

浅议外观设计单独立法的整体思路——从中欧外观设计制度保护条件的差别谈起

日期：2024.04.05

内容提要

目前，越来越多的研究认识到外观设计有单独立法的价值，外观设计单独立法也许会成为一项现实议题。

欧盟外观设计立法作为理性调研的成果具备一定科学性，其“市场本位”的立法思路值得我国吸收、学习。该立法不仅认识到外观设计具有不同于发明专利、实用新型专利的“市场符号”性质，同时以外观设计行业的客观需求为出发点作出了相应的制度安排。

本文以欧盟法保护条件的具体规则作为重点，研究其与我国相关规则的差别，从而探索我国外观设计单独立法应当考虑的立法思路。

关键词

外观设计；单独立法；个性特征；新颖性宽限期；非注册式外观设计

一、问题的提出

我国专利法第四次修正的版本已于2021年6月1日起施行，与外观设计制度相关的新内容包括新设外观设计专利申请国内优先权制度、延长外观设计专利权保护期以及增加对产品局部外观设计保护的规定。结合专利法第四次修改的草案说明和审议报告，不难看出我国鼓励和支持设计行业创新，同时也愿意在具体制度设计上吸收国际的通行做法。

然而，国际上保护外观设计的较为通行的做法其实是单独立法，而不是将其安置于专利制度下。世界知识产权组织下属的商标、工业品外观设计和地理标志委员会（SCT）曾为降低外观设计制度的国际差异对各国的外观设计规则做了问卷调研（调研对象为各国2008年的立法），结果显示有69%的国家或地区（共36份答复）明确不通过专利立法保护外观设计，有75%的国家或地区颁布了单独的注册式外观设计法律。[1]在那之后，我国不少专家、学者对“外观设计单独立法”开展了有益的探讨，建议对外观设计单独立法，或者在专利法之中单列一“编”以作过渡。[2]

笔者认为，我国作为外观设计申请大国，无论是满足设计者的现实需求以鼓励创新，还是与国际通行规则接轨，外观设计单独立法或单独成编可能是外观设计制度的归宿。

虽然我国专利法第四次修正并未就此问题作出回应，但这可能是因为学界的理论讨论尚不完全成熟，实践层面亦没有做足准备，但这绝非意味着我国对外观设计单独立法模式存在抗拒心理——因为我国1984年专利法“三位一体”的立法模式其实也不是起草时的最初选择，[3]它更多地是为了追求立法便利、提高立法效率、节省立法资源，[4]并非一种理性的刻意的结果。

但不可否认的是，注册式外观设计与发明、实用新型（下称“技术类专利”）在授权程序上存在一定相似性，加之我国专利法到如今已经实施近40年，这种制度惯性很难使得人们有机会反思外观设计与技术类专利是否有本质的区别。

因而，“外观设计单独立法”需要解决的首要问题是应当以何种思路或持何种视角看待外观设计及其独特的法律规则。概览美国法的相关历史，其将外观设计置于专利制度框架下的做法也同样存在历史的偶然性，[5]在解答外观设计的上述问题时不应过分关注。相较而言，《欧共体外观设计条例》的制定过程传达出的思路具有一定先进性。

《欧共体外观设计条例》在欧盟的系列知识产权条例中称得上是“难产儿”，当时欧洲各国用以保护外观设计制度的立法差异巨大，甚至一度影响了商品的自由流通。其中，有以北欧国家为代表的严格的类专利保护模式，也有以法国为代表的宽松的类版权保护模式，实难统一。

此时，马克斯·普朗克研究所（简称“马普所”）的学者们反对通过拼凑当时现有的规则来解决外观设计的问题，而是决定在充分调研相关市场需求后，围绕“外观设计本位”（**design approach**）或“市场本位”（**market approach**）的观点起草了立法草案，该草案引起了立法者的兴趣，并成为最终立法的蓝本。[6]

具体而言，马普所的学者们认为外观设计的实际价值是在“饱和市场”（**saturated markets**）中发挥符号作用，而不是一种发明创造，即：“饱和市场”下的基本需求已经得到充分满足，消费者完全可以在功能相互替代的产品之间挑选最“讨喜”的那个，外观设计此时就承担着这样的符号作用（或称为沟通作用），类似于商业标识，但不同之处在于商业标识的符号价值是其背后承载的商品来源信息，而外观设计的符号价值即产品本身（外观）。[7]

这种“市场本位”的思路影响了欧盟外观设计制度的保护条件。下文将针对这些规则与我国法作比较研究，试图阐释我国长期以来对外观设计在认识上的不足，进而探寻外观设计单独立法的整体思路。

二、明显区别性与个性特征的差别

明显区别性是我国外观设计专利应当满足的条件之一，也是继新颖性后的进一步要求，即《专利法》第二十三条第二款“授予专利权的外观设计与现有设计或者现有设计特征的组合相比，应当具有明显区别”，该规则源于美国所主导的Trips协议第二十五条第二句，属于各国可自行调整的范围。

我国2008年修改《专利法》时，为注重提高外观设计专利的水平和质量，将明显区别性的要求纳入外观设计专利制度，一举将外观设计专利权的授权标准提高至国际最高水平。

虽然该要求名为“明显区别性”，但其也包含与现有设计特征的组合相比有明显区别的情形，可以认为实际上已经表达了技术类专利“创造性”的含义。[8]具体而言，《专利审查指南》规定了与技术类专利评价创造性的“三步法”极为相近的判断方法：[9]

- （1）确定现有设计的内容；
- （2）将现有设计或现有设计特征与涉案专利对应部分的设计进行对比；
- （3）判断在与涉案专利相同或者相近种类产品的现有设计中是否存在具体的转用和/或组合手法的启示。

这种判断方法相当于将外观设计拆解为多个设计特征，在有“启示”的前提下容许组合现有设计特征，即重点关注外观设计的多个局部。

然而，欧盟法要求外观设计需满足的“个性特征”（individual character）则完全相反，该规则位于《欧共体外观设计条例》第6条，具体为“其产生的总体印象对于懂行使用者（informed user）与现有设计所产生的总体印象存在区别”。这是一种类似商标法的假想的客观判断——基于懂行使用者的印象，而不是基于设计者的主观判断，[10]即不能通过启示、组合等方式评价个性特征，也不要求设计者在创造方面作出如何先进性的贡献。当然，因为外观设计只论整体印象不论商品类别，它也与商标法对于相关公众混淆可能性的判断有所区别。

欧洲知识产权局（EUIPO）发布的审查指南对个性特征的判断作出了更详细的解释。[11]首先，以单独比对为原则，即使是现有设计特征组合构成的外观设计，只要整体符合个性特征，仍然能够获得授权。其次，在排除诉争设计中功能唯一限定的部分、正常使用时不可视的部分、未主张保护的部分之后，再以整体比对为原则。最后，遵循“四步法”进行判断：

- （1）确定诉争设计所使用的产品的具体领域（sector）；
- （2）确立一个正常使用前述产品的“懂行使用者”，并基于此标准确立对现有设计的了解程度和比较外观设计时的关注程度；
- （3）考察设计者的自由度；
- （4）基于以上要素，判断诉争设计与现有设计是否产生了不同的整体印象。

进一步，EUIPO的审查指南还对前述“四步法”中的概念作了进一步细化，例如：“懂行使用者”可以是经销商或者最终用户；“设计者的自由度”受产业标准限制而不受时尚趋势影响；“整体印象”在可视性差的部分、平庸常见的部分以及自由度受限之处应给予更低的评价权重。

总之，虽然判断某外观设计是否具有个性特征与判断是否具有明显区别性或者创造性一样困难，但其判断标准重点关注外观设计给予懂行使用者的视觉感受，且评价时不允许从其它现有设计中寻求结合启示，因此相应的授权条件还是比我国低。

可见，欧盟法确实认为外观设计只是吸引消费者注意力的一种符号，而我国却将外观设计当成一种发明创造，认为赋予外观设计专利权是在奖励设计者对外观设计某项“创造”的贡献，这种理念的差异导致创造性与个性特征的具体含义上的不同。

事实上，根据美国教授莫吉思的“不确定性论”，美国法之所以对专利具有创造性的要求，是因为认为只有那些研发之初对能否实现技术效果充满不确定的研发成果才有被赋予专利权的必要，[12]而外观设计几乎不存在这样的“不确定性”，每个人对视觉效果的理解和追求都不同，产品外观的商业效果不像技术问题那样存在明确解，没有一项工业设计可以吸引所有人，也没有一项工业设计吸引不到任何人。

另一方面，技术类专利应当通过提高授权条件来保证科学上的正确性、严谨性，而外观设计作为一种符号真正应当追求的是多样性，过高的授权条件反而不利于激励设计者。

其实，美国内部也充斥着对外观设计的创造性要求过于苛刻的批评声音，[13]我国也没有必要为了与Trips协议的相关条款保持一致而去固守这样的规则。

三、新颖性宽限期的差别

我国对于外观设计提供的新颖性宽限期（或称不丧失新颖性的例外）规定于《专利法》第二十四条，与技术类专利共用同一套规则，且该条款自1984年通过《专利法》以来从未进行过实质性的修改，仅在2020年修正时增加了“在国家出现紧急状态或者非常情况时，为公共利益目的首次公开”一项，例如应对时下的新型冠状病毒公共卫生危机，如果新开发的特效药被研制出来却因为冗长的专利申请程序而不得不将其雪藏、直至提交专利申请后才公开，显然不利于公共利益，此时新颖性宽限期便可在公益和私益间作出平衡，即使申请人立即公开这样的发明创造，也允许其在六个月内跟进专利申请手续而不会被视为丧失新颖性。

除此之外，我国另外三种适用新颖性宽限期的情形在《专利法》近四十年的寿命中从未作过改动，分别是：

第一，在中国政府主办或者承认的国际展览会上首次展出。

《专利法实施细则》将“国际展览会”限定于国际展览会公约规定的在国际展览局注册或者由其认可的国际展览会。该规定主要是落实《巴黎公约》第11条的要求，毕竟要求展商事先在可能展览的所有国家申请专利是不现实的，潜在的搭便车或盗版的威胁会消弭国际展览的好处，[14]所以该规则其实是为了缓解专利保护的地域性对国际展览带来的不利影响。

第二，在规定的学术会议或者技术会议上首次发表发明创造。

前述会议具体是指“国务院有关主管部门或者全国性学术团体组织召开的学术会议或者技术会议”。因为及早发表研究成果有利于研究开发成果的传播和利用，应当鼓励在特殊学术会议上的发表而不是限制，[15]所以该项规则也是有积极意义的。

第三，未经申请人同意而泄露发明创造。

该规则的目的不言而喻，即为专利申请人提供因他人违反保密义务等情形而造成损害的救济。

也就是说，我国给予外观设计专利和技术类专利相同的、有限的宽限期适用规则。然而显而易见的是，这些规则只重点关注如何例外地允许技术方案的公开，却忽略了外观设计作为助力产品销售的艺术符号应当提前曝光于商业环境下，从而允许和激励设计者从丰富多彩的设计空间中选择最具市场价值的那几款设计式样。

相比之下，欧盟立法对待宽限期规则的态度更为务实：一方面，仅就发明专利而言，欧盟明确认为宽松的宽限期规则会损害法律确定性、降低授权确权的行政效率，从而拒绝采用“广义宽限期”规则；[16]另一方面，欧盟对外观设计相当宽容，允许宽限设计者在申请日前一年内作出的任意情形的公开，参与欧盟立法的马普所学者Annette Kur认为，外观设计除其本身之外没有任何可被公开的内容，对这样的客体施以严格的新颖性要求是没有必要的。[17]

所以，《欧共体外观设计》的序言第20条指出：“应当允许设计者或其权利继受人在决定是否有必要注册欧共体外观设计之前，对使用外观设计的产品进行市场测试。”部分时尚产业采用先行少量投产，获取消费者反馈的商业策略，对此制度的呼声较高。[18]

因此，《欧共体外观设计条例》第7条第2款规定：如果一项注册式欧共体外观设计请求保护的设计，是被设计人或其权利继受人公开，或因设计人或其权利继受人提供的信息或实施的行为而导致的第三人公开，并且公开发生在注册申请日（有优先权的，为优先权日）前12个月内，那么该披露不予考虑（不构成现有设计）。这种规则使得设计者在公开外观设计后依然有可能获得授权，也使得设计者有机会测试该产品的市场效果。[19]

虽然我国近年来不乏对专利新颖性宽限期规则的研究，认为我国应借鉴美、日等国家的经验，适当扩大《专利法》中“不丧失新颖性的例外”的情形，[20]然而，这些研究的语境多以“现有技术”为主，很少关注到外观设计与技术类专利的差别。这很难说不是受到我国《专利法》“三位一体”立法模式的影响，使得研究者们有意无意地忽略了外观设计的特殊性，从而偏离了外观设计的客观需求，这种研究现状与欧盟在不同制度下分别探讨新颖性宽限期的价值的立法例形成了鲜明对比。

四、赋权模式的差别

非注册外观设计制度是欧盟法外观设计制度的特色之一，《欧共体外观设计条例》第11条规定，自某设计在欧共体范围内首次公开（相关行业的业内人士所知悉）之日起，受到为期三年的保护；第19条第2款规定，非注册外观设计有权禁止他人抄袭（copying）地使用其设计，即不熟悉权利人的外观设计的其他设计者可以使用自己独立制作的设计。

根据该条例序言第16条、第17条的阐释，该规则主要是针对那些用于市场生命力较短的产品的设计（如时装设计行业）——因为注册式外观设计制度的手续要求将对这些行业构成负担，且保护期限（注册式外观设计的最长保护期为25年）的意义较小。

诞生于前述马普所草案的欧盟非注册外观设计制度可谓是一项创举。

需要澄清的是，即使当时英国也存在一种非注册外观设计权利，但马普所的草案并非完全挪用此制度。[21]正相反，马普所的草案循“市场本位”的思路对德国相关企业的需求做了市场调查，调查结果显示这些企业需要一种立即生效、价格低廉、保护期短的反仿冒保护形式。[22]

因此，草案借鉴了德国最高法院在“**Modeneuheit**案”（竞争法判例）中提出的“竞争个性（**wettbewerbliche Eigenart**）”概念，[23]认为应当保护时装设计品短期内的具备市场识别度的“个性”元素。例如在2014年，一件衬衫上的蓝色条纹和石棕色条纹（表面装饰）就成功得到了非注册外观设计制度的保护。[24]

最后，可能是考虑到在工业领域提供一种非注册式的保护可能会给设计者过于强大的垄断地位，欧盟的这种非注册式保护几乎只能禁止他人在相同行业使用极为相似的设计。

这是因为，一方面，按照前文对“个性特征”概念的分析，如果两个设计不是极为相似，则可能被认为“个性”不同从而不构成侵权；另一方面，只有“抄袭”地使用才构成对非注册外观设计权的侵害，这种侵权行为的主观故意便能从这种“极为相似”推定而来，否则权利人的举证成本过高。

此外，由于非注册外观设计权利的产生基于“相关行业的业内人士所知悉”，那些不属于相关行业或者在欧盟以外的独立设计者能够从第19条第2款的抗辩中受益。[25]

可见，非注册式外观设计制度的保护范围其实很窄，但无论如何也在一定程度上满足了一些快消品设计行业的现实需求，起到遏制仿冒的作用。

相比而言，我国的外观设计制度不具有非注册式的保护模式，需求无法得到满足的一些设计行业只得另寻他法，比如主张侵犯著作权或者构成不正当竞争，我国法院也有相应的支持判决，例如通过著作权保护原告的酒瓶设计，[26]又如认为仿制他人服装款式进行销售构成不正当竞争。[27]这多多少少导致了法律适用的混乱和权利人维权的不确定性。

五、结论

鉴于越来越多的研究认识到外观设计所具有的独特法律属性并不完全符合专利法规定的定义与特点，[28]我国很可能也会面临外观设计单独立法或单独成编的问题。

作为调整社会关系的规范，外观设计立法需着眼于设计者（或设计行业）与公共利益之间的关系，既要切实地保护设计者所需要的现实利益，鼓励设计者丰富设计产业、带动产品销售，又要兼顾与公共利益之间的平衡。

至于如何与公共利益达成平衡，欧盟法在这方面的规定包括：

- （1）允许私人的非商业使用，实验目的、引用或教学目的的使用（第20条第1款）；

- (2) 船舶或航空器临时过境的使用（第20条第2款）；
- (3) 权利用尽（第21条）；
- (4) 先用权（第22条）；
- (5) 政府征用（第23条）；
- (6) 以及允许在修复组合产品的组成部分时使用设计（第110条）

我国完全可以同其他知识产权法律一样，根据国情对外观设计权利作出相应限制。

因此，本文所探索的整体思路的重点是深刻认识外观设计的本质以及设计者的现实利益，前文梳理的欧盟法规则提供了很好的学习样本：

第一，认识到外观设计的符号本质，其并非一种发明创造，因此授权条件不宜设置过高。

进一步，具体的授权确权和侵权的判断标准应以市场效果为核心：一方面，以关注产品设计空间及整体印象的知情使用者（而不是一般消费者）这样的假想主体为基准，从而降低个案所需的市场效果调查成本；另一方面，将授权或侵权的判断聚焦于设计带来的客观整体印象，而不去关注通过一般技巧或手法带来的结合启示。

第二，认识到外观设计客体就是其可视的全部外观，因此不应苛求设计者在申请外观设计之前将其“锁在黑箱之中”。

即使允许外观设计在申请之前公开将使设计者误解其他国家或地区也可能如此慷慨，从而失去注册的可能，[29]仍有必要允许设计者提前公开外观设计以测试市场效果，从而选择价值最高的外观设计进行注册。

第三，认识到外观设计相对应的行业尤其包括快时尚产业，无论如何加快行政登记效率都可能追不上这些产业潮流的黄金期，因此在外观设计公开之初即赋予最基本的反商业化的复制权利确有必要，这个功能不应由非工业色彩的著作权代为实现。

最后要提出的是，虽然外观设计立法的上述思路和相应规则也不排除可以在专利法中实现，但在同一部法律内容容纳两种本质相左的客体不仅会给从业者、研究者带来理解上的误区，也会给法学教育造成反复解释的麻烦。从长远角度看，我国越早使外观设计摆脱技术类专利的气味，越有利于设计行业的发展。

[1]WIPO: SCT/19/6, Annex I, page 27.

[2]参见，严若菡：《我国外观设计单独立法必要性研究》，载于《电子知识产权》，2010年12期，第91-94页；王美芳：《外观设计单独立法论之我见》，载于《专利法研究（2011）》，第6-16页；郭禾：《外观设计与专利法的分野》，载于《知识产权》，2015年04期，第9-13页；张鹏：《外观设计单独立法论》，载于《知识产权》，2018年06期，第45-54页。

- [3]赵元果：《中国专利法的孕育与诞生》，北京：知识产权出版社2003年版，第213页。
- [4]曾作为专利法起草小组成员之一的郭寿康教授回忆，考虑到立法过程冗长繁杂，为尽快建立外观设计保护制度，故将其并入专利法中。参见郭禾：《外观设计与专利法的分野》，载于《知识产权》，2015年04期，注释5。
- [5]李明德：《美国知识产权法（第二版）》，法律出版社2014年版，第797页。
- [6]See, edited by Annette Kur, Marianne Levin and Jens Schovsbo, The EU Design Approach, Edward Elgar, 30 Nov. 2018. Chapter 1, page 4
- [7]See, edited by Annette Kur, Marianne Levin and Jens Schovsbo, The EU Design Approach, Edward Elgar, 30 Nov. 2018. Chapter 1, page 7-8
- [8]尹新天：《中国专利法详解》，北京：知识产权出版社，2011年第1版，第285页。
- [9]中华人民共和国国家知识产权局：《专利审查指南2010（修订版）》，知识产权出版社，2010年第1版，第406页。
- [10]查尔斯·吉伦等编辑，李琛，赵湘乐，汪泽译：《简明欧洲商标与外观设计法》，商务印书馆，2011年，第420页。
- [11]EUIPO: Design Guidelines for Examination, 2022.03.31, page 136-142, link: <https://guidelines.euipo.europa.eu/1934976/1950066/designs-guidelines/1-introduction>. 最后访问时间：2022-04-04
- [12]See Robert P. Merges, Uncertainty and The Standard of Patentability, High Technology Law Journal, Vol. 7, No. 1, 1992.
- [13]张爱国：《我国外观设计保护创造性要求之检讨与重设》，载于《法商研究》2014年第3期，第112页。
- [14]Sam Ricketson: The Paris Convention for the Protection of Industrial Property_ A Commentary, 608 (Oxford University Press, 2015):130,para(2.10)
- [15]尹新天：《中国专利法详解》，北京：知识产权出版社，2011年第1版，第322页。
- [16]张伟君、张校铨：《论发明专利“广义宽限期”规则的利弊和取舍》，载于《同济大学学报（社会科学版）》，第32卷第6期，第105-116页。
- [17]See, edited by Annette Kur, Marianne Levin and Jens Schovsbo, The EU Design Approach, Edward Elgar, 30 Nov. 2018. Chapter 1, page 14-15
- [18]查尔斯·吉伦等编辑，李琛，赵湘乐，汪泽译：《简明欧洲商标与外观设计法》，商务印书馆，2011年，第5页。
- [19]David Stone, European Union Design Law——A Practitioners' Guide, 2th edition, Oxford University Press, para 10.99
- [20]参见：（1）尹新天：《关于新颖性宽限期的问题》，载于《知识产权》，2002年第1期。（2）许峰，李博：《试论新颖性的宽限期》，载于《中国发明与专利》，2013年第8期。（3）朱泽亮，王宏军：《论新颖性宽限期制度效力缺陷及其克服》，载于《中国发明与专利》，2018年第5期。（4）张乃根：《RCEP等国际经贸协定下的专利申请新颖性宽限期研究》，载于《知识产权》，2020年第2期。
- [21]对于英国非注册外观设计权与欧盟非注册外观设计制度的发展历史及区别，参见笔者的文章：《从行业特性论外观设计的“两阶层”保护体制的构建》第四章，已被《私法》收录，本文撰写之时尚未见刊。
- [22]David Stone, European Union Design Law——A Practitioners' Guide, 2th edition, Oxford University Press, para, 1.06
- [23]See, edited by Annette Kur, Marianne Levin and Jens Schovsbo, The EU Design Approach, Edward Elgar, 30 Nov. 2018. Chapter 1, page 20
- [24]Karen Millen Fashions Ltd v. Dunnes Stores, Dunnes Stores (Limerick) Ltd, [2014] IESC 23: 2
- [25]查尔斯·吉伦等编辑，李琛，赵湘乐，汪泽译：《简明欧洲商标与外观设计法》，商务印书馆，2011年，第445页。

[26]广州知识产权法院，(2017)粤73民初3414号民事判决书。

[27]浙江省杭州市余杭区人民法院，(2020)浙0110民初11687号民事判决书。

[28]严若菡：《我国外观设计单独立法必要性研究》，载于《电子知识产权》，2010年第12期，第93页。

[29]其实，包括欧洲、美国、日本、韩国的法律在内，外观设计的广义宽限期规则也已经是国际的通行做法。