

商品装潢权的法律定性和与商标权的法律适用冲突问题探讨（2018）

日期：2018.07.17 作者：姚红军

当我们走进一家大型超市的时候，面对长长的货架上琳琅满目的商品，很容易犯起“选择难”的毛病。如果我们不是对某个品牌情有独钟，很可能仅仅凭借对某个广告模糊的印象而选择一件商品，这时候商品的装潢在决定我们的选择时起着比商标更为重要的作用。这也是为什么品牌商们总是在其商品的装潢方面费尽心思的重要原因。当一个商品在市场上具有了一定的知名度，其装潢往往成为消费者识别该商品的主要介质。市场上层出不穷各种让人哭笑不得的山寨产品就是利用这一特点，通过“傍名牌、搭便车”等种种不正当手段扰乱市场秩序，获取非法利益。因此，对于商品装潢进行法律定性并确定其保护边界，鼓励创新和诚信经营，制止不正当竞争行为，保护品牌经营者和消费者的合法权益，具有重要的意义。



（图片来自网络 中国市场上层出不穷让人哭笑不得的山寨产品）

一、商品装潢的定义和装潢权的法律定性

根据《现代汉语词典》的解释，“装潢”是指物品的装饰。也就是在物品的外表以颜色、图案、形状等元素进行装饰，使物品更加具有视觉的吸引力。《辞海》对“装潢”的解释是：房屋、器物或商品外表的装饰亦称装潢。这个解释颇为简单直接，所谓装潢就是物品外表的装饰。综合各类词典的解释和人们的日常使用习惯，我们可以将“商品装潢”定义为：商品装潢是指商品外表以颜色、图案、形状等具有视觉吸引力的元素构成的装饰。需要注意的是，虽然人们在装饰商品的时候总是会追求“艺术性”或“美感”，但是“装潢”本身并没有“艺术性”或“美感”的要求，只要是具有一定“视觉吸引力”的元素就可以构成“装潢”。

可能是因为“装潢”本身所显而易见的含义，现行法律和司法解释并没有对“装潢”进行定义或解释。1993年《反不正当竞争法》第五条第二款规定：经营者不得擅自使用知名商品特有的装潢，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。最高人民法院在2006年出台的《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》中以排除法对“知名商品特有装潢”进行了界定：具有区别商品来源的显著特征的商品的装潢，应当认定为反不正当竞争法第五条第（二）项规定的特有装潢。有下列情形之一的，人民法院不认定为知名商品特有装潢：（一）商品的通用图形、型号；（二）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；（三）其他缺乏显著特征的商品装潢。前款规定的情形经过使用取得显著特征的，可以认定为特有装潢。根据这个界定，凡是具有区别商品来源的具有显著特征的装饰，只要此类装饰不是商品通用特征或者必要功能性特征，均可认定为商品的特有装潢。

2017年颁布的新《反不正当竞争法》进一步加强了对商品装潢的保护，不仅将“特有”这个条件去除，而且降低了对商品知名度的要求，将“知名商品”改为“有一定影响的商品”。这一修订是在《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》将“反对不正当竞争，建立统一开放和竞争有序的市场体系作为全面深化改革的工作要点”（见国家工商行政管理总局张茅局长在2017年2月22日第十二届全国人大常委会第二十六次会议关于《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案）》的说明）这一大背景下作出的，反映了中国最高立法部门对于严厉打击“傍名牌、搭便车”这种破坏健康有序竞争秩序行为的基本态度和立法导向。

由此，我们不妨对《反不正当竞争法》意义下的“装潢权”进行如下法律定性：商品外表具有装饰作用的颜色、图案、形状等因素或其组合，均为商品的装潢；在先使用并有一定影响装潢的权利人，享有该装潢的排他性使用权利。反过来说，如果有经营者在其商品上使用与他人相同或者近似的装潢，从而有可能导致相关公众产生混淆或者误认为两个商品来自于同一个经营者，或者两个经营者之间有授权或者关联关系，则构成不正当竞争，应该予以禁止。

从以上定性可以看出，我国《反不正当竞争法》意义下的装潢，基本可以与美国商标法（The Lanham Act）下的“Trade Dress”相类似。根据兰哈姆法第43a条的规定（the section 43(a) of the Lanham Act），Trade Dress的保护是为了制止他人模仿产品的外观或包装，以防止消费者产生误认误买（“Trade dress protection is intended to protect consumers from packaging or appearance of products that are designated to imitate other products, and to prevent a consumer from buying one product under the belief that it is another.”-Larson, Aaron, Trademark Law, ExpertLaw, Retrieved 12 September 2017.）。

二、商品装潢的法律保护边界

2017年《反不正当竞争法》第六条第一款规定：经营者不得擅自使用与他人有一定影响的商品装潢相同或者近似的标识，引人误认为他人商品或者与他人存在特定联系。

这一修改与1993年《反不正当竞争法》的相关规定比较有两个非常明显的变化：一是将“知名商品”改为“有一定影响的商品”；二是将“特有”二字删除了。最高人民法院在2006年出台的《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第一条中规定：在中国境内具有一定的市场知名度，为相关公众所知悉的商品，应当认定为“知名商品”。人民法院认定知名商品，应当考虑该商品的销售时间、销售区域、销售额和销售对象，进行任何宣传的持续时间、程度和地域范围，作为知名商品受保护的情况等因素，进行综合判断。该司法解释第二条以排除法等间接方式对何为“特有”进行了界定，综合起来就是商品具有一定显著特征的装潢，只要该装潢不是商品的通用图形或商品自身性质所决定的形状或者为达到一定的技术效果或实用价值的形状，或者虽然具有以上通用特征但是经过使用取得了显著特征的图形或者形状，均可以认定为“特有”装潢。

例如可口可乐公司的细腰瓶子，虽然具有一定的技术效果（便于手握不易滑落），但因其在先长期使用获得了显著性，让人一看到该瓶子就联想到可口可乐。还有绝对伏特加的透明玻璃瓶及透明标签，一开始可能并不具有天然显著性，但是经过长期使用，使消费者一看到透明玻璃瓶和透明标签的伏特加酒，就会认为是绝对伏特加。



从以上司法解释的界定和实例来看，应当受到保护的商品装潢，并不一定要具有“特有”这一特征。“特有”易使人认为装潢本身要具有较强的独特性和显著性，否则就不应受到反法的保护；如果再加上“知名”这一要求，基本把对装潢获得反法保护的条件上升到了“驰名商标”的高度。正是因为如此，司法实践中很多具有相当知名度和显著性的商品装潢得不到有力保护，沦为各种山寨品牌蚕食的对象，最后导致市场各种类似装潢鱼目混珠，消费者无所适从。

正是基于这个现实，在国家三令五申要求加强知识产权保护、维护健康有序市场竞争环境这样的大背景下，新《反不正当竞争法》删除了“特有”这一要求，并将“知名商品”改为“有一定影响的商品”，希望能够加强对商品装潢的保护力度。

笔者认为，根据新《反不正当竞争法》的相关规定，在确定对商品装潢的法律保护边界时，主要应考虑以下因素：

（一）商品装潢是否具有一定的显著性。也就是消费者是否能够根据装潢识别某一商品，或者将一个商品与其他同类商品区别开来。此处的显著性要求并不是对装潢本身的独特性要求，只要某一装潢具有一定的识别功能，就应被认定具有显著性。此处的显著性也不应强调装潢在市场上使用的时间长度，而应根据相关商品在市场上的影响力来综合判断。比如一个市场上颇有影响力的品牌推出一款新产品，如果另一个品牌紧接着推出一款相似装潢的新产品，虽然在先产品的装潢在市场上出现的时间很短，但也不宜认为其使用时间短就不应受到保护。考察装潢的显著性，还应考虑相关商品装潢选择的多样性程度。有些商品的装潢为了突出某种商品固有的特征，可能会选用相近似的一些装潢元素，比如用橙色装饰含有橙子的食品或饮料，这时就不宜认定其中某种商品的橙色装潢具有较强显著性。相反，某种商品装潢的选择多样性越高，则其中一种装潢的显著性则可能越强。例如德国斯蒂尔公司的油锯使用橙色装潢，因在此之前没有任何其他同类产品使用该颜色，因此其橙色装潢则具有了较强显著性而成为识别该产品的一个显著特征。正是因为如此，该装潢不仅获得了反法作为装潢的保护，亦因其通过使用获得显著性而最终获得颜色商标注册。再例如new balance运动鞋上的“N”字母装潢，虽然N字母本身并不具有很强的显著性，但是鉴于经营者可以选择使用在运动鞋上的字母、字母组合或者其他标识的极大丰富多样性，单个N字母使用在运动鞋上就具有了很强的显著性，成为消费者区分new balance运动鞋和其他品牌运动鞋的主要标识。



（二）相关商品在市场上的影响力。一个装潢是否能够很快获得消费者的认知，往往是由商品本身的市场影响力所决定的。一个知名商品所推出的新款产品，可能很快就能获得消费者的认可，从而成为某种潮流的引领者；还有一些知名商品虽然会不断推出新款产品，但是其装潢总是会带有一些相对固定的元素，比如装潢中特定标识的位置、颜色组合、图案组合等等，这些相对固定的元

素往往成为消费者识别品牌的主要标识。针对这些知名商品的装潢和装潢中的一些相对固定的元素，应该给予更高的保护，从而有效制止不正当竞争行为，保护在先权利人的合法权益。例如王老吉红罐凉茶装潢，其红色罐身、金色文字商标、黑色说明文字的组合，成为消费者识别王老吉凉茶的主要因素；这时如果市场上出现同样红色罐身、金色文字商标和黑色说明文字的装潢，无疑会损害王老吉凉茶装潢的显著性，消费者不得不睁大双眼去识别两者的其他区别，以防出现误认。这时应考虑给予此类固定元素组合更强的保护，在后的市场进入者完全可以选择其他装潢或者不同元素的组合，这样不仅保护了在先权利人的合法权益，也降低了消费者的识别成本，维护了健康有序的竞争秩序。

（三）是否有导致混淆误认的可能。考虑装潢的显著性以及相关商品的知名度，主要还是为了考察是否有导致混淆误认的可能性，这是判断是否应给予某个装潢法律保护的基本前提，也是给予装潢法律保护的立法目的，也就是制止容易导致混淆误认的不正当竞争行为，鼓励和保护公平竞争。考察混淆误认的可能性，应以相关公众的一般注意力为标准，以隔离比对为原则，并不要求具有实际产生混淆的证据。另外需要注意的是，在考察混淆误认可能性时，应重点考察装潢本身所包含的元素，尽量排除装潢以外因素的干扰。还是以“王老吉红罐凉茶”为例，如果我们确定其装潢元素包含“红色罐身、金色文字商标、黑色说明文字以及上诉元素的组合方式”，那么就要注意排除文字商标本身的差异以及说明文字内容上的区别，不能说因为“王老吉”和“加多宝”是两个完全不同的商标以及说明文字内容上有区别，两个品牌的红罐凉茶就不会构成混淆。其实如果我们排除“王老吉”和“加多宝”之间由于存在多年的授权使用关系而产生的恩恩怨怨，单纯以两个品牌的红罐凉茶产品本身来考察，应该不难得出两个产品的装潢构成近似容易产生混淆这一结论。尤其是对于不清楚两个公司之间的恩恩怨怨以及旷日持久的法律纠纷的一般消费者而言，应该很容易认为两种产品之间存在某种联系。就像是可口可乐和百事可乐，假如哪天百事可乐也将其产品装潢改为红色，是不是很容易导致消费者把两个产品搞混淆？

（四）行为人的主观恶意。行为人的主观恶意不是判断是否构成侵权的必要条件，但是考察行为人的主观状态有助于判断行为人的某种竞争行为是否正当。例如如果一个经营者不仅使用了与他人商品近似的装潢，而且使用了与他人商品相同的宣传用语甚至是虚假宣传，或者故意改变其原有标识的显著特征而使其与他人标识更为接近，从而可以认定该经营者具有明显的主观恶意，其使用相似装潢的主观状态就是为了追求造成相关公众混淆误认，这时应该适当降低是否有导致混淆误认可能性的判定标准。相反地，如果行为人属于善意使用，并且有其他较为明显区分其商品与他人商品的元素，则判断两个装潢是否近似的标准可以适当提高。在New Balance诉国内某些鞋企商标侵权和不正当竞争系列案件中，这些山寨鞋企不仅公司名称与New Balance的中国子公司的企业名称主要部分完全一样，而且故意改变其注册商标的显著特征，在其生产销售的运动鞋上使用与New Balance运动鞋上倾斜大写的“N”字母装潢几乎完全一样的标识，主观恶意昭然若揭。

还是让我们来看图说话，这些产品是否存在侵权，相信读者自有定论。此时如果还去纠结法律问题，要不是法律本身出了问题，就是解读法律的人出了问题。



总而言之，在确定是否给予某个装潢法律保护时，主要就是考察是否有可能造成相关公众的混淆。而在考察是否有混淆可能性时，主要考虑该装潢区别于其他同类商品的显著性和使用该装潢商品的市场影响力，而相对人是否具有主观恶意虽非判定侵权的必要条件，但是有助于判断混淆可能性。只要是在先使用的商品装潢具有一定的市场影响力，在后的市场进入者就有义务进行合理避让，以其商品的创新特点和良好品质吸引消费者，而不是试图借助于在先商品的影响力使消费者产生混淆误认，获取不正当利益。

三、装潢权与商标权的法律适用冲突问题探讨

商品装潢因其具有识别商品的功能而获得反不正当竞争法的保护，而商标亦是用来区别商品来源的标记，二者在功能和表现形式上具有极强的关联性和一致性，在司法实践中也经常引起法律适用上的冲突。

让我们首先来看一下“装潢”与“商标”的异同：

（一）**功能性**：装潢的功能是为了装饰商品的外观，使一种商品区别于其他商品；商标的功能是为了识别商品的来源，也就是商品的制造者或者提供者。因此，装潢和商标具有功能性方面的客观一致性。

（二）**可变性**：装潢可能会随着大众审美观的变化而不断变化，甚至针对不同的消费群体也会有不同的装潢设计，虽然有些经典装潢的核心元素可能具有相当程度的稳定性，其颜色、大小、构造都可能会随时间或者产品规格的不同而有或大或小的变化；商标则为了实现其区别商品来源的功能而强调不变性，虽然很多商标也会随着时代的变更和市场的变化而有所调整，但其变化的频繁程度或者变化的大小往往比商品装潢的变化要低。

（三）**可转化性**：装潢和商标是可以互相转化的。当一种装潢经过使用获得了较强的显著性，即具有了识别商品或者服务来源的功能，此时装潢可以被视为一种未注册商标。当然品牌所有人也可以选择将该装潢注册为商标，获得注册商标专用权。现有注册商标中就有很多是由装潢转化而来，甚至有很多权利人在推出一个新的装潢之前就已经将其注册为商标。例如绝大多数颜色组合商标和立体商标实际上都是源于商品的装潢。而另一方面，当一个商标标识被以特定方式使用于商品上，成为商品外观的一个重要组成部分或者显著装饰的时候，这个商标标识即成为商品装潢的一个难以分割的组成部分。

在市场上，将商标融入产品设计，使商标成为商品装潢的一部分已经成为一种潮流，从而使商标标识的显著性更强，使商标标识区分商品来源的功能得到显著加强。例如，“

LV

”是一个注册商标，当这个标识被用于LV皮包的设计从而成为皮包外观的显著部分的时候，这个商标就成了该商品装潢的一部分。



在这个过程中，为了使商品外观更加具有美感或者艺术感，有可能对商标标识进行一定程度的变形，使其更和谐地融入商品外观。例如阿迪达斯的“三道杠”商标，其注册商标中三道杠是有严格的长短比例之分的，但是在用于产品装潢的时候，为了产品外观更加具有和谐感，对其长短比例进行了明显调整。这时候很难再说其鞋上的三道杠是其注册商标，而应该作为一种装潢来看待。



正是由于装潢与商标的可转化性，导致出现在保护一个标识时到底是应该适用《反不正当竞争法》还是适用《商标法》的冲突问题。笔者认为，在探讨装潢和商标权利保护的法律适用问题时，可以分下面两种情况来处理：

（一）一般情况：一般情况下，商品装潢应适用《反不正当竞争法》来保护；而当一个商品的装潢已经被注册为商标的时候，理论上可同时获得《反不正当竞争法》和《商标法》的保护，按照特别法优于普通法的原则，应优先适用《商标法》；也就是说，如果一个标识已经被注册为商标，则不论该标识在商品上是作为商标使用，还是作为商品装潢的一部分，都应适用《商标法》来保护。

（二）特殊情况：当一个商标标识被按照与其注册的标识并不完全一致的形态（如阿迪达斯运动鞋上的“三道杠”）使用于商品上时，由于中国的商标法遵循严格的注册使用相一致原则，该使用很可能被认定为非注册商标的使用，从而难以获得商标法的保护。这时应该将该标识视为一种装潢，适用《反不正当竞争法》给予保护。还有一种特殊情况，就是当一个商标标识总是以某种固定的使用方式使用于商品的固定位置，使相关公众习惯于将该使用方式和使用位置与某种商品联系在一起，这时该商标标识与特定的使用方式和使用位置相结合形成了一种强于该商标标识本身的识别功能；而当另一个获得注册的与上述装潢中所包含的注册商标标识较为近似的商标（在商标注册过程中被认定为不构成相同商品上的近似商标）被以同样的方式使用于同样的位置的时候，很容易使一般公众产生混淆，从而构成不正当竞争。此时，如果适用商标法来调整，则会产生一个商标使用在商品的一个位置不侵权而使用在另外一个位置侵权的后果，对商标权人的使用权利造成不当限制；而如果适用反不正当竞争法，将商标标识与特定使用方式和使用位置结合而成的组合体作为装潢来对待，则可以解决适用商标法的尴尬，有效调整市场上出现的不正当竞争行为。

综上所述，商品装潢权作为一种特殊的知识产权，应该受到法律的严格保护。山寨品牌的普遍存在不仅侵犯了优质品牌的合法权益，更加扰乱了市场监管秩序，破坏了优胜劣汰的市场竞争秩序，损害了广大消费者尤其是中小城市和农村地区消费者的健康安全，也严重败坏中国的国际形象，成为被人诟病甚至攻击的把柄和例证。在这种大环境和背景之下，在加强知识产权保护，遏制商标抢注和各种知识产权侵权现象的同时，强调对商品装潢权的保护显得尤其必要。新《反不正当竞争法》正是顺应这一要求，大幅降低对商品装潢权的保护门槛。希望各级工商行政执法部门和司法部门能够准确理解这一立法变化，在行政执法和民事司法程序中积极运用这一法律武器，严厉打击破坏公平竞争市场秩序的各种不正当竞争行为，早日使中国市场进入鼓励创新、优胜劣汰、繁荣有序的良性运行状态。