

商业外观知识产权竞合问题研究

吴汉东*

内容提要 商业外观具有装潢、设计、颜色、形象等多种元素,由此构成产品或服务的独特视觉形象。上述元素的单一、部分或整体可作为不同权利和法益的保护对象,涉及经营性标记权与创造性成果权相关制度,横跨知识产权与反不正当竞争两大法域。同一商业外观之上的多元要素及其利益,产生了多重财产权利的竞合。在司法实践中,商品装潢法益与图形商标权、外观设计权、美术作品著作权的知识产权竞合,可归结为权利重叠、共存与冲突等不同类型。权利竞合实质上是法条竞合。解决商业外观权利竞合问题,是一个法律价值目标和司法政策立场的选择过程,其法律原则、规则构建及其适用的要点是:限制同一主体权利重叠现象,合理进行权利配置;承认多个主体权利共存状态,规范各自权利行使;解决不同主体权利冲突纠纷,明确“有瑕疵”权利的法律后果。商业外观知识产权的未来法律构造,应着力体现体系性、协同性和非冲突性的应然规范要求。

关键词 商业外观 权利竞合 反不正当竞争法 知识产权法
DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2025.05.014

目次

- 一、引言
- 二、商业外观权利竞合状态的法理分析
- 三、商业外观权利竞合纠纷的司法考察
- 四、商业外观权利竞合问题的法律规制
- 五、结语

* 中南财经政法大学知识产权研究中心文澜资深教授。本文系 2024 年度最高人民法院司法研究重大课题“司法服务保障发展新质生产力研究”(课题编号:GFZDKT2004A03-1)的阶段性成果。

一、引言

商业外观 (Trade Dress) 这一概念,源自美国规定商标和商业外观保护的《兰哈姆法案》。在国内外法律著述中,商业外观是指产品或服务的整体形象和外部样态,各种元素的组合构成了产品或服务的独特视觉形象。^① 在国际商贸领域,商业外观具有品牌识别、信息传递、情感连接、营造市场品位的商业功用。这种可视化外观形象也被称为“形象构图”(Visual Component);^② 我国现有法律对此有“商品装潢”“注册商标”“外观设计”“美术作品”等具体称谓。商业外观的基本构成要素包括有独特性的“品牌标识”(Logo)、含感染力的“色彩方案”(Color Scheme)、具个性化的“字体选择”(Typography)、有观赏性的“图像风格”(Imagery Style)和体现审美价值的“布局设计”(Layout Design)。商业外观的相关权益横跨知识产权与反不正当竞争两大法律部门,涉及创造性成果与经营性标记等多个法律制度,其客体具有以下共同特征:一是外观要素。即商业外观的视觉特征要素,包括形状、色彩、图案、式样等,这些要素在观感方面共同构建了产品或服务的独特风格和整体形象,让消费者产生视觉感受和主观体验。二是审美意义。审美是人们对美的事物或现象的感受、认识和评价。诸项知识产权制度对商业外观都有审美要求,例如美术作品的“艺术美感”,外观设计的“富有美感”,图形商标中具艺术形式的具象图形和抽象造型,商品装潢的装饰性、美观性等,无一不反映了商业外观的审美意蕴。三是创造性价值。创造性是知识产品取得法律保护的条件,商业外观概莫能外。这要求该类客体不是已有产品的简单重复,而必须有所创新、有所突破,是基于创意形成的新的知识产品。这一特点在诸法中被称为“独创性”(作品)、“新颖性”(设计)、“可区别性”(商标)或“装饰性”(装潢)。商业外观在现代市场经济发展中具有重要意义,可以说是创意经济、注意力经济、品牌经济的产物。从日常消费品到高档奢侈品,从新潮电子产品到传统文化产品,从通用餐饮家居服务到现代高铁航空服务,商业外观帮助企业建立独特的视觉身份、有效沟通目标客户,从而形成企业在市场中的核心竞争力,是受知识产权保护的无形财产。

商业外观的多元构成要素及其不同内在价值,使得同一知识产品可能成为不同部门法规定的权利客体。权利的重合、交叉常常引发企业争夺无形财产的诉讼大战^③,并成为

① See Carl Caslowitz, *Trade Dress and Section 43(a) of the Lanham Act: Protection for Total Image of the Visual Displays of Software Applications*, The Journal of Law and Technology, Vol.33(2):187, p.187-188 (1993); 周林:《商业外观的法律保护》,载唐广良主编:《知识产权研究》(第11卷),中国方正出版社1999年版,第176页;王莲峰:《商业标识立法体系化研究》,北京大学出版社2009年版,第17-18页。

② See Henderson P.W., Cote J.A. & Leong S.M., et al., *Building Strong Brands in Asia: Selecting the Visual Components of Image to Maximize Brand Strength*, International Journal of Research in Marketing, Vol.20(4):297, p.297 (2003).

③ 中国“王老吉”商标及“红罐”包装装潢纠纷案持续十余年,最终于2015年由最高人民法院审结,并入选“2017年中国法院十大知识产权案件”和“2017年推进法治进程十大案件”。参见最高人民法院(2015)民三终3号民事判决书。美国“苹果”与“三星”的用户界面设计纠纷案,经联邦三级法院审理,判赔金额高达10.51亿美元,双方最终达成全球和解协议,被称为设计专利的“世纪大战”。See *Samsung Electronics Co. v. Apple Inc.*, 577 U.S. 1215 (2016).

学术界关注的重点问题。总结已有司法裁判和学术研究成果,我们需要进一步关注的是:商业外观作为权利客体的多元要素构成以及各种法律的差异性授权条件;同一主体在同一客体上享有多个权利,于第三人侵权时请求权的行使及其认定;不同主体在同一客体上分别享有不同权利,其权利构成分享或对抗状态的认定及其处理。概言之,即知识产权的“权利竞合”,具体包括“权利重叠”“权利共存”和“权利冲突”三种情形。本文将从商业外观的多元构成要素和多元权利架构出发,以客体要件、主体资格、本体内容为要点,研究各知识产权法的不同保护机制,继而以体系性、协同性和非冲突性为目标,提出解决商业外观知识产权竞合问题的法律构想。

二、商业外观权利竞合状态的法理分析

权利竞合这一概念,描述了当事人之间利益关系的相容或紧张状态。权利竞合是权利运行和实现过程中的普遍现象,并由此产生规范和平衡上述社会关系的法律需求,但其在一般财产权与知识产权领域有着不同的法律表现。从文义上说,竞合意指“争相符合”或“同时该当”。“竞合”中“竞”字有竞争、冲突和抵触的意思,“合”字有重叠、交叉和相容的意思。^④在民法领域,竞合是指由于某种法律事实而导致两种或者两种以上权利之间产生“重叠”或“冲突”的现象。在德国学者拉伦茨的著述中,“同一案件事实可以被多数法条所涉,即为法条的竞合”。在竞合法条的法效果彼此相容(即“相容竞合”)的情形下,两种法效果可并行适用;而在法效果相互排斥(即“不相容竞合”)的情形下,可能产生排斥某一法效果运用的情形。^⑤上述学说观点,为我们分析知识产权权利竞合以及多种竞合状态提供了重要理论工具。

数个权利系于同一事实,是立法者和裁判者必须面对的法律难题。“权利竞合并非法律设计上的漏洞,而是法律体系化导致的一种不可避免的现象。”^⑥一般说来,产生权利竞合的原因,主要在于两个方面:一是法律体系的复杂性。知识产权法是个开放的、动态的、不断创新的制度体系,在其体系化的建构过程中,存在着不同法律领域的交叉规定以及新旧法律制度的冲突规定;二是法律适用的逻辑性。知识产权的保护对象是非物质性的知识财产,不受“一物一权”的羁绊,同一客体上可能产生有多个权利类型。具言之,商业外观含有多元视觉元素,其单一的、部分的或是整体的构成都可能成为法律保护的知识财产。商业外观权利谱系之复杂样态,带来法律适用的诸多困难。与一般权利竞合相较而言,商业外观知识产权的权利竞合呈现以下独特的法律特征:

首先,商业外观权利竞合是为同一法律位阶的权利竞合。基于商业外观元素所生专利权、著作权、商标权以及商品装潢利益,具有平等性、独立性、自主性、可诉性等一般特

^④ 参见王利明:《违约责任论》,中国政法大学出版社1996年版,第279页。

^⑤ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第146-149页。

^⑥ 龙卫球:《民法总论》(第2版),中国法制出版社2002年版,第134页。

性,不存在法律位阶差别,无法益位阶优先保护问题。一般而言,在相互竞合的法律规范中,宪法规定的基本权利理应高于知识产权法所授予的权利,诸如表现自由权、公共健康权、环境权、发展权等基本人权,即具有“宪法基本价值”的优越地位。^⑦在民事权利的体系内部,通常以符合基本价值及公共利益为标准来确定权利位阶,例如,人格权高于包括知识产权在内的财产权。^⑧在法律实践中,遇有两种权利发生冲突,应采取法益位阶分析方法来确定优先保护的法价值,这即是“法益优先保护原则”。诚然,关于权利冲突的协调,首先应保护具有优先位阶的法价值,但同时也应采纳“利益平衡”原则使处于冲突状态的各种权利能够通过协调达到平衡状态。“利益平衡”是民法精神和社会公德的要求,也是“人权思想和公共利益原则”的反映。^⑨但就商业外观权利竞合而言,由于是同一位阶的权利竞合,因此“利益平衡”应是其协调机制的重要原则。在商业外观领域,遇有相关知识产权行使和实现时,可采取有限交叉、私权自治(适用权利重叠情形)、权利共享、合理避让(适用权利共存情形)和保护在先权利、排除瑕疵权利(适用权利冲突情形)等原则和规则,以使权利竞合关系达致权利协调状态。

其次,商业外观权利竞合是基于同一客体的权利竞合。基于同一客体所含多元价值元素并产生多元权利保护,是商业外观权利竞合得以形成的底层逻辑。民法学者在述及权利竞合时,多将权利竞合的存在归因于同一事实,例如承租人在租赁关系终止后不返还租赁物,于权利人而言,产生物上请求权和债权请求权的竞合。而在知识产权语境中,学者们多将权利竞合状态归因于客体的同一性,即认为这是基于同一客体而产生多个权利的法律事实。^⑩商业外观是附载于一定物质材料之上的符号、色彩、样式所构成的知识财产,其多元构成要素及其所承载的财产利益为知识产权相关制度所接纳,从而出现有别于传统所有权的多样性赋权样态。上述客体的多重赋权基础包括三个方面:一是非物质形态。在所有权制度中,根据“一物一权”主义原则,不能在同一物件上设立两个或数个内容完全相同的权利;而知识产权制度对于非物质性的知识产品赋予权利,不以有形占有、使用和事实处分为必要,从而出现“一体多权”的法律样态;二是法律认可。作为客体的财产,是为独立于主体之外的事物,即具对象性;同时也是主体享有权利的客体,即具可支配性。商业外观次第作为各知识产权法的权利对象,其商业化、财产化的过程即是知识产权法对客体价值不断发现并认可的过程;三是价值存在。客体应为主体所利用的物质利益或精神利益之事物,知识产权指向的对象概为非物质性的财产。商业外观所呈现出的商品装潢、图形商标、工业品设计乃至美术作品,具有多样性的经济价值。正如德国学者所言,“所有具有金钱价值的权利才属于财产”^⑪,知识产权只是表明法律

⑦ 参见吴汉东:《知识产权领域的表达自由:保护与规制》,载《现代法学》2016年第3期,第3-4页。

⑧ 参见王利明:《论民事权益位阶:以〈民法典〉为中心》,载《中国法学》2022年第1期,第40-49页。

⑨ 参见[美]奥德丽·R.查普曼:《将知识产权视为人权:与第15条第1款第3项有关的义务》,载《版权公报》2001年第3期。

⑩ 参见曹新明:《论知识产权冲突协调原则》,载《法学研究》1999年第3期,第73页。

⑪ [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第110页。

对此类有价值事物的分配机制以及对分配结果形成的产权进行保护。

再次,商业外观权利竞合体现为不同法益的竞合。我国现行民法典在“合法权益”的名义下,对民事权利和利益进行了明确区分。《民法典》第1条强调“保护民事主体的合法权益”;第126条将“合法权益”界分为法律规定的“民事权利和利益”。商业外观所生之无形财产法益,也包括权利和利益。前者是以权利名义存在的利益,其产生具有利益生成权利的法律程序与外观凭证;后者虽具有受保护客体的法律品性,但其保护对象及其范围有待确权之需时的个案认定。应该指出的是,权利与利益在权利内容、对抗效力、保护机制等方面具有明显差别,这是分析知识产权权利竞合的法律基础。在知识产权领域存在着专有权利保护与特别法益保护两大法律机制——“知识产权专门法通常都是以赋予专有权的方式保护权利,而反不正当竞争法则是以制止不当行为的方式保护利益”^⑫。就本文研究对象而言,商业外观中的注册商标、外观设计、美术作品等所涉皆为法定之权利,而商品装潢的保护则是法上之利益。在商业外观权利体系中,诸项知识产权是具备法上之力(即支配力、请求力、形成力和抗辩力)的完整权利,而“有一定影响”的商品装潢只能有条件、有限度地受到保护,反不正当竞争法对其提供的法律保障主要表现为请求力和抗辩力。可见,由于权利与利益存在差异,知识产权法与反不正当竞争法对商业外观采取了不同的权利规则(包括权利属性、权利范围、权利保护方式等),由此产生同一法益内部或两种法益之间的相容与不相容。这使得商业外观权利竞合呈现出多种法益冲突之特征,并由此形成了特别的协调机制。

最后,商业外观权利竞合可区分为多元状态的权利竞合。如前所述,权利竞合具有“相容竞合”与“不相容竞合”的多元状态,前者呈现权利的重叠或共存,后者导致权利的冲突和对抗。在民法领域,一般财产权利重叠的保护是不多见或是有严格限制的:一物之上只能设立一个所有权,即一物一主(但不排除同一物权的共有状态);一个物的部分不得成立独立的所有权(但集合物得依各个物的独立性设定物权);一物之上不能存在两个内容相冲突的物权(但以所有权与他物权并存为例外)。^⑬直言之,民法领域的权利竞合多是不同主体就各自权利的行使和实现所发生的冲突。知识产权是民法的特殊领域,存在着多元状态的权利竞合,有学者将其划分为三种类型,即“同主共存形态”,即根植于同一客体的各项权利归属于同一主体;“异主共存形态”,即根植于同一客体的各项权利归属于不同主体,但相关权利相容共存;“异主抵触形态”,即根植于同一客体的各项权利归属于相异主体,各权利彼此并不相容且引发冲突。^⑭可以认为,包括商业外观权利在内的知识产权竞合有三种情况:一是权利重叠,即权利的重合或是权利的多重保护。同一主体于商业外观之上同时享有商品装潢利益以及图形商标权、美术作品著作权、外观设计专利权。在侵权行为发生时,权利人对于侵权责任人就同一事实发生数个损害赔偿

⑫ 孔祥俊:《论商品名称包装装潢法益的属性与归属——兼评“红罐凉茶”特有包装装潢案》,载《知识产权》2017年第12期,第8页。

⑬ 参见马俊驹、余延满:《民法原论》(第3版),法律出版社2007年版,第275页。

⑭ 参见前注⑩,曹新明文,第73页。

偿请求权,该项请求权规范竞合,只能择一适用。二是权利共存,即多个主体对某一物件拥有各自独立的权利,在不冲突的状态下共同合法存在。这些权利是知识产权领域中不同类型的权利,遵从“沟渠理论”(Channeling Doctrine)。^⑮商业外观中的不同专有权利自有其法律边界:著作权法中的艺术思想表达、专利法上的美感工业设计、商标法保护的图形标记,在权利的行使和实现中应各行其是、各得其利。除专有权利共存情形外,商业外观上的权利共存还有一特殊类型,即在先使用的商品装潢对在后注册商标构成“先用权”,^⑯即“有一定影响”的商品装潢取得类似“有一定影响”未注册商标的地位,得在原来范围内继续使用,这即是某种有限制的“权利共存”。三是权利冲突,即多个主体对某一物件拥有各自的权利但各权利处于冲突状态,由此产生有瑕疵权利归于消灭的法律后果。权利冲突是知识产权司法实践面临的最为重要的权利竞合问题,就此有两个问题值得注意:(1)权利冲突的法律原因。不同主体分别享有竞合于同一客体之上的不同权利,在遵守“权利限度”的前提下行使各自权利,可以处于“权利共存”状态,反之,权利人行使权利的行为具有违法性,就会导致权利的相互抵触。在这种情况下,超出法律限度而行使权利的一方往往要承担民事责任。(2)相互冲突的权利基础。法理学者大抵将权利冲突解释为“合法性、正当性权利之间的冲突”^⑰。有学者在严格意义上将知识产权权利冲突表述为“无瑕疵的知识产权权利冲突”^⑱。但事实上,知识产权领域存在着一些有瑕疵的“权利”,它们虽然具有“权利”的形式外观,但可依法被撤销或者被宣告无效。有瑕疵的权利冲突包括两种情形:其一,当事人在侵犯他人先权益的基础上产生“在后权利”,两者由此发生冲突;其二,由于国家机关的重复授权,使得两个或两个以上权利相互抵触,此时,有瑕疵的“权利”将会面临被依法撤销或被宣告无效的后果。

知识产权竞合是民事权利竞合制度中一个重要而特别的领域。对商业外观权利竞合的法理分析之意义在于为现行知识产权法秩序提供理论解读和司法实践的思想资料,意在学理分析中推动法的应用,在应用中促进法的续造。

三、商业外观权利竞合纠纷的司法考察

在商业外观权利体系中,商品装潢保护制度处于一个特别的地位:在立法上,商品装潢是反不正当竞争法“弱保护”的权益,与知识产权“强保护”的专有权利通常发生权利竞合。在实践中,商业外观权利纠纷多是基于商品装潢利益之争(或是以侵犯商品装潢为由的不正当竞争的单一之诉,或是同时提起侵犯知识产权与不正当竞争的共同之

^⑮ “沟渠理论”强调不同知识产权保护对象的区隔,划分不同知识产权保护范围的边界,意在维护知识产权制度的平衡和效率。适用这一原理的典型案件参见 *TraFix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc.*, 532 U. S. 23 (2001)。

^⑯ 在先使用的商品装潢有在先权的情形下,对不同在后授予专有权有不同对抗效力。与商业标记不同,外观设计专利申请如与上述在先权益发生冲突,其新颖性被认为丧失。参见吴汉东:《知识产权法》,法律出版社2021年版,第188页。

^⑰ 刘作翔:《权利冲突的几个理论问题》,载《中国法学》2002年第2期,第57页。

^⑱ 周详:《论知识产权的权利冲突》,载郑成思主编:《知识产权文丛》(第10卷),中国方正出版社2004年版,第93页。

诉)而展开。基于此,本部分以商品装潢法益为中心,结合司法判例,探讨商业外观权利重叠、共存、冲突纠纷中的法律适用问题。

(一) 商品装潢法益与注册商标权的竞合问题

商品装潢与注册商标同归于商业标记领域,分属于反不正当竞争法与商标法的保护对象,两者有着紧密的联系。在商业活动中,经营者往往将商品装潢和注册商标进行一体化使用,以形成具独特性和整体性的商业外观形象。商品装潢不仅是反不正当竞争法上受保护的主体,“有一定影响、具有区别来源功能”的商品装潢还可以作为“未注册驰名商标”,受商标法的“在先使用”和“禁止抢注”规定的保护。^{①⑨}在司法实践中,商品装潢法益与注册商标权的竞合主要有以下问题值得注意:

一是商品装潢中的注册商标要素构成。反不正当竞争法意义上的商品装潢的指向非常宽泛,包括为帮助识别和美化商品而在商品或其包装上附加的文字、图案、色彩及其排列组合。根据最高人民法院的司法解释,营业场所的装饰、营业用具的式样、营业人员的服饰等构成的“整体营业形象”,也可被认定为“装潢”。^{②⑩}就过往判例而言,法院表明了如下裁判立场:首先,商品装潢构成元素具有不确定性。在实践中,包装装潢的文字部分一般指向商品名称或商标,换言之,注册商标可以但并非一定成为商品装潢的组成要素。正如学者所指出的那样,包装、装潢的构成元素并不固定化,具有相当的可变性和灵活性;分析装潢的构成要素不是为了确定权利范围(这与注册商标、外观设计的要素分析目的有别),而在于判定其是否有识别商品来源的意义。^⑪这也是装潢成为法益的重要条件。在“广药集团与加多宝公司‘王老吉’商标及‘红罐’包装装潢纠纷案”中,最高人民法院终审判决认为,商品装潢中的商标要素构成与否,完全取决于装潢设计本身或使用者的意愿。如果该文字商标在装潢中被突出使用,或者从客观上并未与装潢相隔离,则可认定商标为装潢的组成部分。^⑫同时,商标作为装潢元素须具有固定性。商品装潢须是多元要素所形成的一体化外观形象,受到法律保护的对象可能是其中的商标元素(商标法),也可能是具识别性的其他元素或是各种元素共同形成的整体风格、形象(反不正当竞争法)。在“‘茶颜悦色’商品装潢纠纷案”中,法院判决以多元要素的固定排列组合作为处理装潢与商标法益关系的基础。^⑬具言之,凡商标与其他元素形成固定排列组合,并以整体形象起到识别来源作用的,法律保护的客体乃是商品装潢利益;当商标未与其他元素形成固定排列组合,由其他元素组合构成有一定影响的装潢,在这种

①⑨ 对商品装潢提供反不正当竞争法和商标法的双轨制保护,是大陆法系国家的通常做法。日本《反不正当竞争法》第1条规定,使用与他人熟知商标、商号、商品包装及容器相同或者近似的标志,引起商业混淆的,商业利益受损者可以请求侵害人停止侵权及赔偿损失。日本《商标法》第32条规定具有消费者广为知晓的标识功能的未注册商标得在适当区别于注册商标的条件下,在原有范围内继续使用。这种附着商品上的未注册知名商标范围很广,包括具有标识意义的商品名称、包装、装潢等。参见[日]纹谷畅男编:《商标法50讲》,魏启学译,法律出版社1987年版,第233页。

②⑩ 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》(法释〔2022〕9号)第8条。

⑪ 参见前注⑩,孔祥俊文,第10页。

⑫ 参见最高人民法院(2018)最高法民终589号民事判决书。

⑬ 参见湖南省长沙市中级人民法院(2021)湘01民终7221号民事判决书。

情况下则分别形成基于商标和装潢的独立法益。

二是商品装潢与注册商标权利并存中的请求权选择。当同一商品上同时附载的注册商标权利和商品装潢利益受到他人侵犯时,被诉不法行为可能同时构成商标侵权行为及不正当竞争行为,权利人对于该行为人就同一事实享有两个不同的请求权。对于请求权竞合,各地法院具有不同的司法取向:有判决认为,在涉及请求权竞合的案件中,权利人可以明确择一法律关系对涉案被控侵权行为进行主张;^④多数判决主张,权利人可同时提起侵害商标权及不正当竞争诉讼,法院应分别予以认定,并根据不重复计算赔偿原则(即“一重效果原则”)对赔偿数额予以确认。司法实践中,法院大抵认可在一起案件中并列两项权利(权益),以“侵害商标权及不正当竞争纠纷”作为案由进行审理。^⑤对此,最高人民法院曾在“上海‘帕弗洛’文化用品不正当竞争案”的判决中宣称:商标法与反不正当竞争法各有其独立的适用条件和保护对象,应该分别处理和独立判断。权利人有依法选择如何对受法律保护的商业标识寻求法律救济的自由。^⑥在该案中,原告主张,对知名商品特有名称、包装和装潢的权利,法院应当按照反不正当竞争法审理相关案件事实;而被告辩称,双方在各自商品上使用了具很强识别性的商标,如发生纠纷应当首先适用商标法的规定。法院最终根据原告选择的请求权,适用反不正当竞争法的规定进行裁判。在该案判决中,法院采用了两个裁判规则:第一,请求权不相关联原则,即各竞合权利彼此独立,不相依存。其中某一权利消灭或诉讼时效完成,并不当然影响其他权利的存在和行使;^⑦第二,请求权选择自由原则,即权利人对其享有的请求权有选择其合并或单一行使的权利。基于权利性质差异及时效期间不同,其权利行使存在有利或不利之别,法律规定权利人可以就数个请求权进行选择,在意思自由的基础上寻求救济^⑧。

三是商品装潢与注册商标权利冲突的法律后果。此处的权利冲突,是不同主体就各自法益主张而发生的冲突,也是在先法益(装潢)对抗在后法益(商标)而发生的冲突,是为不相容的权利竞合情形。在相关判决中,法院大抵认为“有一定影响”的商品装潢具有“在先权利”的法律地位,并形成以下处理权利冲突的裁判规则:第一,商品装潢在先权利得阻却在后商标注册。“阻却抢注”是商品装潢的程序性权利。在“新平衡公司‘N’字装潢纠纷案”中,法院认为,原告在中国地区将“N”标识突出使用在运动鞋两侧,且持续进行有规模的宣传和使用,形成商品装潢权益在先;而被告在后注册的诉争商标,与原告的“N”标志在文字构成及整体视觉效果方面构成相近,损害原告在先权益。^⑨在

^④ 参见“新百伦贸易(中国)有限公司不正当竞争纠纷案”,浙江省杭州市中级人民法院(2017)浙01民终3893号民事判决书。

^⑤ 参见欧平凤、林俊宇:《〈商标法〉与〈反不正当竞争法〉的权利保护冲突与解决》,载《中华商标》2023年第S1期,第39页。

^⑥ 参见最高人民法院(2011)民申623号民事裁定书。

^⑦ 参见前注⑥,龙卫球书,第135页。

^⑧ 在日本,凡商标侵权和不正当竞争请求权竞合时,权利人得就请求权主张次序进行选择,或是不予排序,而交由法院认定。参见[日]高部真规子:《从商标法看不正当竞争防止法的保护领域》,2004年度中日合作研究专家会议上的报告。

^⑨ 参见最高人民法院(2019)最高法行申13660号行政裁定书。

法院作出判决后,商标主管部门随之裁定涉案注册商标无效。第二,商品装潢权利人不因他人取得商标注册而丧失使用权益。“继续使用”是对商品装潢使用既有事实的法律认可。在“‘荣华’月饼侵犯商标权和不正当竞争纠纷案”中,法院确认香港荣华公司在月饼上的特有名称、装潢应该受到保护,不因他人在“糖果、糕点”商品上取得商标注册而丧失其继续使用的权益。同此,注册商标所有人也有权以正确的方式使用所涉文字来描述和介绍其商品。^{③①}第三,商品装潢与注册商标在其使用中应合理避让。“禁止混淆”是承认上述权利竞合的前提。在先“有一定影响”且具有标识区别功能的商品装潢,可被视为未注册驰名商标,与他人已注册商标共同使用于同一种商品或类似商品上时,应通过市场分割(即商品装潢限定在原来范围使用)或是附加说明(即商品装潢使用人与注册商标所有人在商品上标注各自身份),来防止消费者误认。^{③②}

四是注册商标所有人与使用人对商品装潢的权益主张。基于商标使用所产生的商品装潢权益归属争议,实质上是不同主体之间的权利冲突。在“广药集团与加多宝公司‘王老吉’商标及‘红罐’包装装潢纠纷案”中,作为争论双方的广药集团与加多宝公司分别为“王老吉商标”的所有人与被许可人。“红罐”装潢包括黄色“王老吉”文字、红色底色以及相关图案及其排列组合等形成的总体外观形象。法院认为,“王老吉”文字为加多宝公司经广药集团许可使用的注册商标,而其他颜色、图案及其组合,系为加多宝公司创设完成。在商标许可合同关系终止后,商标所有人与原使用人都主张“红罐”装潢归其所有。对此学界有两种观点:持“商标附随理论”者主张,被许可人在商标上添附的商誉(包括商品装潢利益)属于许可人即商标所有人;^{③③}持“诚实贡献理论”者认为,应遵循“谁投资谁收益”的法则来确定商品装潢的权属^{③④}。该案一审判决从“商标附随理论”出发,判决“王老吉”商标所有人享有“红罐”装潢权益。^{③⑤}二审判决秉持“诚实贡献理论”,兼采“利益公平原则”,认定双方当事人均对涉案包装、装潢的形成、发展和商誉建树作出了重要贡献,判决双方共同享有权益。^{③⑥}两审判决之后,学界仍存有疑虑,主要问题在于商品包装、装潢法益的共有对象范围、共有权利类型以及共有权利行使规则。笔者认为,在商品装潢权属争议中,应考虑建立以下裁判规则:一是独立性原则,即在装潢要素的排列组合中,须存在着注册商标与商品装潢的各自法益;二是协议优先原则,即商标所有人与被许可人就使用商标所形成的装潢权益归属有明确约定的,按协议规定处理;三是投资、贡献原则,即关于装潢权益归属,没有约定或者约定不明的,根据投资或创作贡献决定;四是合理规避原则,即在商品装潢权益为不同主体共同享有时,非

③① 参见最高人民法院(2017)最高法民再197号民事判决书。

③② 参见上海知识产权法院(2020)沪73民终327号民事判决书。

③③ 参见崔国斌:《商标许可终止后的商誉分配》,载《知识产权》2012年第12期,第12-14页。

③④ 参见刘洁:《论商标使用许可制度中激励机制之引入——兼评“王老吉”商标纠纷案》,载《知识产权》2013年第1期,第53页;王莲峰:《商标许可合同使用者利益之保护——王老吉与加多宝商标利益纷争之思考》,载《社会科学》2013年第4期,第94-95页。

③⑤ 参见广东省高级人民法院(2013)粤高法民三初1号民事判决书。

③⑥ 参见最高人民法院(2015)民三终2号民事判决书。

商标所有人的装潢使用与他人注册商标应有所区隔,以避免商品来源混淆。^{③⑥}

(二) 商品装潢法益与外观设计权的竞合问题

商品装潢与外观设计都是与产品外观有关的装饰性设计,其区别在于:外观设计须附着于产品,即以产品的外表为依托,或者说以产品为载体,构成产品与设计的组合;而商品装潢多是作用于产品之上的“外观要素组合”,也包括商业活动中的“整体营业形象”,并不以“附着于产品”为必要。法律对二者提供了不同的保护机制:对于具“显著性”的商品装潢,反不正当竞争法采取“行为规制”“事后救济”的个案认定方法,对该类法益提供间接保护;^{③⑦}而对于具“新颖性”的外观设计,专利法采取“权利法定”“权利专有”的财产赋权模式,直接赋予该类权利对抗一切人的强制力。在商业外观权利保护中,商品装潢与外观设计所生之法益不仅有利益与权利之分,而且有经营性标志权与创造性成果权之区别,因此存在相容性权利竞合的状态。而外观设计专利权与美术作品著作权同为智力创造领域的专有权利,是为不相容的权利竞合,对此,法律往往采取择一保护的立场,不允许权利的重叠保护。^{③⑧}可以认为,商业外观在客体构成方面所有的“显著性”(商标法、反不正当竞争法)、“新颖性”(专利法)、“独创性”(著作权法)的区别,决定了法律保护机制的不同样态。商品装潢与外观设计的权利竞合的主要问题如下:

一是商品装潢利益与外观设计专利的保护机制衔接。设计构图可能同时作为外观设计与商品装潢而获得保护:专利法将外观设计的新颖性解读为“新的或者原创的设计与已有设计应当具有明显区别”;而反不正当竞争法所保护的商品装潢与商标一样,达到“可区别性”的程度即可。因此,具新颖性的外观设计,同时可以满足具显著性的商业标识要求。法律实践中的常见问题是:获得外观设计专利的构图形象,在其专利权终止后,能否依据反不正当竞争法继续获得保护?对此,学术界有“平行保护说”和“补充保护说”的不同看法:前者主张多个权利可以共存,一种权利过期或失效不影响他种权利存在;^{③⑨}后者认为只有在知识产权专门法力有未逮时,才能由反不正当竞争法提供继续保护。^{④⑩}在“‘晨光’牌 K-35 型按动式中性笔特有装潢纠纷案”(以下简称“晨光案”)中,最高人民法院认为,诉争商品的外观设计可能同时构成商品包装和装潢;专利权的终止并不当然导致其他权利同时失去效力。但是,权利人须证明该形状构造起到了区别商品来源的作用,其条件是:该设计构造应具有区别一般常见设计的显著性特征;相关公众

^{③⑥} 最高人民法院判决对“红罐”装潢中“王老吉”商标是否作为共有对象未作判定。从法理上说,在商标许可合同终止后,加多宝公司使用的“红罐”装潢不得含有“王老吉”字样。基于此,有学者建议,可判令一方享有权益,另一方得到相应补偿。参见刁舜、陈家宏:《基于添附理论的商业标识保护研究》,载《商业研究》2018年第3期,第23页。

^{③⑦} 参见谢晓尧:《在经验与制度之间:不正当竞争司法案例类型化研究》,法律出版社2010年版,第160页。

^{③⑧} 在历史上,英国对外观设计提供版权和“垄断权”(专利)的保护,分别适用《外观设计版权法》和《外观设计登记法》。1988年,英国通过《版权、外观设计和专利法》,对外观设计保护模式选择作出明确规定。一般而言,外观设计都可以作为艺术作品自动享有版权保护;但该外观设计一旦付诸工业应用,则原有版权丧失,转而享有“特别工业版权”(专利)的保护。参见应振芳:《外观设计研究》,知识产权出版社2008年版,第36-46页。

^{③⑨} 参见刘平:《知识产权的重叠保护与侵权责任》,载《政法论坛》2010年第3期,第131页。

^{④⑩} 参见冯晓青:《知识产权行使的正当性考量:知识产权滥用及其规制研究》,载《知识产权》2022年第10期,第12页。

已将该形状构造与特定经营者联系起来(形成标识性)。^{④①}“晨光案”的意义在于肯定同一商业外观之上的权利竞合,客体利益各自独立存在,法律提供衔接保护。

二是在先商品装潢利益与在后外观设计专利权的权利冲突。在专利法和商标法领域,尊重在先权益旨在兼顾公平和效率原则,弥补权利法定(即申请、注册确权)原则之不足。受反不正当竞争法保护的商品装潢不具有权利外观和专有效力,但作为受法律保护的“特定利益”及在先存在的法益,在与外观设计专利发生冲突时,得产生以下法律后果:(1)作为在先权益阻却外观设计专利的申请。根据《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》(2020年修正),他人在先“已经取得的合法权利”,包括“有一定影响的商品名称、包装、装潢等享有的合法权利或权益”。现有设计与发明专利中的“现有技术”具有同样的法律意义,是新颖性排除的认定标准。在先权益的存在意味设计方案的公开,即为公众所知晓,从而导致外观设计的新颖性丧失,因而不得授予在后外观设计以专利权;(2)作为在先权益对抗他人“外观设计专利权”的滥用。商品装潢利益与外观设计专利的权利纠纷解决的基本原则不在法益位阶之优先,而取决于权利存在的优先,换言之,法律优先保护在先存在的装潢利益而不是在后授予的外观设计专利。在“‘诗仙太白新花瓷酒’包装装潢不正当竞争纠纷案”中,被告仿冒原告知名商品的特有装潢,并取得外观设计专利。最高人民法院判决认为,在被告酒瓶包装盒取得外观设计专利前,原告商品就已经知名,其特有包装装潢构成在先权利。被告虽然拥有某种形式的“合法”权利,但只要其行为本质在于仿冒他人在先的商品装潢,就不影响将其认定为不正当竞争。并且,在被诉不正当竞争行为人拥有外观设计专利的情况下,该专利权被宣告无效与否不是法院裁决该专利权的使用构成不正当竞争的先决条件。^{④②}

三是侵犯商品装潢利益与外观设计专利的民事责任。在商业外观受知识产权重叠保护的情形中,某一不法行为可能同时侵犯两种或两种以上的知识产权。对于侵权人来说,他并不因侵犯对象形式多样而获得更多实体利益,因而,根据民事赔偿的“填平原则”,侵权人无须同时或分别承担两种以上的损害赔偿赔偿责任。^{④③}对于权利人而言,可以选择对自己有利的保护方式,但不能同时分别提起两种或两种以上的赔偿损失之主张。换言之,超出一重效果以上的利益满足,即构成民法上的“不当得利”。^{④④}在法律实践中,权利人固然有选择权利保护主张的自由,但一般而言,主张外观设计专利侵权赔偿责任更为便宜和有利:首先,就举证责任分配而言,侵权损害赔偿需要查明和证明的法律事实,包括权利存在事实、权利妨碍事实、权利损害事实。专利权保护奉行“权利规则”,权利人可以凭借授权证书、权利许可使用合同、侵权品实质相似证明等作为权利主张证明;而商品装潢利益保护采取“义务规则”,权利人须证明对方义务违反状况来界定受侵权的利益范围。“两相权衡取其轻”,专利权证明主张更为可取;其次,就法律责任性质而言,

④① 参见最高人民法院(2010)民提16号民事裁定书。

④② 参见最高人民法院(2012)民申627号民事裁定书。

④③ 参见前注③,刘平文,第133页。

④④ 参见前注⑥,龙卫球书,第135页。

现行法律针对侵权行为和不正当竞争行为分别规定了应承担的民事责任和行政责任,专利法对于严重侵犯专利的行为,还规定了“侵犯专利罪”的刑事责任。“两相权衡取其重”,专利侵权责任主张可提供更高水平的保护。

(三) 商品装潢法益与美术作品著作权的竞合问题

商品装潢与美术作品特别是实用艺术作品,都是关于物品(前者还包括物品包装及其商业服务)所体现的艺术性设计,具有商业外观的主观愉悦感和客观感染力,分属于经营性标志权和创造性成果权的保护对象。对两者受保护的客体属性认定,可采取以下步骤依次进行:第一步,“选择法”,即对实体物品设计附载之利益属性进行识别,以确定是反不正当竞争法抑或著作权法、专利法的保护对象;第二步,“过滤法”,即对实体物品的艺术性要素与功能性特征进行分离,从而将具功能性的物品设计排除在商业外观保护对象之外;^⑤第三步,“比较法”,即对请求保护的商业外观与他人已有的商业外观进行比较,对商品装潢进行“商业标志混淆”比对,对美术作品则进行“实质性相似”比对,以确定客体显著性或独创性的要件构成。总之,商品装潢与实用美术作品具有独立存在价值和彼此分离特性,其权利竞合存在以下问题:

一是单一法益存在的单独权利主张问题。同一商业外观之上,可以附载两个或者两个以上的法益,但商业外观元素须满足不同法律规定的客体构成条件,可赋权性的条件包括“独创性”(可版权性)、“新颖性”(可专利性)、“显著性”(可标识性)。因此,某一商业外观并不当然享有多种法益而取得重叠保护。在“‘率土之滨’游戏产品侵犯著作权及不正当竞争纠纷案”中,被告开发的“率土之滨模拟器”抄袭原告游戏作品的文字内容及图片,法院认定被诉作品构成侵犯著作权。同时,法院对原告就游戏中的功能模块寻求反不正当竞争法保护的主张不予支持,并将裁判理由归结为“缺乏法律依据”。^⑥受著作权法制裁的侵权行为,是否可再由反不正当竞争法进行规制,不能一概而论。其关键在于同一不法事实是否侵犯多种法益,而权利主张的前提又在于多种法益的事实存在。就本案而言,“率土之滨”这一作品并未构成相关产品的装潢设计,权利人无法直接以破坏公平竞争秩序为由另行提出权利主张。

二是多个法益并存的分别权利主张问题。著作权法与反不正当竞争法所保护的利益并不重合(前者是对作品创作和传播中的专有权利保护,而后者是对经营中的竞争利益保护),可以同时适用不同请求权,法院应分别作出认定。实践中,多数法院也是如此裁判的。^⑦在“‘腾讯红包’侵犯著作权与不正当竞争纠纷案”中,法院认为,腾讯公司对

^⑤ 功能性与装饰性(或艺术性)的区分,是界定发明、实用新型专利与商品外观权利保护范围(包括外观设计专利、著作权作品、注册商标、商品装潢等)的基本标准。参见沈玮玮、姬德华:《外观设计专利的后续保护及其限制》,载《知识产权》2016年第7期,第78页。

^⑥ 参见杭州互联网法院(2019)浙0192民初8128号民事判决书。

^⑦ 根据学者在“北大法宝”“威科先行”数据库对案由同时包括“不正当竞争纠纷”和“著作权侵权纠纷”的判决书的检索和统计,在原告就同一侵权行为提出两项权利主张的情形中,法院判决作出分别认定、两种主张同时成立的占60%以上。参见汪文琦、徐文婷:《著作权法与反不正当竞争法双重保护的类型化及适用规则研究——以125件案例为基础的实证研究》,载“利群律师事务所”公众号,2022年7月22日上传。

其创作完成的“微信红包 2017 年新春版”享有美术作品著作权,被告开发运营的“吹牛”应用软件与其构成实质性相似;同时,原告“微信红包”相关页面作为产品服务的整体形象,经过大量使用,已构成“有一定影响的装潢”,权利人可在著作权救济以外,同时寻求反不正当竞争的保护。^{④⑧}

三是多个法益并存的补充权利主张问题。在前述“分别权利主张”的情形中,法院对著作权侵权与不正当竞争的行为构成分别作出认定,以支持权利人的主张。而此处讨论的问题是,尽管商业外观涉及多个法益,但法律保护有序次之分。对此,著作权法与反不正当竞争法有着不同的分工,即在专门法对专有权利进行保护的前提下,其未及法益可由反不正当竞争法提供补充保护。换言之,反不正当竞争法不是给予相关法益以重叠保护或扩展保护,而是对专门法所不及的其他法益提供补充保护或弱化保护,这种保护机制与知识产权专门法的立法政策并不产生抵触。在“杨丽萍‘月光’舞蹈表演形象纠纷案”中,一审法院认定被诉行为(将原告舞蹈静态画面复制在餐厅装饰品上)构成著作权侵权,但未及适用反不正当竞争法保护其他法益。二审法院认为,“月光”舞蹈作品所表现的演出形象虽不构成作品,但实为“有一定影响”的商业标识,形成了反不正当竞争法保护的法益,被告应承担相应的民事责任。^{④⑨}

上述判例描述了商业外观权利竞合纠纷实际上是如何解决的。实证分析表明,司法机关大抵遵循规范性的指导思想,适用现行法的规则、方法和技术来处理案件,是一种以法教义学为基础的裁判思路。毫无疑问,以上司法判决在法理叙述、逻辑建构和规则适用方面提供了法律适用的经验方法。但是,商业外观以至整个知识财产领域的权利竞合问题的解决方案仍有待进一步完善。对商业外观权利竞合问题研究,应在实然性分析的基础上开展应然性规范分析,即对已有裁判规则进行总结,形成条理化、体系化的权利竞合制度,以对不同权利竞合类型提供不同法律解决方案。

四、商业外观权利竞合问题的法律规制

解决权利竞合问题,实质上是对当事人之间的利益关系进行平衡和协调。“权利是在主体间配置利益的法律工具。”^{⑤⑩}权利主体在追求获取自己利益过程中所形成的法律关系,可以表现为互进、互益、互助的合作关系(利益追求上的趋同性),也可能是相互冲突、矛盾、碰撞的对立关系(利益追求上的不相容性)。^{⑤⑪}权利竞合问题的解决,是一个保护合法利益和协调各种利益关系的过程,同时也是立法价值目标确认和司法价值立场选择的过程。商业外观权利竞合关系的法律调整,涉及法律观念重塑、法律制度再造、司法规

^{④⑧} 参见北京互联网法院(2019)京 0491 民初 1957 号民事判决书。

^{④⑨} 参见北京市海淀区人民法院(2018)案 0108 民初 32020 号民事判决书;北京知识产权法院(2022)京 73 民终 1387 号民事判决书;北京市高级人民法院(2023)京民申 1039 号民事裁定书。

^{⑤⑩} 朱谢群:《创新性智力成果与知识产权》,法律出版社 2004 年版,第 12 页。

^{⑤⑪} 参见前注^{⑤⑩},刘作翔文,第 59 页。

则调适等各个维度,从法律原则、规则的建立及其适用出发,其具体方案似可在以下方面展开:限制权利重叠,合理进行权利配置;承认权利共存,规范各自权利行使;解决权利冲突,明确“形式合法”权利的法律后果。

(一) 权利重叠的规制方法

著作权法、外观设计法、商标法、反不正当竞争法对商业外观权利保护有某些共同之处,即以各自的客体构成条件对非功能性商业外观提供保护,但不保护功能性产品设计。换言之,该类外观性形象设计保护与功能性创新成果(发明或实用新型专利)保护有着重要区别。功能性原则的制度价值,在于避免实用专利权与其他知识产权对同一具技术功能内容的设计提供重叠保护,具有维护技术自由竞争和确定实用专利专属客体的双重法律目标取向。^②而非功能性标准为商业外观权利重叠保护提供了可能。诸如美术作品的独创性表达、外观设计的新颖性构图、图形商标的显著性标识和商品装潢的装饰性设计,概与技术功能性无关,但与此同时又产生了权益保护关联性和交叉性的现象。

在商业外观领域,权利重叠保护意味着同一主体就同一事物可能获得多重知识产权保护。从形式上而言,该权利重叠属于权利竞合中的“相容竞合”情形,其法律效果似可自洽并行。但从实质上而论,重叠保护的强力排他后果可能导致权利人与非权利人之间产生事实上的冲突和矛盾。对于权利重叠保护,学界明显存在分歧。有学者认为,“重叠保护现象背离了知识产权的平衡政策目标,是知识产权全面扩张的副产品”,其后果会导致公众丧失在某一具体制度下本应享有的合法权益,或是知识产品公有领域的缩小,因而主张“原则上禁止知识产权的重叠保护”。^③也有学者认为,不同知识产权竞合于同一客体之上时,可能表现为(同一主体)权利重叠,也可能是(不同主体)权利冲突;权利重叠保护有利有弊,难以通过立法作出统一规定;在现行制度框架内,“法律原则上不禁止知识产权的重叠保护”。^④关于权利相容竞合问题的探讨,大多是以“同主独享”权利的形态为对象,围绕是否承认多种赋权(正当性问题)、选择何种权利架构(合理性问题)、如何规制权利行使(可行性问题)而展开。笔者认为,对商业外观的权利重叠保护,不宜采取全盘否定或绝对肯定的价值取向,而可以采取一种区别保护、分类保护与有限保护的法政策立场。

权利重叠状态现象从何而生,其法律保护基础从何而来,是首先要面对的问题。知识产权体系中的不同权利基于同一事物而发生重合,是知识产品的非物质化所决定的,也是因知识产权专门法的类型化而产生的。知识产权的类分以权利所体现的不同利益作为标准,换言之,客体差异性财产权分类的基础。关于权利重叠现象的发生,有学者谓之不同权利在同一客体的重合。^⑤也有学者认为,不同类型权利有不同种类的客体,

^② 参见梁志文:《论设计保护的功能性原则》,载《现代法学》2019年第3期,第140-141页。

^③ 参见何炼红:《知识产权的重叠保护问题》,载《法学研究》2007年第3期,第59页。

^④ 参见前注^③,刘平文,第128页。

^⑤ 参见冯晓青:《论知识产权权利重叠、权利冲突及其解决》,载郑胜利主编:《北大知识产权评论》(第1卷),法律出版社2002年版,第111-129页。

权利重叠可被定义为不同知识产权在同一对象(作为事实存在的智力成果)上的重合。^{⑤6}笔者认为,财产价值形态的多样性与财产价值基础的同一性,是整体性认识现代财产权客体的前提。以权利客体所涉及的财产利益为标准,知识产权领域的权利重叠决定于各种客体所指向的客观事物,即具同一性价值基础和客观形态的知识产品。^{⑤7}商业外观具有多样性的财产价值形态,不同的无形财产价值取决于各项权利的客体构成要素。而知识产权专门法及反不正当竞争法在权利对象、权利内容、权利保护方式及期间等方面都作出了不同规定,是权利区别保护的法律基础。可以说,基于客体所生之权利是各自存在并受到法律保护的。对因各商业外观元素内生财产价值和外在表现形式的一致性 or 相似性而产生的权利保护重合和交叉问题,需针对不同情形确定不同的解决办法。

就权利重叠现象的法律规制,可针对不同类型采取不同政策取向,分别作出“禁止重叠”“容忍重叠”与“限制重叠”的规定。知识产权法是一个庞大的法律制度体系,权利重叠在所难免,对此应根据不同类别的情形采取分类保护的原则。国际保护知识产权协会东京会议曾将知识产权分为创造性成果权与识别性标志权两类,^{⑤8}基于此,就商业外观而言,权利重叠有三种类型:一是创造性成果权领域的重合,即美术作品著作权与外观设计专利权的重合。两者均作用于智力创造领域,一般应奉行“禁止重叠”原则。英国法规定,构图设计可被视为美术作品、自动享有版权,但一旦注册为外观设计则丧失原有版权。^{⑤9}日本司法实践大抵主张择一保护制度。2000年“菲比精灵案”确立了重要的裁判立场:当一件作品同时具有艺术性和实用性时,对于以工业用途为主并旨在批量生产的设计产品,应优先选择“意匠法”进行保护。^{⑥0}该案件反映了日本“避免双重保护”的态度,即一件设计产品不能同时通过著作权和外观设计权获得双重保护。这一原则有助于防止设计者通过多种知识产权同时保护同一产品,造成过度垄断或法律冲突,从而保证商业外观法律体系的合理性与公正性。二是识别性标志权领域的重合,即注册商标权与商业装潢利益的重合。两者作用于工商经营活动中,一般应对之采用“容忍重叠”原则。“商标+商品装潢”的商业营销方式是商品经营者对其识别性标识权的有效行使,一般并不产生对其他经营者利益的妨害,且为消费者群体所接受。因此,同一主体使用两种附载不同权益的商业形象构图,共同发挥可区别性的标识作用,应在法律的允许范围之内。三是创造性成果权与识别性标志权交叉领域的重合,即外观设计专利权或美术作品著作权与注册商标权或商品装潢权益的重合,一般应对其采取“限制重叠”或“有条件重叠”原则。即同一主体可以将自己的美术作品或外观设计图案申请商标注册或用作商品装潢,从而在事实上扩大商业外观的获权保护范围。但是这种权利重叠是有

⑤6 参见陶鑫良、袁富真:《知识产权法总论》,知识产权出版社2005年版,第264页。

⑤7 参见吴汉东:《财产权的类型化、体系化与法典化——以〈民法典〉(草案)为研究对象》,载《现代法学》2017年第3期,第32页。

⑤8 参见郑成思:《知识产权论》(第3版),法律出版社2003年版,第6-7页。

⑤9 参见前注⑤8,应振芳书,第36-46页。

⑥0 日本仙台高等裁判所平成12年(う)第63号著作权法违反被告事件参照。

条件的,例如,商标权客体须具备适格性要件,包括“标志的显著特征”(《商标法》第9、11条)、三维标志的“非功能性”要求(《商标法》第12条);同时,对该标志相关权利的保护也是有限制的,即使著作权、专利权与商标权并行不悖,其行使也要受到各专门法的限制,包括合理使用、强制许可、权利利用尽等。

在权利重叠的情形下,某一侵权行为可能同时侵害两种或两种以上的知识产权,在法律位阶相同的情况下,两项侵权责任的法效果彼此重叠,是为请求权规范的竞合。就此,依据有限保护原则,权利人可以选择对自己有利的保护方式,但不能同时主张两种以上的损害赔偿给付。换言之,在损害赔偿民事责任范围内,侵权人不应分别或同时承担两种以上的财产给付责任。这即是德国学者所称的“一重效果原则”——权利人只能获得一次给付,不允许获得“一重效果”以上的利益满足。^{⑥1}

(二) 权利共存的规制规范

民法意义上权利共存,是指不同的民事主体在一定条件下对同一客体可以同时享有不同的权利,这些权利同时存在且互不冲突,例如人格权中的知情权与隐私权、财产权中的物权与债权。上述权利有着明确的法律边界,其共存状态体现了民法对不同民事主体多元利益的尊重和保护。商业外观领域中的权利共存是对同一无形财产利益分享或共有的特别法律现象,通常指多个主体对同一知识产品拥有各自权利但相容共存的状态。在知识产权理论中,权利共存是对权利垄断的背离。一般认为,专有性是知识产权的基本特性,即在法律允许的范围内,权利人可以“垄断”知识产品的使用方式、使用范围以及使用价格,知识产权权能的核心在于排斥其他人对其知识产品的非法利用。^{⑥2}可以认为,商业外观权利共存制度是对知识产权专有性特征的矫正和补充,其构成要件如下:(1) 竞合权利分属多个主体。这与权利重叠中的同一主体独享多重权利的情形不同,“异主共存”的权利主体关系,主要包括不同权利申请人(或所有人)的关系、在先权利人与在后权利人的关系、许可人与被许可人的关系等。(2) 竞合权利指向同一对象。对同一对象赋予多个权利是权利共存产生的基础。同一对象可能是同一性客体,具有完全相同的客体构成要件,例如同一商标由两个以上的注册人分别使用;也可能是同一性的客观事物具有相同或近似的外部表现,例如商品装潢与其他商业外观为不同主体各自使用。(3) 竞合权利依法产生。处于共存状态权利须为合法的权利,其产生有相应的法律根据或合同依据,这与权利冲突中有瑕疵“权利”可能被撤销或被宣告无效的情形不同。竞合权利的合法性基础,以及权利之间的相容性与否,决定了权利纠纷解决的不同路径。^{⑥3}

在域外立法例中,一些国家有条件地承认知识产权的权利共存状况。在日本法中,在权利人获取权利时遵循了诚信原则且实际不发生混淆的情形下,法律允许对相同或类

^{⑥1} 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》(第3版),邵建东译,法律出版社2013年版,第68-70页。

^{⑥2} 参见前注^{⑥1},吴汉东书,第22页。

^{⑥3} 在权利共存中,解决法律纠纷的主要问题是使竞合权利实现合理规避,即权利关系的平衡;而在权利冲突中,产生争议的主要问题在于竞合权利是否合法存在,即侵权行为的认定。

似客体产生权利共存。^④日本《商标法》第29条、《外观设计法》第26条规定,在后取得的商标权或外观设计权与在先其他知识产权构成冲突的,在后权利不得在“相同领域内竞争使用”或“以商业化方式使用”。该项规定同时表明,在前述限定使用之外,法律允许一定条件下在后权利与在先权利的共存。

知识产权权利共存关系不同于物权法上的所有权共有关系,实质上是“不同主体—同一对象—多个权利”的法律产品构造。这种相容性权利竞合,事实上也会经常发生权益纠纷。其法律解决方案可作如下考虑:首先是立法完善。法律是分配利益、配置产权的制度工具,因此应制定和健全相关法律规范,明确相关权利边界,对依法取得权利的民事主体给予平等保护,以发挥知识产品的规模效益。其次是司法平衡。平衡思想是司法裁判中的核心原则,是协调不同利益关系的重要指引。因此,司法活动应着力消减权利共存中的不确定、不安定因素,以保障权利人各自合法利益的实现。具体而言,商业外观权利共存的法律治理应遵守如下规则:一是承认善意共存。权利善意共存制度旨在平衡在先权利人与善意使用人之间的利益关系。当事人在不损害市场秩序和消费者权益的前提下,可通过协议达成两个以上的权利善意共存的目的。这主要适用于字号与商标、装潢与商标、商标与商标的“商业标记共存”情形。欧盟和日本通过立法承认上述权利共存协议的效力,我国似可借鉴,允许经书面同意且不违反公共利益的善意共存协议。二是适用善意取得。民法上的善意取得制度,意在协调基于无权处分行为产生的善意受让人与物的所有人之间的利益冲突,维护交易安全、稳定市场秩序。知识产权领域似可取材上述制度,作为处理权利共存关系的法律规则。善意第三人通过合理对价并经正当形式取得商标使用权(商标权领域)或技术使用权(商业秘密领域)的,虽其取得商标或技术的权源不当,但在“诚信善意”的情形下仍可继续使用。三是规制权利行使。遵从“民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益”(《民法典》第132条)的规定,权利人应规范使用其授权客体,不得滥用权利;合理规避他人权能范围,防止权利冲突发生,保证权利共存在“权利限度”的状态下运行。四是督促义务履行。根据“民事主体行使权利时,应当履行法律规定和当事人约定的义务”(《民法典》第131条)的规定,权利人违反法定或约定的义务,例如商标权人未能履行商标使用的义务、在先权人超出原有使用范围的权益利用等,将会承担义务不履行的民事责任,包括权利终止的法律后果。

(三) 权利冲突的处理原则和规则

根据司法解释,“知识产权权利冲突,是指在同一种知识产品上同时存在多个相互矛盾的知识产权”;“在权利冲突争议中,一方当事人根据其享有的知识产权向对方提出诉讼请求,对方当事人以行使自己享有的知识产权为由进行抗辩形成的争议”。^⑤在多数权利冲突争议中,主张权利的请求方是为在先权利人,而被控侵权的抗辩方则为在后权

^④ 参见刘红:《我国知识产权权利冲突解决途径探析》,载《知识产权》2004年第6期,第42页。

^⑤ 参见《最高人民法院关于审理涉及知识产权权利冲突民事纠纷案件适用法律若干问题的解释(征求意见稿)》(2005年11月18日)。

利人。在少数情况下,在后权利人以合法存在的权利为由,指控在先权利人使用知识产品的事实状态构成侵权。解决上述知识产权权利冲突争议,必须秉持以下原则:

一是保护在先权原则。该原则是解决权利冲突争议的首要原则。在知识产权领域,权利授予“不得损害任何已有的在先权利”(《知识产权协议》第16条第1款)。就商业外观权利冲突而言,“申请注册商标应当有显著特征,便于识别,并不得与他人在先取得的合法权利相冲突”(《商标法》第9条第1款);“授予专利权的外观设计不得与他人在申请日以前已经取得的合法权利相冲突”(《专利法》第23条第3款)。关于保护在先权原则的正当性证成,有学者认为,这一原则是从物权法中的物权优先原则演化而来,体现的是知识产权“先来先得”精神,类似于物权取得中“先占”。^{⑥6}其实,权利原始取得的“先占”,植根于知识产权的法定主义原则。知识产权与物权具有排他权、支配权的相同属性,相较于债权而言具有优先效力和对抗效力。因此,从权利法定原则出发,依法取得的知识产权,对于任何第三人(包括在后取得相同权利的当事人)都具有优先保护和合法独占的效力。关于保护在先权原则的法律适用,有的国家采取“绝对保护原则”,即在任何条件下都对在先权利予以保护;有的国家则采取“相对保护原则”,即只有在先权利受到实质侵害条件下才予以保护,并有保护期限的制约。^{⑥7}笔者认为,在商业外观权利冲突争议中,知识产权法可根据不同情形规定不同适用规则:对在先存在权利的美术作品、外观设计禁止非法复制和使用,对他人在先存在的驰名商标不得以自己名义注册和使用,即适用“绝对保护原则”;而对于在先存在的商业标记类权利,则以造成混淆为侵权认定依据或权利无效事由,以排斥在后发生的权利,即适用“相对保护原则”。

二是利益平衡原则。该原则是对保护在先权原则的有益补充,同时也是对专利申请制、商标注册制的重要矫正,即在后权利人虽取得专利或商标授权,但先用权人得在原有的范围内继续制造与专利产品相同的产品,或继续使用与注册商标相同的商标。利益平衡原则适用于如下权利冲突的情形:在后权利人的权利须是善意取得、未造成对他人合理权益的损害(实质要件),同时也是依法取得、符合法律规定的授权程序(形式要件)。在这种情况下,在后权利人得以行使其合法权利,在先权利人可在一定范围内享有原有权益,但双方使用应附加识别标志。

三是诚实信用原则。该原则是民法的基本原则(《民法典》第7条)。知识产权专门法和反不正当竞争法也明文规定权利人在取得权利和行使权利的过程中,“应当遵循诚信原则,秉持诚实,恪守承诺”(《专利法》第20条、《商标法》第7条、《反不正当竞争法》第2条)。诚实信用原则是民事主体从事民事活动的行为准则,是人民法院解决知识产权冲突纠纷的裁判规则,它要求在后权利人在取得权利的过程中不得具有不正当意图,对他人在先权利尽到避让义务;在行使权利的过程中应当尊重在先权利,给予其足够的容忍和保障;同时也要求在先权利人规范合法地行使权利,不得滥用权利,不得利用

^{⑥6} 参见孔祥俊:《WTO 知识产权协定及其国内适用》,法律出版社2002年版,第353页。

^{⑥7} 参见李永明、张振杰:《知识产权权利竞合研究》,载《法学研究》2001年第2期,第101页。

其在先地位获取不正当利益。^{⑥⑧}

解决商业外观权利冲突争议,除依照上述各项原则指引外,还应适用有关专门制度规范,其中主要是专利无效宣告制度和注册商标撤销、无效制度。对于外观设计,如有存在不符合授权条件的情形,专利法设置了无效宣告程序,由专利申请人以外的其他人行使监督权,用以启动对错误授权专利的矫正审查。对于商标不具备注册条件而取得注册的,商标法设置了注册商标的无效宣告和撤销制度:前者系因商标不具备注册条件而取得注册,由法律赋予利害关系人和商标主管机关对该不正当注册进行事后补救(即无效宣告程序);后者涉及的注册商标本身无权利瑕疵,但因商标所有人不当使用或不使用商标而导致商标机关取消其后续效力(即撤销程序)。由此可见,在权利冲突争议中,在后权利人的取得权利和行使权利的法律后果有两种可能:一是权利来源合法且权利行使正当,即与在先权利构成前述的权利共存;二是权利取得有瑕疵或是权利行使不正当,即导致权利终止或构成侵权。

五、结 语

本文通过民法理论分析、司法实践总结和法律制度构想,对商业外观权利竞合问题作出探讨,旨在明晰法律规则,完善法律制度,为平衡知识产权利益冲突、规范市场竞争秩序提供有益思想资料。基于以上研究,笔者提出以下三点结论性意见:

第一,体系化规范建构问题。个案判决没有也不可能形成体系化的裁判规则,因此有必要制定具准立法价值的司法解释。最高人民法院曾草拟“知识产权权利冲突民事案件适用法律司法解释征求意见稿”,^{⑥⑨}但到目前为止,尚未就权利竞合纠纷民事裁判规则作出总体性、协调性的统一规定。在知识产权分散立法、权利重叠交叉的情况下,出台体系化司法解释尤为必要。在解决知识产权权益纠纷方面,司法解释具有弥补法律规范疏漏、总结立法经验、指导司法实践的重要作用。^{⑦⑩}

第二,类型化规范适用问题。司法机关在解决商业外观权利竞合纠纷时,采用或形成了一系列的原则和规则,例如保护在先权利原则、利益平衡原则、诚实信用原则、依法保护原则,以及非重复性规则、非混淆规则、合理规避规则等。上述原则规范,有的是为一般原则规定,具有普遍性的指引和约束功能,有的则是具体法律规则,须结合权利竞合具体类型、具体案件加以适用。对不同类型权利竞合,须适用不同的裁判原则和规则。

第三,相关法律关系问题。在民法学理论中,权利的竞合是为法条的竞合。就商业外观权利竞合而言,主要涉及反不正当竞争法与知识产权法的关系。在知识产权保护法律体系中,反不正当竞争法是与著作权法、专利法、商标法等知识产权专门法相并列的法

^{⑥⑧} 参见北京市第一中级人民法院知识产权庭课题组:《知识产权权利冲突的司法解决》,载《人民司法》2009年第1期,第87页。

^{⑥⑨} 参见前注^{⑥⑧},《最高人民法院关于审理涉及知识产权权利冲突民事纠纷案件适用法律若干问题的解释(征求意见稿)》。

^{⑦⑩} 参见前注^①,王莲峰书,第158页。

律制度。国际公约强调两者在立法体例和功能规范上具有同位性、平行性、互补性的关系。^⑪两者都是民法典项下的专门法律,它们之间不是民事特别法与民事一般法的相互关系。^⑫换言之,知识产权法与反不正当竞争法应是互补关系而非包容关系,作为一般意义上的法条竞合,其法律适用互不优先。因此,在商业外观权益纠纷中,遇有两法交叉或重叠规定,应视为一般法条竞合纠纷,由当事人选择适用。

总体说来,上述问题涉及法律价值判断、原则规范选择、裁判立场取向等各个方面,未来法律构造应关注商业外观领域的立法框架安排和司法政策协调,着力体现权利竞合中的体系性、协同性和非冲突性的应然规范要求。

Abstract: Trade dress encompasses a variety of elements such as packaging, design, color, and image, which collectively form a distinctive visual impression of a product or service. These elements, whether considered individually, in part, or as a whole, can be the subject matter of different rights and legal interests, involving the regimes concerning rights to business identifiers and creative achievements. This issue spans two jurisdictions: intellectual property law and anti-unfair competition law. The multiple elements and interests embedded in the same trade dress give rise to the concurrence of multiple property rights. In judicial practice, the concurrence of different intellectual property rights—such as the legal interests in product packaging, figurative trademark rights, design patent rights, and copyrights in works of fine art—can be categorized into different types, including cumulation, concurrence, and conflict of rights. The concurrence of rights is essentially the concurrence of legal provisions. Resolving the issue of concurrence of rights in trade dress is a process of choosing between legal value objectives and judicial policy positions. The key aspects of constructing and applying legal principles and rules include: curtailing the cumulation of rights vested in the same right holder and reasonably allocating entitlements; recognizing the concurrence of rights among multiple rights holders and regulating the exercise of their respective rights; and resolving disputes arising from conflicts of rights among different right holders and clarifying the legal consequences of ‘defective’ rights. The future legal framework for trade dress intellectual property should strive to reflect normative requirements of systematization, coordination, and non-conflict.

(责任编辑:任彦)

^⑪ 《保护工业产权巴黎公约》将制止不正当竞争与智力创造成果和工商业标记纳入工业产权的保护对象;世界知识产权组织《反不正当竞争示范规定》强调该法的适用“应不依赖”“并应补充”任何保护专利、商标、作品等知识产权主题的立法规定。

^⑫ 有学者认为,反不正当竞争法对知识产权的保护具有兜底和补充的性质,这决定了其与专门的知识产权法是一般法与特别法的关系。参见王先林:《竞争法学》(第4版),中国人民大学出版社2023年版,第41页。