



STUDY ON THE RIGHT OF TRADE DRESS



商业外观权研究

叶若思 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国石化出版社 CHINA UNIVERSITY OF PETROLEUM PRESS



中国石化出版社
CHINA UNIVERSITY OF PETROLEUM PRESS

商业外观权研究

王保树 著

中国石化出版社
CHINA UNIVERSITY OF PETROLEUM PRESS

 STUDY ON THE RIGHT OF TRADE DRESS 



商业外观权研究

叶若思 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商业外观权研究 / 叶若思著. —北京:法律出版社, 2010. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0673 - 4

I. ①商… II. ①叶… III. ①商业—外观设计(专利)
—知识产权法—研究—中国 IV. ①D923. 404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 057183 号

©法律出版社·中国

责任编辑/伍远超	装帧设计/段 非
出版/法律出版社	编辑统筹/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京民族印务有限责任公司	责任印制/张宇东
开本/A5	印张/8.625 字数/179千
版本/2010年5月第1版	印次/2010年5月第1次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 上海公司/021-62071010/1636	
北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995 重庆公司/023-65382816/2908	
书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0673 - 4	定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序(一)

摆在读者面前的《商业外观权研究》一书,是作者叶若思法官在其博士论文的基础上加以修改和完善而出版的一部新作和力作。

我之所以称本书为一部新作,一方面是就作者自身的经历而言,由于作者并非以学术研究和法学教育为业的学者,而是一名从事知识产权案件审判的资深法官。因此,他虽然也曾发表过许多论文,但作为专著,这是他出版的第一本书。由此而论,本书不可谓不新。另一方面,则是就本书的内容而言。尽管已有学者就“商业外观”进行过研究,并发表了一些论文,但据笔者检索,把“商业外观”置于权利项下进行研究并提出“商业外观权”的概念,在我国应为本书作者首倡。在市场经济大潮的催生下,虽然涉及“商业外观”的诉讼在国内已有发生,人们也逐渐接受并使用“商业外观”这一概念,然诚如本书作者所言:“商业外观究竟为何物?一件商品的外观要达到何种条件,法律方能予以保护?商业外观是知识产权法所保护的新的客体吗?它与传统的知识产权客体有什么区别……”凡此种种疑问,并未得到真正的解决。加之在我国的现行立法中还没有商业外观权的直接规定,学界对商业外

观的概念及其性质还缺乏深入的研究,这就更使得商业外观权的概念捉摸不定,商业外观权的内容和边界模糊朦胧。而本书作者就是在这种情况下,试图厘清“商业外观”的概念,提出并阐述了“商业外观权”的含义及其性质。因而,本书内容的新颖性和独创性是显而易见的。

我之所以称本书为一部力作,是因为作者面对这一全新课题,较为系统全面地阐述了自己的观点和主张。首先,作者尝试性地揭示了商业外观权概念,认为“商业外观权是指商事主体对于满足法律规定条件的商业外观所享有的独占性权利”。同时,作者还明确提出:商业外观权是一项独立的民事权利,应当归入知识产权体系之下,属于财产权利之列。其次,作者综合运用概念分析法、比较研究法、案例分析法、经济分析法等多种研究方法,从多个侧面对商业外观权进行了系统深入的研究,内容涉及对商业外观权的本体分析、对商业外观权的本质揭示、对商业外观权的价值追寻、对商业外观权的实务探讨,以及对商业外观权权利冲突与限制研究。最后,作者还为完善商业外观权的立法与司法,提供了具体的规则设计和可能的进路与方向。

应当特别指出的是:本书作者叶若思法官自20世纪80年代中叶毕业于西南政法大学后,就在我国改革开放的窗口与前沿——深圳市中级人民法院从事知识产权案件的审判工作,期间,虽然在基层法院担任过几年副院长,但却始终未放弃对知识产权的研究,他的硕士论文和博士论文都以知识产权为具体研究方向。在长达二十余年的时间里,他审理了大量的知识产权案件,积累了丰富的审判经验。尤为难能可贵的是:本书作者基于法官思维,更加重视理论与司法实务的紧密结合,全书立论

有据,言之有物,文风朴实,可读性强。正是基于上述特点,该篇论文得到了答辩委员会的一致好评并被推荐为优秀博士论文。

毋庸讳言,本书也存在着对某些问题论述不够深入、观点未能展开、论点尚需推敲的缺陷,这些还有待作者进一步研究和完善。但瑕不掩瑜,这并不影响本书对于丰富民法理论、指导民法实践的重要作用和参考价值。

作为本书作者的导师,我并不想用自己的评价来向读者推荐本书。因为在我看来,任何有兴趣阅读此类学术专著的读者,自然会在读书的过程中得出自己的结论,作出自己的评价。但是,作为长者、师者,看到自己学生的专著付梓出版,我当然发自内心地为他们感到高兴和自豪!有鉴于此,应作者之邀,我理性、客观地对本书说了一点褒奖的话,目的在于鼓励和期盼后生继续发愤图强,用自己的睿智和勤奋,不断地为中国法学理论宝库增添新的金砖银瓦!

石少侠

2010年3月6日于京北沙河

序(二)

商业外观(trade dress)的概念和保护制度,来源于美国、欧洲、日本等一些发达国家。其中以美国司法案例最多,其立法和实务最为发达。其实,商业外观制度在国际上这些发达国家首先发展起来,并不稀奇。从商业外观保护的客体法律关系和功能作用分析,在版权、商标和专利以及反不正当竞争知识产权主要领域制度建立的基础上,在商品贸易高度充分发达的市场经济条件下,对于事关发展的其他一些商业经营模式就不能不得到进一步完善的保护。整体的商业外观,凝结着商人的智慧和辛勤劳动,为社会创造大量的经济利益。正是商人在“持之以恒地开发新的销售技巧、可以更加有效地迎合商业共同体的需求的新手段”中,迫使国家保护他们的杰作——商业外观。正体现出“商业的驱动力是影响人类活动最为有力的因素之一”。而我国有着轻商的传统,时至今日,人们还不时向商业和商人投出蔑视的目光。

我国承认、建立和促进市场经济制度和发展仅 20 多年的历史,发展速度、规模令世人瞩目,但从市场经济发展的质和规制水平上,与市场经济发达国家相比尚有较大的差距。许多访问过欧美、日本等发达国家的国人,都会看到人家的城市、乡村的蓝天白

云、街道市场的干净精细、交通的便捷有序、服务的周到细致、经营的规范和文明等,以及这一切都建立在“不紧绷”的法律规制状态之下。与我国市场发展、管理和服务成熟、完善程度,人们充分享用市场经济发展利益的状态等很多方面尚有明显的差距。“粗糙”、“结构失调”是我们市场管理、法律规制和权利救济的负面显著特点之一。如果换个角度分析,也可以说我国的市场经济发展的余地、程度和领域还很大。我们要走的路程还很长。经济发展的高速度和块头庞大,都不足以让国人忘乎所以。

随着我国加入世界贸易组织,我国初步建立了现代化的知识产权基本制度。但随着国际金融危机的冲击和后金融危机经济发展的迫切需要,我国作出了加快经济发展方式转变的战略决策部署,这是涉及全局的新的一轮改革,是一剂使我国经济发展祛病健体强身的良药。这将在人们的面前又展现出一幅波澜壮阔的新的画卷。其实,正如本书作者所说,改革开放后的我国商业和商人惊人的开拓性与创造性,也充分迸发出来。就像历史的发展一样,从古代社会小规模的商品交易活动到中世纪地中海沿岸的商业城市和海上贸易,再到后来蓬勃发展的资本主义经济以及今日世界的高速发展,不顾忌社会政治的羁绊和法律救济与规制的滞后,无不一一展现着商业对人类社会巨大的推动作用。时至今日,商业社会中的“新的销售技巧”、“新手段”、“新方法”中所展示的创造力和智慧更是让世界为之惊叹。而商业外观就是商家标明商品和服务来源、带有显著性在琳琅满目商品的大千世界中寻找的一个小坐标。每一小簇智慧之光都能带来新的生机,经年的积淀更是成就了不少商界奇迹,作为上层建筑的法律制度也应该顺时而为,对于商业社会中的智力成果以及精力或金钱上的

投入,法律应当给予它们恰当的保护。放在历史长河和市场经济发展如此的大背景下,来分析读懂一个尚待解决的知识产权法领域的具体问题,真是作者符合逻辑的“奇思妙想”。

在我国现行的知识产权乃至民商法制度系统内,并无商业外观(trade dress)的法定概念和独立的法律制度。20世纪90年代,郑成思老师曾向我谈起美国对商业外观保护的情况。2000年左右我国在加入世界贸易组织的时候,TRIPs没有单独对商业外观的保护进行规定。而我国知识产权司法保护制度依据当时修改后的几部知识产权法律又没能向该领域延伸,最高人民法院就没有对此再有出台司法解释的计划。但学者和司法实务工作者对商业外观的研究和探索并没有停止,近几年,研究成果渐渐多了起来。对待商业外观的保护,有的主张不必另起炉灶单独保护;有的主张以《商标法》的延伸扩展,进行保护;还有的主张以《反不正当竞争法》进行包含容纳来保护。各抒己见,都颇有道理。

由于工作的关系,我熟识本书作者多年。他是位资深法官,常年服务于知识产权司法保护的第一线,带领位于我国改革开放特区一个出色的知识产权法官群体,审案众多;也感悟颇多且深。多年来他以我国特区审判为研究对象,进行了辛勤的理论研究,在全国性的知识产权法学术论坛中常常听到他的真知灼见。记得几年前,叶若思同志一次与我谈起他对商业外观知识产权保护的研究。他从审判实践出发,旁征博引,给我留下了深刻的印象。我想这本书的出版就是集其多年的在该领域的研究成果。

作者抓住“法律要保护一项特定利益”的这一精髓论点,另辟

蹊径试图在浩瀚的民事权利体系中添加一种新型的权利,即提出了“商业外观权”的概念。并从一项独立的民事权利的角度进行研究和分析,对商业外观的法律地位和其保护的性质明确定位。从理论上添加丰富了民事权利体系的内容,是一种大胆的尝试。作者运用概念分析法、比较研究法、案例分析法、经济分析法等做了大量理论探讨。他从一个较为宽广的范围对商业外观权的多个方面进行研究,涵盖了对商业外观权本体分析、商业外观权本质揭示、商业外观权价值追寻、商业外观权实务探讨以及商业外观权权利冲突与限制等的研究。

作者又不愧是从实践中走来的专家,感悟司法实践对人们获得商业外观权认识过程的重要。司法实践与社会生活的联结较立法更为直接、紧密,对经济生活需要的反应也更为敏感和迅速。尽管法无明文规定,法官也不能以无法律依据而拒绝收案和审判,不少个案的审判已经对商业外观的司法保护有了可圈可点的尝试。在不同的时期,在不同的法律框架和背景之下,涉及商业外观的这些创造性元素通过不同的形式体现出来,它们可能是迂回的,比如通过扩大对法律条文的理解来实现目标;它们也可能是隐忍的,比如通过将某种商业外观界定为作品从而使其获得《著作权法》上的保护;它们还可能是狡黠的,比如法官们在形成了内心确认之后再寻求立法上可能的支持依据。作者断言,“无论如何,司法以人的能动性洞悉着社会生活的需要,并且在一个成文法国家对这些需要通过各种巧妙的方式一一回应,尽管还不能走得太远,但步子已经迈出,前行的目标已经确定”。作者正是这样的开拓者,他关注这个过程上的每一次努力、每一份收获,试图整理出一个脉络清晰的过程,以使我们回头看的时候能够看

到这一路的足迹是如此清晰,更希冀能够促动前行的步伐更为坚定。

蒋志培

2010年3月

Contents
目 录

001	序(一)/石少侠
001	序(二)/蒋志培
001	前 言
001	一、选题的由来与意义
004	二、主要研究方法
007	三、总体框架与主要内容
009	四、创新之处与学术贡献
014	第一章 商业外观权本体论
014	第一节 商业外观概论
014	一、商业外观之语源考
016	二、商业外观之概念考
021	三、商业外观之类型考
027	四、商业外观与相关概念之比较
032	第二节 商业外观权概论

032	一、商业外观权之产生与发展
037	二、商业外观权之基本构造
046	三、商业外观权在民事权利体系中的地位
050	第三节 商业外观权在中国的保护现状
051	一、立法之现状
060	二、司法实践之现状
071	第二章 商业外观权本质论
071	第一节 商业外观权本质概论
071	一、权利本质概论
073	二、权利抑或法益? ——商业外观权的定位
076	第二节 商业外观权本质之“利益”论
076	一、商业外观权指向的“特定利益”是什么——基于符号学的分析
080	二、人身权利抑或财产权利?
083	三、创造性抑或识别性?
085	四、权利人利益抑或社会公众利益?
087	第三章 商业外观权价值论
087	第一节 商业外观权价值概论
087	一、权利价值概述
089	二、商业外观权利价值概述
092	第二节 商业外观权的法学价值
092	一、商业外观权的秩序价值
094	二、商业外观权的自由价值

096	第三节 商业外观权的经济学价值——从资源稀缺性假设的角度考察
096	一、资源稀缺性假设及其在商业外观领域中的体现
098	二、商业外观权对于稀缺性资源合理分配的价值
103	三、商业外观权对于稀缺性资源有效利用的价值
105	四、商业外观权对于弥补资源稀缺性的价值
106	第四节 商业外观权立法确立之必要性与可能性
106	一、引论
107	二、立法确立之必要性
109	三、立法确立之可能性
114	第四章 商业外观权实务论
114	第一节 商业外观权之权利成立要件
115	一、显著性
128	二、非功能性
146	三、商业外观权成立之形式要件探讨
153	第二节 商业外观权之侵权实务论
153	一、侵犯商业外观权行为的表现形式
157	二、侵犯商业外观权行为的构成要件
189	第三节 商业外观权权利救济实务论
189	一、商业外观权权利救济概论
192	二、请求权救济制度抑或民事责任制度
196	三、商业外观权之防卫性救济路径
202	四、商业外观权之进取性救济路径

209	第五章 商业外观权权利限制与权利冲突论
209	第一节 商业外观权权利限制论
209	一、探求权利限制的正当界限
212	二、追寻商业外观权的边界——权利保护与自由竞争
213	三、商业外观权权利限制的主要表现形式
223	第二节 商业外观权权利冲突论
223	一、知识产权权利冲突与解决权利冲突的一般原则
230	二、商业外观权与其他知识产权冲突的表现形式及其 解决方式
238	结语:我国商业外观权制度的立法展望
239	一、商业外观权立法之定位
241	二、商业外观权制度之立法进路选择
243	三、现行立法之不足及其完善
245	参考文献
256	后 记

前 言

一、选题的由来与意义

“商业的驱动力是影响人类活动最为有力的因素之一。政府可能被推翻,战争会爆发,一个国家的大片土地可能被自然灾害摧毁殆尽,但是商人总是会找到建立并继续业务关系的途径。商人在持之以恒地开发新的销售技巧、可以更加有效地迎合商业共同体的需求的新手段和跨越法律或政府行为所设置的重重障碍的新方法中所表现出来的创造力,简直可以与科学家与工程师在物理学领域的创造力相媲美。”^①

——Danis Tallon

法国学者 Danis Tallon 的这一段话精辟地揭示了商人惊人的开拓性与创造性。是的,从古代社会小规模的商品交易活动到中世纪地中海沿岸的商业城市和海上贸易,再到后来蓬勃发展的资

^① [法] Danis Tallon:“民商分离的沿革”,载方流芳编译:《外国民商法论文选》,中国人民大学校内用书 1986 年版,第 5 页。