



BOSHI WENKU
〔法学·民商法学〕

外观设计研究

WAIGUAN SHEJI YANJIU

应振芳 著

知识产权出版社



BOSHI WENKU
〔法学·民商法学〕

外观设计研究

WAIGUAN SHEJI YANJIU



知识产权出版社

内容提要

本书运用分析研究法、比较研究法考察作为权利对象的设计的历史及其性质、概念化了的外观设计与概念化了的发明、作品之间的区别和联系,研究了保护工业设计在经济上、哲学上或者政治上的正当理由以及在上述正当理由支持之下的赋权方式,并通过回顾外观设计保护制度的变迁历程,揭示作为一种赋权方式的外观设计专利制度,借以完成对于“外观设计”的定义,回答外观设计领域几个引起广泛争议的问题。

本书可供知识产权领域学习者、研究者和实务工作者参考使用。

责任编辑:刘 睿

责任校对:韩秀天

特约编辑:徐 学

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

外观设计研究/应振芳著. —北京:知识产权出版社, 2008. 8

(博士文库)

ISBN 978 - 7 - 80247 - 344 - 7

I. 外… II. 应… III. 造型设计 - 专利法 - 研究 - 中国
IV. D923. 424

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 105665 号

外观设计研究

应振芳 著

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编: 100088

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 箱: bjb@cnipr.com

发行电话: 010 - 82000893 82000860 转 8101

传 真: 010 - 82000893

责编电话: 010 - 82000860 转 8113

责编邮箱: liurui@cnipr.com

印 刷: 知识产权出版社电子印制中心

经 销: 新华书店及相关销售网点

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

印 张: 8.75

版 次: 2008 年 8 月第 1 版

印 次: 2008 年 8 月第 1 次印刷

字 数: 198 千字

定 价: 20.00 元

ISBN 978 - 7 - 80247 - 344 - 7/D · 668 (2381)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

内容摘要

究其实际,文明史就是一部设计史。但“设计”却并不是一个从来就有的概念,只有当造物的两个过程——计划和制作——被分开后,“设计”这一词才出现。因此,史家所谓的原始设计阶段,乃是以今人的眼光去认识当日的造物过程,从完整的一个造物过程中分解出事前计划的因素而已。近代以降,造物的两个过程——计划和制作才分离开来。穆特修斯所领导的德国工业同盟开了工业化设计的先河,设计史自此进入现代设计阶段。现代设计和古典设计最大的不同就在于是否属于工业化生产的设计。此外,由于材料和技术的发展,使得现代设计较之于古典设计,更像是自由塑形的设计。于时间长河的冲刷之下,日常语境中的“设计”一词已有广狭程度不同的含义,作为法律概念的外观设计需要确定其特定的含义。从法律技术上来看,“外观设计”是“设计”这一词经过两个限缩步骤之后的产物。这两个步骤其实就是对于“设计”的划分和分解,其中,划分是指将设计分成工业设计和非工业设计,后者包括手工艺设计和工程设计;分解是指将工业设计解成外观设计和结构设计,后者又称功能设计,或技术设计。

本书既然要探讨“外观设计”的定义,便不能不考察外观设计的保护史。笔者将目光投向外国,考察英国外观设计的保护史,可知外观设计的定义并非一蹴而就,也非一成不变。随着外观设计权——也就是外观设计的保护模式——面貌的不断改变,外观设计的定义也不断改变。英国外观设计保护史所提供的外观设计定义的演变历程对我国应该有借鉴意义。中国的外观设计专

利保护始于1985年，历20余年，其申请量和授权量已经连年蝉联世界首位。虽然如此，毕竟由于保护史过于短暂，且由于其移植自外国的特征，尚难以把握外观设计定义的演变脉络。

既然具体的保护模式与外观设计的定义之间具有相关关系，下一步的问题就是，各种保护模式是如何形成的？因此，有必要上溯至第二性的法律概念——外观设计、发明、作品等——在第一性客观世界中的原型，即创造性成果，考察第一性的创造性成果何以拥有多种不同的保护模式。目前，有一些关于创造性成果之结构的模式和理论，这些模式和理论大都主张创造性成果呈现一种思想—表达的结构。其实，若依通说将“思想”界定为“存在于人脑中的人的智力活动结果”，则创造性成果已经逸出思想—表达的作用范围，进入了表达—意思的场域。表达是面向他者的表达，他者赋予表达以意思。创造性成果的存在方式是表达—意思统一体，这一品性决定了保护模式的可选择性。举例而言，法律至少可以选择决定保护“表达”还是保护“意思”。专利权、著作权以及外观设计权实际上就是各自不同的保护模式。

赋予创造性成果以何种权利类型就是赋权方式。可见，赋权方式是保护模式的另一种，同时也是更为精确的提法。其含义是“拟对某一对象赋予某种性质的权利”，其实质是“他人的何种行为将侵犯权利人的权利”。对于法学来说，第一性的对象属于只可认识不可作为的东西，但第二性的权利客体却属于法学塑造的东西。第二性的权利客体，其构成要件实际上是由赋权方式来决定的。也就是说，权利规制了其客体的面貌。当作出赋权决定之时，第一性的创造性成果被有意识地按照各种保护模式分门别类地予以保护，结果是界定了第二性的发明、作品、外观设计等概念所对应的对象域。就外观设计这一法律概念而言，这一对象域必备的要素仅仅包括“工业应用”和“外形特征”这两点。至于“形状、图案、色彩”等只是重复了设计这一词原本就包

括的内容。在对象域确定下来之后,下一步是确定加诸于这些对象的法律要求。这一法律要求一般被称为外观设计的实质条件。

赋权方式揭示了权利的另一副面孔。正是赋权方式的家族相似性,确保了知识产权的统一性。不消说,特定的赋权方式需要正当性理由加以说明。不存在所谓知识产权的统一的、整体的正当性,知识产权的正当性需要就各种赋权方式一一加以说明。考察我国的外观设计专利制度,可知其虽名为专利权,实际上是类似于商标权的赋权方式,这种赋权方式欠缺正当性理由的支撑。这种赋权方式之下的外观设计实质条件,显然也存在根本的问题。外观设计专利权的赋权方式应该从替代著作权保护的角度去寻求。应该立足于具有正当性理由支撑的赋权方式,对外观设计的实质条件进行重构。应该将新颖性和创造性分离,新颖性仅指申请专利的设计与现有设计是否相同。创造性是一切人类创新成果的靈魂,创造性在不同的人类智力成果中具有不同的规定性。艺者,意也,设计者,意匠也。在工业设计领域,创造性是指申请专利的设计与现有设计相比,具有独特的个性。综合外观设计这一法律概念所指的对象域和实质条件,外观设计可以被定义为“具有新颖性和创造性的,关于物品外形特征的工业应用的设计”。

我国学界关于外观设计的定义、授权条件、保护范围、侵权判断标准等的争论,归根结底,都是外观设计的概念问题。所谓“外观设计的多重保护”这一问题也不例外。若站在第二性的立场,不存在“外观设计的多重保护”这一说法,只有工业设计的多重保护这一说法。多重保护即是多重赋权,实际上仍是对创造性成果进行赋权的问题。多重保护这种赋权方式同样需要正当性理由加以说明。分析可知,多重保护引发难以克服的规范冲突和意义关联危机,在成本收益的衡量上也不占优,因此,通常情况下下并非好的选项。



Abstract

Studying the essence of the history of civilization, it is substantially the history of design. However, the word “design” was not born from the very beginning, but rather has been brought out until the two processes of creation—plan and production—were separated. Therefore, the original design step referred to by historians is merely the process of creation viewed by modern people and the substance of prior plan decomposed from a whole creation process. The separation of the two processes of creation—plan and production—is since the modern times. The German industrial ally lead by Herman Muthesius was the front runner of industrialized design, when the history of design entered into its modern period. The main difference between modern design and classical design lies in whether it belongs to industrialized production design. In addition, due to the development of materials and technology, modern design seems more like freely shaped design compared with classical design. Under the erosion of time, the word “design” in daily language has different meanings in broad and narrow terms, and the specific meaning of industrial design as legal terminology needs to be defined. Viewed from legal technique, “industrial design” is produced through two steps of compression of the word “design”. Actually these two steps are the classification and decomposition of “design”, where classification refers to dividing design into industrial design and un-industrial design, and the latter includes design of hand craft and design of engineering, and digestion refers to digesting industrial design into



design and structural design, which is also referred to as design of function or technical design.

Asince this article is to study the definition of “Industrial Design”, the history of protection to Industrial Design has to be reviewed. Let’s cast our sight overseas. Studying the history of protection to Industrial Design in England, it is seen that the definition of Industrial Design neither accomplished in an action, nor remain unchanged. As the right of Industrial Design which is a method of protection to Industrial Design, changes overtime, the definition of Industrial Design changes accordingly. The evolution of the definition of Industrial Design shown in the protection history of Industrial Design in England could be used for reference. The patent protection to Industrial Design in China started from the year 1985, and has a history of 20 years or so, of which the number of application and approval has kept the first place worldwide for several years. However, due to the short history of protection and its transplantation from overseas, the evolution process of the definition of Industrial Design is difficult to master.

So far as the protection methods and the definition of Industrial Design are correlated, the next step is the question of how these protection methods are formulated. Therefore, it is of necessity to retrieve the original form of the legal concept of the second essence—Industrial Design, Invention, Work and so on—in the world of the first essence, which is the creative products, and to study how the creative products of the first essence could have different protection methods. At present, there are some formula and theory about the structure of creative products. Most of these formulas and theories claim that creative products present the structure of idea and expression. Actually, if “ideas” are



defined as “the results of the intellectual activities of human existing in the mind” according to general theory, creative products exceed the effective scope of the idea and expression, and enters into the area of expression and meaning. Expressions are to express to others, and others expose meanings to such expressions. Creative products exist in the mode of the integrated entity of expression and meaning, which leads to the selectiveness of the protection methods. For example, the law could at least choose to protect “expressions” or “meanings”. Patent right, copyright and design right are the respective protection methods of them.

The types of rights granted to creative products are indeed the way of grant of rights. In this regard, the way of grant of rights is another way of referring to and also more accurate expression of method of protection. It means to “grant certain type of right to certain subject”, and its substance is “what kind of actions of others lead to infringement”. As for jurisprudence, the subjects of the first essence belong to things which could merely be recognized, rather than be done, whereas the subjects of rights of the second essence are created by jurisprudence. The composition condition of the subjects of rights of the second essence are indeed defined by the way of grant of rights, which is to say that, rights regulate the appearances of its subjects. When a decision of grant of right is to be done, creative products of the first essence are knowingly protected in terms of its classification according to the various protection methods. In respect of the legal concept of Industrial Design, the necessary composition of the are of the subject merely includes “industrial application” and “external appearance”, and “shape, pattern, color” and others barely repeat the content already included in the meaning of design. After the



area of the subject is defined, the next is to define the legal requirement exposed on these subjects. Such legal requirement is referred to as the substantial requirement of Industrial Design.

The methods of grant of rights pierce another face of right. Without words, certain method of grant of rights needs justification of reasonable explanations. There is no so called consolidated and overall justification of intellectual property, and the justification of intellectual property needs to explain various methods of grant of rights. Reviewing the system of patent of Industrial Design, it is known that, in respect of the methods of grant of rights, the namely methods of grant of rights of patent resemble those of trademark right, which lacks the support of justifications. Obviously, the substantial requirement of protection of such method of grant of right has fundamental problem. The method of grant of rights to Industrial Design should be explored with the view of replacing the protection of copyright. The substantial requirement of Industrial Design should be restructured based on methods of grant of right to be reasonably justified. Non-obviousness and creativeness should be separated, where non-obviousness merely means whether the design applying for patent is the same as prior art. Creativeness is the spirit of all creative products of human, and has different stipulations in different creative products of human. Art is idea, and designer is the craft man of ideas. In the field of industrial design, creativeness means, compared with prior art, the design applying for patent has unique features. Considering the subjects and substantial requirements referred to by the legal concept of Industrial Design comprehensively, Industrial Design could be defined as “designs of industrial applications that are non-obvious and creative about external appearances of things” .



The arguments about the definition of Industrial Design, requirements of grant of rights, protection scope, infringement judgment criteria and so on, could be concluded as the issue of the concept of Industrial Design, and the matter of “multiple protections to Industrial Design” is not excluded. If viewed from the stand of the second essence, the parlance of “multiple protections to Industrial Design” rather than “multiple protections to industrial design” does not exist. Multiple protections are multiple grants of rights, which actually is still the issue of grant of right to creative products. The method of protection in terms of multiple protections also needs to be explained through reasonable justifications. After analysis, multiple protections lead to irresolvable conflicts of regulations and crisis of correlation of meanings, and also is not superior in valuation of cost effectiveness, thus, it is not an optimized choice in general circumstances.



前言

一、本书的研究主题

在1984年的中国专利法中，似乎是不经意地带入了外观设计专利制度。20多年过去，当初似乎不经意间带入了外观设计制度已经上演了无心插柳柳成荫的一幕。从2001年起，我国外观设计年申请量持续名列世界第一。^①相应地，与外观设计有关的无效案件和侵权案件高企不下。^②实践提醒我们，应该对外观设计专利制度进行深入的理论思考。

外观设计的上位概念是设计，后者是一个极耐咀嚼的词。人类历史自劳动开始，劳动借助工具，当原始人笨拙地用石块互相砍削，试着找到一块合用的石器作为工具时，设计便诞生了。这种出于实用的、功利性目的的选材和加工，恰是设计的原点。虽然设计的原点只是出于实用目的，现代设计却是勾连艺术和技术的，这给我们理解现代设计的性质造成了极大困难。

设计当然与产品的外观有关，但是也关心怎么操作。几乎每一种设计都包含着外观和功能之间的某些平衡。设计（工业设计）从来都不仅仅是“外观设计”。制度为何把设计分了又解，偏偏关注关于外观的设计？^③设计是一种构思和计划，以及把这

① 国家知识产权局专利局外观设计审查部编：《外观设计与知识产权保护》，知识产权出版社2002年版，宫宝聚之序。

② 近几年年均八九百件左右，参见本书第二章。

③ “分”是指将设计分成工业设计和手工艺设计，“解”是指将工业设计肢解为外观设计和结构设计（或称功能设计）。



种构思与计划通过一定的手段视觉化的活动过程。“视觉化”一词已经提醒我们，设计的成果——一般表现为设计图——乃是著作权法所关注之物。制度为何在外观设计的著作权保护之外，叠床架屋地规定外观设计专利权？

同是关于外观的设计，有的法域将其归于著作权法保护，有的法域则归于专利法管辖，在有的法域被置入单独的外观设计法。^①在后者的情形，关于外观设计权之授予及其范围之规定又大相径庭。同是一个对象，为何规范方式大不一样？虽说“对象自然属性的不同，造成了由此产生的民事权利的区别”，^②但为何同是一个对象，建基于其上的民事权利亦有不同？是否对象的自然属性只是参与决定了民事权利的面貌，也还有其他因素参与进来共同决定民事权利的面貌？对象和权利客体究竟是何关系？作为权利客体的外观设计，其定义如何被决定下来？我们应当对工业设计上的多重保护问题持什么态度？本书的最初构想就是来自对于这些问题的追问。

二、国内外研究现状

外观设计制度在各项知识产权制度中，向以意见纷纭、共识少有而著称。既有的国内外关于外观设计的研究，有些是对于外

① 1806年法国颁布较完整的独立的外观设计法。采纳单行法保护外观设计的国家还有德国、日本等。但是，同是采纳单行法保护外观设计，内中的逻辑却未必相同。美国是典型的以专利法包容外观设计的国家，在这一点上我国与之相似。

② 刘春田主编：《知识产权法》，中国人民大学出版社2002年版，第13页。

外观设计法律制度的注释,^①有些也涉及外观设计的立法史,^②更多的则是针对外观设计制度运行中的问题展开研究,例如关于外观设计权保护对象的研究,关于权利授予条件的研究,关于外观设计专利保护范围的研究,关于外观设计专利侵权判断标准的研究,关于外观设计权与著作权、商业标记权重叠或者冲突问题的研究。^③此类研究呈现明显地面向实务的特点,很少触及外观设计权的立基点,即何以以及如何授予外观设计权的深层思考。^④至于将设计作为创造性成果的一种,从创造性成果的结构出发对知识产权的全盘思考,就笔者有限的阅读范围来说,还几乎不曾

① Lionel Bently and Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2001. Russell - Clake and Howe; *Russell - Clake and Howe on Industrial Designs*, Sweet & Maxwell, 2005. 刘桂荣:《外观设计专利申请审查指导》,专利文献出版社1998年版。

② Christine Fellner, *The Future of Legal Protection for Industrial Design*, ESC Publishing Limited, 1985. [澳] 布拉德·谢尔曼、[英] 莱昂内尔·本特利:《现代知识产权法的演进——1760~1911英国的历程》,金海军译,北京大学出版社2006年版;赵元果编著:《中国专利法的孕育与诞生》,知识产权出版社2003年版。

③ 卜红梅:“外观设计综合保护问题初探”,载《广西政法管理干部学院》2003年第3期;张永来:“对我国外观设计法律保护网络的思考”,载《兰州学刊》2004年第1期;刘孟斌:“产品形状、图案、色彩的关系与外观设计专利权的保护范围”,载《知识产权》1998年第2期;杨勇胜:“工业品外观设计专利侵权的认定”,载《太原理工大学学报(社会科学版)》2004年第2期;金多才:“商标权、外观设计专利权权利冲突问题研究”,载《湖南省政法管理干部学院学报》1999年第6期;程永顺:“外观设计与其他知识产权的关系”,载《科技与法律》2003年第4期;丁威:“外观设计的法律保护研究”,华东政法学院2004级硕士论文;孟瑞:“外观设计的专利保护”,西南政法大学2005级硕士论文;王洪霞:“外观设计专利的法律保护研究”,中国政法大学2005级硕士论文;周珮:“‘外观设计’与‘实用艺术品’知识产权保护探讨”,外交学院2005级硕士论文。还包括2005年国家知识产权局组织专家学者所作的关于外观设计的五份研究报告。

④ 但以下论著是例外。程永顺:“外观设计授权审查标准及方式的质疑”,载《知识产权》2003年第1期;吴观乐:“试论外观设计专利保护的立足点”,载《知识产权》2004年第1期。



见到。^① 总之，现有研究从外观设计实务面临的问题出发，对外观设计的定义，外观设计权的授予条件、保护范围和侵权判断标准等问题展开研究，虽倾注了极大心力，却成效不彰，纷争犹存。这给我们以启示，应该从设计的性质、工业设计的保护模式、外观设计专利制度的目的出发，重新审视这些问题。

既有的国内外知识产权的理论研究，其立基点或是考察知识产权制度整体上的正当性，^② 或是试图确立知识产权体系的对象上的基础，^③ 或是提出一种知识产权的解释理论。^④ 上述研究取得了相当的成果，但也留下一些难以解释的问题。例如著名的劳动理论和人格理论无法解释何以对于外观设计要采取垄断权性质的保护，^⑤ 也无法解释多重保护现象。上述研究先定地将作为数种异质权利的松散集合体的“知识产权”作为考察对象，试图对之进行抽象的说明。因此，产生这些问题不可避免，本书提倡一种关于知识产权的具体研究途径。

三、本书的逻辑结构

为了求得对于研究主题中所提出的问题的解答，本书首先介绍设计的简史。设计的源头是制造工具的行为。从设计和制作不

① 但以下论著是例外。金渝林：“论版权理论中的作品概念”，见刘春田主编：《中国知识产权评论（第一卷）》，商务印书馆2002年版，第213～226页；李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版。

② Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dart mouth Publishing Company Limited 1996. Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 Georgetown L. J. 287 (December, 1988) .

③ 李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版。

④ [日] 田村善之：“知识产权法的理论”，李道达译，见吴汉东主编：《知识产权年刊》，北京大学出版社2005年版，第26～36页。

⑤ 垄断权性质的保护，在此意指权利人可以排除其他人实施其独立作出的外观设计。

分的最初形态出发,到中世纪和近代的古典设计,其特点是设计并没有和工业过程结合,自然无法产生保护设计的法律需求。只有到了现代设计阶段,设计才和大规模工业复制相结合。从语词上分析,视所使用的语境而定,“设计”一词具有广狭程度不同的含义。技术上分析,从作为自然语言的“设计”到作为法律概念的“外观设计”经过了划分和分解两个步骤。

然而立法以及法律的发展并非纯然的技术操作,其中一定裹挟许多利益的权衡和争斗。因此,本书选取英国的外观设计保护史,考察其外观设计法律制度如何形成,又如何渐渐发展成现在的样子。外观设计权这一体系的建立不仅是一个从个别不断地上升到一般的过程,也不仅是一个从“前现代法”向“现代法”不断转化的过程,^①更是一个不断地试验保护模式的过程。在这一过程中,笔者注意到外观设计的定义随着所采取的保护模式而改变。中国保护外观设计的历史太短,尚不足以从中观察保护模式和外观设计定义之间的关系,因此英国的历史对我们有借鉴意义。

以往,作为一种预设,发明、作品和外观设计被当成是分殊的客体,其对应着各个知识产权的分支。但是,分殊客体截断了它们与第一性的母体——创造性成果——之间的联系,无法保证各个概念的外延互不交叉,也无法实现各个概念内涵的清晰界定。应该考察作为第二性法律概念的发明、作品和外观设计在第一性中的共同母体——创造性成果,界定其性质,探寻法律保护创造性成果的方式。在此过程中,本书对关于创造性成果之结构的几种理论进行了批评性的考察,并提出一种关于创造性成果之结构的“表达一意思统一体”的观点。这种“表达一意思统一

① [澳] 布拉德·谢尔曼、[英] 莱昂内尔·本特利著:《现代知识产权法的演进——1760~1911 英国的历程》,金海军译,北京大学出版社2006年版,第88页。



体”具有某种连续性，法律的任务首先是划定外观设计、作品、发明等这些第二性上的法律概念在第一性生活事实中所对应的对象域。

接下来，本书试图为定义外观设计乃至理解知识产权制度提供一种新的理论，这就是赋权方式的理论。外观设计专利、设计图作品的著作权以及两者某种程度的结合，或者任何可能的专门制度都是对于“涉及外观的设计”的一种赋权方式，特定的赋权方式一经确定下来，又反过来参与型构“外观设计”这一法律概念。遗憾的是，我国的外观设计专利制度长期以来混淆了设计的本质和功能，将设计的标记功能当成了外观设计专利保护的根据。从而，外观设计专利制度，令人遗憾地，实质上成了商标法下的一个次位法。^①应该在选取正确的、有充分的正当性理由支撑的赋权方式的基础上，重新界定“外观设计”的定义及其构成要件。

本书试图为解决外观设计制度实际运行中出现的疑难问题，特别是多重保护问题，提供一种新的视角，那就是从外观设计的性质——介于作品和发明之间，作为一种竞争工具，和商标、商品名称、包装、装潢等存在密切联系——出发，结合外观设计制度的目的，考察对于外观设计可能的赋权方式，以此揭示，外观设计专利仅仅是诸多可能的赋权方式中之一。但是，这种赋权方式成为既定事实之后，将对其他种赋权方式产生排斥效应，因此，多重保护并不可取。

按照上述逻辑结构，本书分成五章。第一章概述了设计史，分析了设计的概念以及设计的法律化过程。第二章回顾了英国外观设计保护史，试图从中找出外观设计定义演变的一些规律。与之进行对照，也考察了中国的外观设计保护史。第三章从设计从

① 参见本书第四章。