知识产权立法体系中只有1992年9月国务院发布的《实施国际著作权条约的规定》第6条用到的“实用艺术作品”一词与“实用艺术品”最为接近。

2011年，我国《著作权法》的第三次修改正式启动，2012年3月，国家版权局公布了《〈中华人民共和国著作权法〉（修改草案）》。尽管与其他引发各界热议的焦点问题相比，修改草案

关于“实用艺术作品”的规定还未受到太多关注，但本文认为实用艺术品的保护问题关系到整个知识产权法体系各部门法运行中的协调，尤其是厘清“实用艺术品”与“实用艺术作品”的概念，对进一步明确著作权法保护规则、增强法律可预期性十分必要。现借《著作权法》修改之际再次深入探讨实用艺术品的保护问题，希望起到抛砖引玉的作用。

一、实用艺术品的概念

在我国，“实用艺术品”与“实用艺术作品”的概念在理论和实务中均没有严格区分使用。比如，在“中国知网”之“中国法律数字图书馆”中查询，可发现其所收录的1979年以来的期刊论文的主题关键词中，既有“实用艺术品”，也有“实用艺术作品”，而这些论文讨论的主要内容其实并没有区别，即针对那些既符合著作权意义上的作品要件、又符合工业品外观设计

作者简介：管育鹰，中国社会科学院法学研究所副研究员

参见中国知网：<http://law.cnki.net/>，最后访问日期：2012年5月。

计专利要件的实用艺术品（作品）应当如何保护的问题。另一方面，在“北大法律信息网”之“北大法宝”的司法案例数据库中查询，则发现各地法院在面对此特殊客体的侵权纠纷时，同样混用“实用艺术作品”与“实用艺术品”的用语，并都面临着如何适用《著作权法》解决此类纠纷的难题。

在1990年《著作权法》的立法背景资料中，对美术作品的理解包括了“绘画、书法、雕塑、工艺美术等”；其中，“工艺美术”又包括陈设工艺，即专供陈设欣赏用的工艺美术品，如象牙雕刻、泥塑等；以及日用工艺，即经过装饰加工可供人们日常生活用的实用艺术品，如家具工艺、陶瓷工艺中的碗、杯等。需要指出的是，著作权法所保护的工艺美术，只保护工艺美术中具有创造性的造型或美术图案，不保护生产过程中的工艺；只保护实用艺术品中具有创造性的造型艺术，不保护日常生活使用中的实用功能。前述资料还介绍了在著作权立法和修改过程中未将实用艺术品明确列为著作权保护客体的主要原因，即难以区分客体的法律特性、混淆文学艺术作品与工业产品的界线。可见，在此前《著作权法》的制定和修改中，立法者和研究者并不是没有考虑过实用艺术品及其相关概念的问题，只是认为实用艺术品的法律保护模式太过复杂而直接放弃了在著作权法中作出明确界定。

我国目前在理论上和立法、司法实践中对“实用艺术品”和“实用艺术作品”概念的混用，一定程度上源于对《保护文学艺术作品伯尔尼公约》中“Works of Applied Art”之翻译和理解有偏差。笔者早期在研读郑成思老师的著作时就发现了这个问题，即郑老师虽然非常清楚地说明了“实用艺术品”获得著作权法保护必须符合作品的要件（这一点本文后面还将具体介绍），指出了“实用艺术品不归入美术品中”，并分析了美术作品与“实用艺术品”、“工艺美术品”、“工业品外观设计”的关系，但他并

未使用“实用艺术作品”而是一直使用“实用艺术品”一词，且将其理解为《伯尔尼公约》所说的“Works of Applied Art”。在此后学界的相关讨论中，尽管对“实用艺术品”获得著作权保护必须符合“作品的独创性”要件的观点基本上没有争议，但著作权保护的客体是“实用艺术品”还是“实用艺术作品”未得到严格区分。

随着我国相关产业的发展和知识产权法学研究的不断深入，尽管在理论上或司法实践中称此类特殊客体为“实用艺术品”不必然导致所有的实用艺术品都应该获得著作权法保护的误解，但是为了进一步明确各个知识产权部门法对实用艺术品保护的条件及相互间的关系，便于对法律的理解和适用，应当明确“实用艺术品”是仅用于知识产权法理论探讨的一个概括性非正式用语。现实生活中作为对具有实际用途的有形艺术品的总称，“实用艺术品”的概念要远远大于属于美术作品范围的“实用艺术作品”的概念。具体说，“实用艺术品”主要包括著作权法意义上之美术作品范畴的“实用艺术作品”的有形载体、专利法意义上的含“外观设计专利”的工业品、以及前两项之外的其他具有新式独特造型的产品。

这样明确划分后，一方面可以在一定程度上解决现实生活中可能产生的“为什么有的实用艺术品可以受著作权法保护，有的则不能”的疑问，另一方面可以为实用艺术品的权利人提供比较清晰的保护路径指示，即：1. 认为自己的实用艺术品原创性高、能满足“作品独创性”要求的，可以寻求著作权法的自动保护，在遭受仿制时依法寻求救济；2. 对自己的实用艺术品是否能满足“作品独创性”要求拿不准，急需一定时期的市场垄断以收回投入的，可以尽快申请工业品外观设计专利的保护，在遭受仿冒时可以依法主张救济；3. 对于那些摇摆于前二者之间的实用艺术品的最先开发和使用者，后文还将探讨，其实法律还应在这两种保护方式之外提供制止仿冒的

参见北大法律信息网：<http://vip.chinalawinfo.com/case/>，最后访问日期：2012年6月。

参见中国人大网的“《中华人民共和国著作权法释义》”：http://www.npc.gov.cn/npc/flsyywd/minshang/2002-07/15/content_297588.htm，最后访问日期：2012年6月。

郑成思：《版权法》，中国人民大学出版社1990年版，第34页；《版权法》（修订本），中国人民大学出版社1997年版，第103页；《知识产权论》（修订本），法律出版社2001年版，第251页。

比如，丁丽瑛：《实用艺术品著作权的保护》，载《政法论坛》2005年第3期。

其他途径。此外，对于在理论和实践中时常混用的其他非法律正式用语的概念，如应用美术作品、工艺美术品、实用美术品等，完全可以纳入总括性的“实用艺术品”概念中，按照前述三种情况进行划分并适用相应的法律保护。

在进一步展开讨论之前，还需要指出的是，实用艺术品可分为实用成分与艺术成分可以分离的和实用成分与艺术成分不能分离的两种。前者的法律属性判断比较简单，常见的就是将美术作品印制在实用物品上，或者直接将雕塑等立体美术作品制作为实用物品；后者则为外形、色彩、线条及其结合融合在一起的具有一定审美价值的实用物品，比如日常生活用的家具、玩具、服饰等，因为难以区分产品功能决定的表达形式与创作成分，其法律属性的判断十分复杂，本文主要讨论的是后一种。

综上，我们在讨论实用艺术品之法律保护时，应当明确讨论的内容包括“实用艺术作品的著作权保护”、“实用艺术品外观设计专利的保护”、“实用艺术品的商标保护”、“实用艺术品产品外观仿冒禁止”等，而不仅限于著作权法对实用艺术品的保护。

二、实用艺术作品的著作权保护

如前所述，《伯尔尼公约》所说的“Works of Applied Art”指的是“实用艺术作品”，即集实用性与艺术性为一体的作品。从实用艺术作品的产生过程来看，它既要体现创作者独特的艺术考量，又必须兼有同类实用物品的共通特点以供日常使用。实用艺术作品具有“实用性”和“艺术性”两个方面，著作权法保护的是其“艺术性”的内容，或作者对该作品的艺术造型、外观设计、色彩装饰等艺术性特征所作的智力投入而产生的成果，该实用艺术作品的实用性功能则不受著作权法保护。正如郑成思教授强调的：在保护“实用艺术品”这一客体时，保护的着眼点在实用的“艺术品”而非“实用”的艺术品。

换句话说，实用艺术品中仅其艺术表达部分或者是可抽离于有形载体的部分能得到著作权法的保护，其“艺术性”成分必须独立于产品的实用功能而成为“作品”表现形式单独存在。在这个问题上，我国理论界和实务界均借鉴了美国《版权法》的规定，即对那些艺术性与实用性难以分割的实用艺术品来说，要作为“实用艺术作品”获得著作权法的保护，必须证明其艺术成分或“艺术性”符合美术作品之独创性要求。在实践中这个问题的判断通常是分两步进行的：首先抽象出该实用艺术品的“艺术性”成分，其次判断其“艺术性”是否达到了一定高度，符合独创性的标准。

我国著作权法至今并未明确将“实用艺术作品”列为受保护的客体；《著作权法实施条例》对“美术作品”的解释也看不出是否包括实用艺术作品。从我国整个知识产权领域的国内立法来看，只有国务院1992年颁发的《实施著作权国际公约的规定》中出现了“实用艺术作品”一词，但该规定对何为实用艺术作品亦未予明确，而且仅适用于“外国实用艺术作品”。然而，除了理论界对“实用艺术作品”可以获得著作权法保护没有争议外，司法界在实践中也确认了符合一定条件的实用艺术品可以获得我国著作权法保护（后文将会谈到具体案例）。也就是说，尽管目前我国理论界和司法界均认可，无论是国内还是国外作者的实用艺术品，只要符合“作品的独创性”要件都是可以获得我国著作权法保护的，而且保护期和所有美术作品一样原则上是50年；但是，由于著作权法及其配套法规、司法解释都没有明确这一点，而1992年的《实施著作权国际公约的规定》也未明确被废除，在一定程度上仍给人以“实用艺术作品”著作权保护内外有别印象。

因此，多年来我国一直有将“实用艺术作品”明确列入《著作权法》的建议，这一建议在

郑成思：《版权法》，中国人民大学出版社1997年第2版，第105页。

《美国法典》第17篇（版权法及相关法）第101条定义：“绘画、刻印和雕塑作品包括平面和立体的美术作品、刻印艺术作品、应用美术作品……实用物品的设计，如果有可以同该物品的实用方面区别开来单独存在的绘画、刻印或雕塑的特征，在这个范围内，该设计应视为绘画、刻印或雕塑作品。”网址：<http://www.copyright.gov/title17/>。

《著作权法实施条例》第4条：“（八）美术作品，是指绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品。”

《实施国际著作权条约的规定》（1992年9月25日国务院发布）第6条规定：“对外国实用艺术作品的保护期，为自该作品完成起25年。”

著作权法第三次修改之际得到了立法回应。2012年3月国家版权局公布了《〈中华人民共和国著作权法〉（修改草案）》，其第3条规定的作品种类之（九）单列了“实用艺术作品，是指具有实际用途的艺术作品”；另其第27条第5款规定：“实用艺术作品，其著作权中的财产权利的保护期为首次发表后二十五年，但作品自创作完成后二十五年内未发表的，本法不再保护；其发表权的保护期为二十五年，但作品自创作完成后二十五年内未发表的，本法不再保护。”根据国家版权局的解释，增加关于实用艺术作品的规定是由于“我国现行《著作权法》中并无实用艺术作品的规定，但在《实施国际著作权条约的规定》中却有保护二十五年的规定。这种超国民待遇的规定长期以来受到学术界和实务界的质疑，并且对于我国国民的实用艺术作品是以美术作品保护还是不保护没有统一认识。因此，草案根据《伯尔尼公约》规定，对实用艺术作品单列为一类作品进行保护，其保护期规定为二十五年。”

笔者认为，《著作权法》做出这种修改的必要性值得探讨。理由如下：

其一，在《著作权法》中增设“实用艺术作品”的规定无助于解决实践中“作品之独创性”的判断难题。如上所述，外国实用艺术作品的超国民待遇问题目前在实践中其实已经消除，只要满足作品的独创性要件，我国国民的实用艺术作品与外国的实用艺术作品一样可以作为美术作品获得《著作权法》保护。事实上，实用艺术作品中相当一部分是应用美术作品，即完全可以从实用品中分离或原先就独立存在后来被应用到实用品上的美术作品，比如将一幅画印制在餐具、寝具上，或将立体卡通形象设计为文具、玩具的外观等，只要该画或者卡通形象符合著作权法对作品的要求就应当受著作权法保护。现实中

难以把握的是不易作出艺术性与功能性“概念分离”的实用艺术作品，而这个疑难问题并不会因著作权法明文规定了保护实用艺术作品而消失。比如，实践中我国法院曾判53种“乐高”玩具积木中的33块有著作权，这一案例中原告的33块积木受保护或多或少受益于当时我国刚加入WTO的局势和《实施国际著作权条约的规定》对外国实用艺术作品保护的强调。事实上，作为拼插玩具，什么样的积木块具有单独的欣赏价值呢？乐高积木的创造性在于其拼插方式的创意和积木块形状的新颖设计，虽然这些积木块可以拼插为千姿万态的可版权的形状，但积木块本身的作品性质是有争议的。事实上，我国在“乐高案”之后的司法实践中，那些难以区分艺术性与实用性的实用艺术品要被认定为“作品”并获得著作权法保护就没那么容易了。总的说来，法官们基本认同著作权法只保护实用艺术品的艺术性方面，不保护实用艺术品的实用性方面；而且，实用艺术品的艺术性方面只有在具有一定高度的独创性、构成作品时才能够获得著作权法的保护。比如，原告的S形牙刷被认为是为实现牙刷的随意弯曲的功能而设计的，该S形不具有著作权法意义上的艺术性，故原告的S形牙刷不属于实用艺术作品；原告用于放置沐浴用品的器皿在艺术方面没有构成作品，因此不属于我国著作权法规定的美术作品的范畴，不受我国著作权法的保护；原告所要求保护的胶带切割机只是一般造型组件，本身缺乏审美意义，无欣赏价值，不是我国著作权法保护的实用艺术品；原告的两款服装仅是利用了服装设计的一些惯常元素进行的组合，这种组合并未构成独创的艺术表达形式，因此不能作为实用艺术品受到我国著作权法的保护；原告的儿童椅凳从整体上看其与普通的儿童椅凳在外形上的区别不大，在艺术性方面没有满足构成美术作品的最低要求，因此不属于美

国家版权局：《关于〈中华人民共和国著作权法〉（修改草案）的简要说明》，2012年3月。

瑞士英特莱格公司与可高（天津）玩具有限公司、北京市复兴商业城侵犯著作权纠纷案，参见（2002）高民终字第279号民事判决。

史密斯克兰比彻姆公共有限公司与扬州明星牙刷有限公司、北京实惠岛商贸有限责任公司侵犯商标专用权、实用艺术品著作权纠纷，北京市第一中级人民法院（2002）一中民初字第3515号。

广西博白新毅工艺品有限公司与香港励鸿集团上海视厂有限公司著作权侵权纠纷，广西壮族自治区高级人民法院（2007）桂民三终字第62号。

爱祿睦国际股份有限公司与惠州新力达电子工具有限公司、深圳市新亚工具连锁店有限公司著作权、知名商品特有包装侵权纠纷，广东省高级人民法院（2006）粤高法民三终字第45号。

华斯实业集团肃宁华斯裘革制品有限公司与无锡梦燕制衣有限公司、石家庄东方城市广场有限公司著作权侵权纠纷，河北省高级人民法院（2007）冀民三终字第16号。

术作品范畴中的实用艺术作品，不受我国著作权法保护；等等。

其二，现行《著作权法》关于美术作品的规定之解释和适用已经可以应对实用艺术作品的著作权保护问题。在《著作权法实施条例》、司法解释或者实践中明确实用艺术作品只要符合独创性要件、属于《著作权法》所说的美术作品就可以获得与其他作品同等的保护（即50年保护期），自然就吸收了原先只保护外国人作品的《实施国际著作权条约的规定》之25年保护期的规定，并消除“实用艺术作品”著作权保护内外有别的印象。

其三，在《著作权法》中明确规定“实用艺术作品”及其不同于其他作品的特殊保护规则，可能模糊著作权法与其他工业产权法保护方式的界限。如上所述，鉴于实用艺术品艺术性与功能性是否分离、是否具有一定高度的独创性等问题十分难以判断，立法上最好鼓励这类实用艺术品寻求实质要件和侵权判断相对容易的工业品外观设计专利权的保护（本文后面将介绍相关内容）。而且，与主要用于摆设的工艺美术品不同，实用艺术品首要和主要的价值在于其实用性，即日常生活中的使用价值，一个鼠标外形再漂亮，也要保证其基本功能的实现；而将普通工业品摆设为某种特别造型以获得某种审美倾向的行为，只能称为行为艺术，不能成为工业品本身获得著作权保护的理据。

因此，在我国著作权法中明确对实用艺术作品的保护，可能给人以实用艺术品都可以获得著作权法保护的错误信号，使人怠于申请和维持需要耗费一定成本的工业产权，反而不利于其法律保护。当然，为了明确实用艺术作品的著作权法保护，可以在《著作权法实施条例》中指出符合独创性要件的实用艺术作品属于著作权法所说的美术作品；而既然符合独创性要件，实用艺术作品就应当获得与其他作品同等的保护（即50年保护期）。至于不具备著作权法规定的独创性要件的实用艺术品，要获得法律的保护可以去寻求专利法或其他法律的保护（后文将会提到）；如果说专利法对外观设计专利的保护期只有10年、不足以适应各类实用艺术品的需求，那就是专利

法本身的修改问题了，比如外观设计的保护可以从专利法独立出来，或者增设外观设计专利保护期延长的条件等，但在这里我们只讨论著作权问题，就不再详细展开了。

三、实用艺术品的外观设计专利权保护

如此看来，实用艺术品是否应当受到著作权法的保护在理论上是无争议的，即如果实用艺术品构成具有一定高度的独创性、有艺术性或审美意义的“作品”的，可以作为美术作品受到著作权法保护；但在实践中，由于对“一定高度的独创性”、“艺术性”的判断缺乏可操作的相对统一的标准，适用我国著作权法来保护实用艺术品的做法一直是个难题。法院在遇到诸如此类的问题时，通常都会采用“一般公众”的眼光为标准；但是，因“一般公众”在法律上是个虚拟的人，这一标准同样赋予法官很大的自由裁量权。因此，尽管著作权保护具有无须行政程序自动获得、简单和成本低廉等优点，但对于那些大量的缺乏足够的艺术个性、主要目的是在产业上批量生产的实用艺术品来说，其获得著作权法保护的状况并不甚明确，换句话说，著作权法并不是保护此类追求量产和市场独占性的实用艺术品开发设计者的最佳途径。

我国《专利法》第2条规定，外观设计是指“对产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所做出的富有美感并适于工业应用的新设计”；根据该法第11条，“外观设计专利权被授予后，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品”。可见，专利法的保护，实质上是赋予权利人以在产业上实施其外观设计的专有权，这一点无疑最契合实用艺术品开发设计者的需要，能有效保障产业上的垄断实施权的专利保护成为其必不可少的选择。我国《专利法》在2008年底的修改中对外观设计专利保护制度进行了比较大的修正，比如增加了一定程度的创造性要求、排除对标识性平面印刷外观设计的保护、明确了简要说明和外观设计检索报告的作用等，大幅度地提高了外观设计专利的质量、加大了对外观设计专利的保护强度。

英特-宜家系统有限公司诉台州市中天塑业有限公司侵犯著作财产权纠纷，（2008）沪二中民五（知）初字第187号。

根据我国专利法的规定,外观设计专利的实质性要件包括几个方面:一是新颖性,即在申请日前在国内外不为公众所知,也没有任何单位或者个人就同样的外观设计在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请,并记载在申请日以后公告的专利文件中;二是创造性,即与现有设计或者现有设计特征的组合相比具有明显的区别;三是实用性,即能在产业上以制造或使用方式重复再现并具有积极效果。当然,除了这三个适用于所有专利的实质性要件外,能够获得专利权的外观设计还应当具有美感、并不得与他人在申请日以前已经取得的合法权利相冲突。这些条件相对于著作权法上的“一定高度的独创性”来说要容易确定一些,而且依据专利法,我国对外观设计专利申请并不进行实质性审查,对于急需确定法律状态以便迅速推向市场并防止他人生产销售同样实用艺术品的权利人来说,要获得外观设计专利权的保护程序并不复杂。

此外,2008年《专利法》的修订不仅提高了外观设计专利的授权标准,还提高了对已授权外观设计专利权的保护力度,比如该法第11条增加了外观设计专利权人的许诺销售权。也就是说,如果权利人在展览会、展销会中发现有侵权产品的广告宣传和订购活动,可以及时请求专利行政管理部门或法院予以制止,而不必等到掌握了实际销售行为发生的证据时才能提出诉求。实践中不乏外观设计专利权人在商品交易会、订货会等场所发现许诺销售侵权行为的情形,《专利法》增加这一权利内容无疑有利于及时制止侵犯外观设计专利权行为及后果的进一步蔓延,对实用艺术品的外观设计专利权之保护有重要意义。另外,2008年《专利法》还引入了关联外观设计合案申请制度,即同一产品两项以上的相似外观设计或者同一类并成套使用的产品两项以上的外观设计可以作为一件申请提出。这一规定不仅简化了程序,还扩大了外观设计专利的保护范围,对于餐具等通常以成套形式推向市场的实用艺术品更为有利。

不过,在讨论专利法对实用艺术品的保护路径时,必须强调法律所保护的是符合上述各条件的创新设计。外观设计专利权的获得虽不像发明专利那样要经过耗时耗力的实质审查,但经过改革的形式审查制已经越来越明确了不鼓励非真

正创新设计申请专利保护的态度。比如,2008年《专利法》修改时第27条增加了对外观设计申请文件之“简要说明”的规定,既要求申请人以此明示自己外观设计的实质创新点,也有助于执法者及其他人判断外观设计专利权的保护范围。此外,《专利法》第61条还明确了外观设计专利检索报告的作用,即在执法、司法活动中“作为审理、处理专利侵权纠纷的证据”,这一制度对致力于创新设计的实用艺术品的生产经营者也十分有利。依照此规定,确信自己拥有符合法律规定要件的外观设计专利权人最好未雨绸缪,事先依照相关的程序请求国务院专利行政部门做出有利于自己的外观设计专利检索报告。这样,在急需行政保护的场合,比如展会上,出具该外观设计专利检索报告有助于行政机关做出初步裁断并采取快捷措施。不过应当明确的是,就司法救济而言,出具检索报告只是专利权有效性的初步证据,并非原告提起专利侵权诉讼的前提条件。

从法律适用的角度看,由于在程序上有一定的事先审查(包括形式审查和检索报告)制度辅助,实用艺术品是否具有专利法上的“新颖性”和“创造性”相比其是否具有著作权法上的“一定高度的独创性”要容易判断一些,也就是说专利法保护方式对实用艺术品来说要更可预期一些。应该说,外观设计专利保护更符合大多数实用艺术品的实际需要,著作权保护期长达50年,并不利于注重时尚风格的实用艺术品推陈出新。这样,我国为实用艺术品的创新设计者提供了两条重要的法律保护途径:如果确信其设计属于“实用艺术作品”,即《著作权法》中所规定的美术作品的一种,则自完成之日起自动获得像其他作品一样的50年保护期,这已经大大超过了《伯尔尼公约》规定的25年;另一方面,如果无法确信其设计是否属于“实用艺术作品”,但能确信其系之前市场上未出现过的、自己用心设计的创新成果,则可以主动积极地申请并获得10年的外观设计专利权保护。在我国,对于真正的创新设计权利人来说,10年的保护期对于有些生命力较长的实用艺术品来说可能不够,但这个问题对于其他产品也同样存在,因此,在下一步修改《专利法》时这是个可以考虑的议题,可参考国外经验和国情适当调整外观设计专利权的保护期。比如,外观设计在日本的保护期为自核准注

册之日起15年；在德国的保护期为自申请之日起20年；在英国的保护期为自注册之日起5年，可延长4次，每次5年；在美国的保护期为自核发证书之日起14年；在法国的保护期为自申请之日起25年，经注册人声明还可延长25年。相对而言，英国的立法经验比较灵活，使得权利人可以根据需要主动把握权利的保护期，即为权利人提供至少5年、至多25年的保护。我国在《专利法》的下一轮修改中可以借鉴这一经验，设置5~20年的外观设计专利的保护期，以适应不同权利人的需求。

四、实用艺术品作为商标受保护的可能性

我国《商标法》在2001年修改时，将商标的范围从平面视觉商标扩大到立体商标和颜色组合商标，即该法第8条规定的“任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开来的可视性标志，包括文字、图形、字母、数字、三维标志和颜色组合，以及上述要素组合，均可作商标申请注册。”可见，从理论上说，如果实用艺术品的外形具有显著性或可识别性，能将经营者的产品或服务与其他人的同类产品或服务区分开来，就可以受到《商标法》的保护。

讨论实用艺术品作为商标受保护的可能性，首先需要说明的是，这里所说的实用艺术品，是指轮廓、色彩、线条等要素与产品外观形状不可分离的实用艺术品，包括具有独创性的实用艺术作品、外观设计具有一定创新的实用艺术品和其他实用艺术品。平面实用艺术品的表现形式通常与产品载体可分离，比如将美术作品或特定图案印制、纺织在实用物品上，而将作品或特定图案注册为商标需要获得著作权人或设计者的许可。实践中，平面的实用艺术品若本身就是美术作品载体的，完全可以获得著作权保护；但《专利法》在2008年底修改时，专门排除了对标识性平面外观设计的保护；而在商标审查实践中，设计往往比较复杂的实用艺术品的图案色彩等并不

符合显著性标准因而难以获得注册；只有经长期使用产生识别性的平面实用艺术品被用作包装装潢的，才可能依据《反不正当竞争法》第5条获得一定保护，但实践中将实用艺术品作为其他产品包装装潢的情形基本上仅限于包装袋本身。因此，实用艺术品作为商标受保护的问题更多地指立体造型的实用艺术品。

但是在实践中，实用艺术品的立体造型要成为商标受到保护事实上是非常困难的，因为如同我们前面讨论过的，实用艺术品兼具实用性与艺术性，但通常难以从外形将二者分离开来，即不易剔出产品性质或技术特征所决定的部分，属于《商标法》第12条所说的不能注册的情形。根据国家工商行政管理总局商标局和商标评审委员会于2005年12月31日公布的《商标审查标准》中针对立体商标的实质审查（第四部分）的规定，立体商标属于禁止作为商标使用的商品形状或商品通用或者常用的形状的情形包括：为实现商品固有的功能和用途所必需采用的或者商品通用或常用的形状、为获得技术效果而需有的商品形状、使商品具有实质性价值的形状及那些缺乏显著性、不能起到区分商品来源作用的三维标志。可见，立体商标要获得注册，其基本要求是不能将同类产品的通用外观，尤其是产品性质或技术特征所决定的形状注册为立体商标，比如在冰糖产品上不能注册冰糖结晶后所产生的立体形状、宝石产品不能注册同类产品加工后通常形成的某一有多个反射面的形状、电池不得注册为通用的带正负极标识的形状，等等。对于实用艺术品来说，这些原则同样适用。简言之，实用艺术品的外形必须具有区别于该类实用艺术品通用特征的、易于识别的特有形状，否则很难获得注册。现实中，若某实用艺术品在设计时即具有区别于该类实用艺术品通用特征的、易于识别的特有形状，则多半寻求著作权法或专利法保护了；而且实用艺术品的生产经营者对其进行新式设计目的在于以该设计本身吸引消费者，而不是以该设计

尹新天：《关于外观设计的保护期限》，载《专利法研究》1999年刊，知识产权出版社。

《专利法》第25条：“对下列各项，不授予专利权……（六）对平面印刷品的图案、色彩或者二者的结合作出的主要起标识作用的设计。”

《商标法》第12条：“以三维标志申请注册商标的，仅由商品自身的性质产生的形状、为获得技术效果而需有的商品形状或者使商品具有实质性价值的形状，不得注册。”

作为商标来使用，所以通常会为自己生产的实用艺术品添附自己的商号或使用其它的商标。

值得注意的是，《商标法》第11条第2款指出若经过长期使用获得了显著性或识别性特征的，可以依法注册为商标；因此，理论上说，虽然缺乏显著性的具有通用形状的三维标志依第12条不得注册，但经长期使用依第11条的“获得显著性”规则可以注册为商标。

不过，由于我国在相当长的时间中，通常将产品的外观形状视为具有公共领域内的元素，认为其不具可注册性。从我国立体商标保护历史来看，只有少部分商品外形经过长期使用获得了显著性或可识别性、并作为立体商标获得保护，比如可口可乐瓶和Zippo打火机。但是，有些在国外可能被认定为具有显著性的知名立体商标，在国内则常被相关行业作为公共产品对待，或沦为同类商品的通用形状而无法再作为商标独占使用。比如像阿迪达斯那样将自己的“三道杠”商标图形加长扩张用于服饰上的情形，已被视为仅仅是产品的样式或设计而难以获得立体商标的认定和保护^①。而即使被认定为具有或获得了显著性，立体商标的保护也是比较困难的，例如，尽管雀巢公司的“棕色方形瓶黄色尖顶瓶盖”是注册商标，但其被注册前已在我国大陆地区被众多酱油生产企业作为包装物使用，味事达公司将棕色方形瓶作为包装物使用主观上不具有非正当的搭便车意图，客观上也未造成消费者的混淆误认，所以不构成侵权^②。可见，产品外形获得显著性而成为受保护商标的可能性并不乐观。

由此可见，在我国采用立体商标的方式保护实用艺术品本身的外观形状不十分得力，一是其设计初衷不是为了区别来源而是为了美化产品吸引消费者；二是实用艺术品本身的外观形状带有功能性而难以具有或获得显著性。因此，实用艺术品本身的外观形状还是采用外观设计专利的保护模式更适宜、更令人易于接受。专利赋予权利人较强的垄断或独占实施权，同时也可以鼓励创新，平衡各方利益。

五、实用艺术品商品外观的仿冒禁止

前面论述实用艺术品本身的外观形状作为立体商标保护比较困难，并不表明未达到著作权法上独创性高度，或者因各种原因未能申请并成为外观设计专利的此类实用艺术品的外观形状就被截然排除在中国知识产权法律保护之外。本文在此提出著作权法和专利法之外的另一条必要途径，作为完善我国实用艺术品法律保护的提议。

我国《反不正当竞争法》于1993年12月颁布，旨在制止国内市场中的不正当或不恰当商业行为。该法包含的反假冒行为条款在知识产权案件中经常被适用。其中，该法第5条第2款禁止“擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品”的行为。我国理论界一般认为这里的“商品或服务的包装、装潢”即指商业外观，据此条款商业外观可以获得《反不正当竞争法》的保护。不过，这一条款是否能适用于实用艺术品的外观保护呢？2006年12月30日最高人民法院通过了关于民事案件中应如何适用该法的司法解释^③（以下简称《解释》）；根据《解释》，商品的通用图形、型号，仅由商品自身的性质产生的形状，为获得技术效果而需有的商品形状以及使商品具有实质性价值的形状等等，都不属于商品特有包装、装潢；而且，这类外观或形状即使是经过使用取得显著特征也不被认定为特有的名称、包装、装潢^④。可见，实用艺术品的外观设计只有脱离“商品自身的性质产生的形状，为获得技术效果而需有的商品形状以及使商品具有实质性价值的形状”的范围，才能成为“特有”标识受到反不正当竞争法的保护。这一标准几乎与商标法对立体商标的要求一样高，一般的实用艺术品很难满足这一条件获得此条款的保护。

从前面我们总结出的现有保护路径看，除了专利法中规定的产品外观设计专利保护标准比

《商标法》第11条：“下列标志不得作为商标注册……前款所列标志经过使用取得显著特征，并便于识别的，可以作为商标注册。”

① 北京市高级人民法院（2011）高行终字第387、388号民事判决书。

② 味事达公司诉雀巢公司确认不侵犯注册商标专用权纠纷案判决，（2010）粤高法民三终字第418号。

③ 《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》，法释[2007]2号。

④ 《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第2条。

较容易掌握外,著作权、商标权、商业外观的保护方式都相当不明朗。但是在现实生活中,不是所有从事实用艺术品产品新设计的人都会有效地利用专利制度。比如,实用艺术品产品外观设计千变万化,不可能在投产前都一一去申请专利;又比如,有很多时尚型的实用艺术品更新换代频繁,使得设计者对申请专利的必要性难以判断,从而在需要专利保护时又失去了可专利性;再比如,专利申请程序复杂且维持成本不断增加,权利人需要判断得失利弊,等等。那么,除了专利权的保护,那些对新产品设计进行的投入开发就不能获得回报吗?这种法律规则方面的缺陷不利于促进我国实用艺术品相关产业的发展。

当我们把目光投向工业设计产业相对发达的欧洲、日本时,会发现其立法对此有明确的呼应。2001年12月12日欧共体理事会通过了《共同体外观设计保护条例》,该法令要求各成员国在注册标准上保持一致。欧盟的外观设计分为注册外观设计与非注册外观设计两种。注册外观设计的注册管理机构是“欧共体内部市场商标一体化管理局(OHIM)”或欧盟商标局,该局于2003年开始受理外观设计注册申请。取得注册的申请人获得在欧盟范围内排他性使用该项外观设计的权利,注册外观设计保护期为自申请日起5年,期满后可延展4次,每次5年,最长保护期限为25年。非注册的外观设计,指不需注册自动获取保护的外观设计,但是此种保护只能阻止他人故意抄袭复

制外观设计,不能阻止他人使用独立创作完成的相似外观设计,其保护期限为3年,从外观设计所有人在欧盟范围内向公众披露该项外观设计之日起计算。非注册制外观设计在公开后12个月内可改申请注册制外观设计^⑤。日本的《不正当竞争防止法》列举了一系列不正当竞争行为,其中包含与周知商品标识的混同行为和任意模仿他人的产品形态的行为^⑥;根据该法的解释,“商品标识”包括商品的容器、包装等,而“产品形态”指的是“消费者或其他购买者在正常使用中能观察到的产品外部及内部的形状、格局、色彩、光泽、质感或其组合”,但不包括实现产品机能所必需的形态^⑦。必须指出的是,外观设计作为“产品形态”看待时指的应当是整体,因此部分外观设计要依据《不正当竞争防止法》的这一条款获得保护的前提是包含该部分设计的整个产品的形态被完全仿冒。可见,这一条款的保护范围十分狭窄,而且由于经营者自产品投放市场起有3年的时间请求保护,这种保护更加有限,因此日本有人建议修改《不正当竞争防止法》,将该3年的保护期间延伸至5年^⑧。

参照欧盟与日本的经验,笔者建议我国《反不正当竞争法》修改时在第5条增设一款,或者专门增设一条,对那些专门设计了特别的新式的外观形态,但未申请外观设计专利保护的产品(包括实用艺术品),提供自产品首次投入市场起3年的短期保护,以防止他人的不正当仿制行为。■

^⑤ 参见COUNCIL REGULATION (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs.

^⑥ 日本《不正当竞争防止法》第2条第1款之第(1)、(3)项。

^⑦ 日本《不正当竞争防止法》第2条第1款之第(3)项、第2条第4款。

^⑧ Isao Hyugaji: “Research and Study on Reinforcement of Protection of Intellectual Property based on the Unfair Competition Prevention Law (Protection of Trade Secrets and Measures Against Counterfeit Goods and Pirated Copies)”, p 67, IIP Bulletin 2005.