

实用艺术作品在 著作权法上之独立性

冯晓青 付继存*

内容提要：实用艺术作品纳入著作权法保护体系，是实现著作权法保护和鼓励创作、促进文化科学事业发展与繁荣之立法宗旨的重要方面。但是，我国著作权法对实用艺术作品的保护缺乏内在一致性。在二十余年的法律适用过程中，立法的模糊处理、理论上的争执、司法的摸索以及学理与司法实践的脱节始终纠缠在一起，影响人们的认识及司法裁判的合理统一。为了明晰保护逻辑、界定保护对象与范围、规范法律规则的适用、促进实用艺术作品相关产业的发展，应当在著作权法上明确实用艺术作品的独立地位，即将其作为著作权法中一类独立的受保护的客体，并将其界定为玩具、家具、饰品等实用功能与审美意义整体产生的空间艺术作品，以彰显其独立于美术作品的特质。在著作权法语境下，实用艺术作品的实用功能不受保护，应当纳入著作权法中的公共领域为人们自由地使用，这是法律评价的结果，并成为艺术部分获得著作权法保护的代价。

关键词：著作权法 实用艺术作品 实用性 艺术性 公共领域

引言

实用艺术作品是在艺术渗入生活的背景下形成的既具有审美意义又能满足人们日常生活需要的特殊作品，因而具有典型的“二象性”。其艺术性特质是美感表达形式，器具性特质是实用物品。“二象性”与知识产权各部门法客体属性的单纯性之间存在着天然张力，使得实用艺术作品可以在部门法之间往返跳跃。对此，《保护文学艺术作品伯尔尼公约》（下称《伯尔尼公约》）虽然规定成员国有义务予以保护，但将保护模式留给成员国选择，且将

* 冯晓青，中国政法大学民商经济法学院教授；付继存，中国政法大学民商经济法学院助理研究员。

本文系国家社科基金重大项目“创新驱动发展战略下知识产权公共领域问题研究”（项目批准编号：17ZDA139）的阶段性成果之一。

著作权法保护作为缺省规则。〔1〕《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPs 协议)一方面接受《伯尔尼公约》的规定,另一方面又对工业品外观设计尤其是纺织品外观设计适用著作权法作出指引。〔2〕由此可以推断,实用艺术作品是否兼容于著作权法,完全取决于各国的立法选择。

我国著作权法一直以来既未明确排除、又未全面规定实用艺术作品的保护。现有研究多从法律适用的角度解释其在我国著作权法上的地位。根据国务院 1992 年颁行的《实施国际著作权条约的规定》第 6 条与《著作权法实施条例》及其历次修订关于美术作品的规定,与实用艺术作品有关的著作权法规范具有朝不同方向解释的可能性。肯定者认为,“美术作品可以扩大解释,包括实用艺术作品与纯美术作品”。〔3〕而且,在艺术品这一点上,“保护实用艺术作品与保护一般美术作品,没有本质上的区别”。〔4〕或者,“如果我们把著作权法对实用艺术品的保护定义为对其‘艺术’方面的保护……可以将实用艺术作品划入美术作品的范畴”。〔5〕反对者则认为,这一解释会使我国著作权法违背《伯尔尼公约》第 5 条第 1 款确定的国民待遇原则,造成歧视外国实用艺术作品的后果;〔6〕也会影响工业品外观设计专利制度的发展。〔7〕解释的冲突意味着规范的内在逻辑尚待理顺。

在我国著作权法第三次修改过程中,草案起草者将实用艺术作品列为独立作品类型的积极尝试并未获得普遍赞同。赞同者认为此举利于消除中外实用艺术作品保护的双重待遇,也能为司法实践提供明确的法律依据。〔8〕同时,根据修改后的规范产生的交叉保护问题,可以通过“可分离性原则、美感表达和艺术上的独创性等实质性条件的限制,私人复制的合理使用规则的利用以及知识产权诉讼规则的限制”而重新获得平衡。〔9〕反对者则认为这一修改并没有解决实质性问题,既不利于实用艺术作品的法律保护,又会冲击到外观设计专利制度。〔10〕

这种分歧可以归结为实用艺术作品作为独立作品类型的方案论证尚不充分。其中的核心问题是缺乏实践路径的正当性证明,即从实用艺术作品著作权保护立法与司法实践的内在矛盾、实用艺术作品的独特性来说明改变其在现行法中地位的必要性以及将其单列能够

〔1〕 该公约第 2 条之一明确将“实用艺术作品”作为“文学和艺术作品”的一种类型。但是,其第 7 条之四规定,“在起源国仅作为平面与立体设计受到保护的作品,在本同盟其他成员国只享受各该国给予平面和立体设计的那种专门保护”。同时,为了避免实用艺术作品在成员国得不到法律保护,该条之四还规定,如在该国并不给予这种专门保护,则这些作品将作为艺术作品得到保护。可见,公约是将著作权保护作为缺省规则的。

〔2〕 根据 TRIPs 协议第 25 条第 1 款的原文 (Members shall provide for the protection of independently created industrial designs that are new or original),工业品外观设计的保护条件是选择性的,而且新颖性 (novelty) 与原创性 (originality) 是并列关系。其第 2 款则直接指出纺织品外观设计可选择著作权法保护,并且,适用著作权法保护并非优先适用,而是选择适用。

〔3〕 参见李顺德、周详:《中华人民共和国著作权法修改导读》,知识产权出版社 2002 年版,第 47 页。

〔4〕 郑成思:《版权法》,中国人民大学出版社 1997 年版,第 105 页。

〔5〕 李明德、许超:《著作权法》,法律出版社 2009 年版,第 45 页。

〔6〕 参见周林等:《英特莱公司、乐高海外公司与东莞市乐趣玩具实业公司专利权、著作权、不正当竞争纠纷案》,载中国社会科学院知识产权中心、北京市高级人民法院民事审判第三庭编:《知识产权办案参考》第 6 辑,中国方正出版社 2003 年版,第 118 页。

〔7〕 参见胡康生主编:《中华人民共和国著作权法释义》,法律出版社 2002 年版,第 18 页。

〔8〕 参见孟祥娟:《实用艺术作品宜为著作权独立的保护对象》,《学术研究》2013 年第 3 期,第 50 页。

〔9〕 参见吕炳斌:《实用艺术作品交叉保护的证成与潜在风险之化解》,《法律科学》2016 年第 2 期,第 146 页。

〔10〕 参见管育鹰:《实用艺术品法律保护路径探析——兼论著作权法的修改》,《知识产权》2012 年第 7 期,第 58 页。

恰当地实现这一诉求的理由。因此,本文立足于我国实用艺术作品司法保护实践,运用案例研究与比较分析方法,对实用艺术作品著作权保护的现状进行实证分析,然后将这种困境的产生原因归结为立法缺位。在司法实践业已倒逼立法的背景下,突破困局的关键是根据著作权法理论、实用艺术作品的美学属性重新界定实用艺术作品的内涵,并基于此论证实用艺术作品具有独立地位的正当性,提出彰显其独立地位的制度安排。

一、实用艺术作品著作权法保护的现状及困境

我国实用艺术作品著作权保护的困境在于,著作权法只关注艺术表达形式,从而使得包括实用艺术作品、纯美术作品等在内的客体具有相同的法律属性,也使得实用艺术作品著作权保护的观念与实践容易忽视美学属性上的差别及其对保护策略的影响。

(一) 法律规范不明确

1990年著作权法只规定了美术作品,并没有明确实用艺术作品的独立地位。在草案讨论时,关于“实用美术作品”能否成为著作权的对象,争论一直比较大,直到最后也没有结论,所以没有纳入当时的法律文本。^[11]甚至根据其第7条的规定,^[12]基于在科学技术作品法律保护中,工业产权法优先于著作权法适用的原理,^[13]还能得出实用艺术作品不能获得著作权法保护的结论。理由在于:从其第7条使用的“应当”一词分析,优先适用工业产权法并不以已经实际申请专利为条件,否则就应当表述为“科学艺术作品中已经由专利法、技术合同法等法律保护的,适用专利法、技术合同法等法律的规定”。这意味着,即便一件与实用艺术作品相重叠的外观设计并未申请专利,由于其可以纳入专利法保护,也不能获得著作权法的保护。

在著作权行政法规层面上,依然不能得出著作权法保护实用艺术作品的结论。《著作权法实施条例》是由国务院颁行的作为下位法的行政法规,其规定自然应与作为上位法的著作权法的规定相一致,只不过需要对著作权法规定的内容加以具体化。关于“美术作品”的规定就是如此。著作权法(1990)第3条第4项明确了“美术、摄影作品”作为一类受保护客体,但并未界定美术作品的内涵和外延。为此,《著作权法实施条例》(1991)第4条第7项专门规定了美术作品的定义,即它是指“绘画、书法、雕塑、建筑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品”。从该规定中,仍然看不出美术作品涵盖了实用艺术作品,因为如后面所论,尽管实用艺术作品纳入著作权法保护的基础是其中的独创性与艺术性,实用艺术作品与美术作品在作为“艺术作品”这一点上具有共同点,但毕竟成为实用艺术作品还需要具有“实用性”这一条件。即便将“平面或立体造型艺术作品”作为美术作品的属概念,也不能基于实用艺术作品与“立体造型艺

[11] 参见前引[4],郑成思书,第106页。另据权威意见,当初未将实用艺术作品明确列为著作权客体,是考虑到它与纯美术作品、工业品外观设计和工艺美术品均不易区分。参见姚红主编:《〈中华人民共和国著作权法〉解释》,群众出版社2001年版,第58页。

[12] 该条规定:“科学技术作品中应当由专利法、技术合同法等法律保护的,适用专利法、技术合同法等法律的规定。”

[13] 参见许超:《浅论实用艺术作品和工业品外观设计保护》,《中国专利与商标》1996年第1期,第61页。

术作品”在逻辑上的被包含关系以及著作权法只保护实用艺术作品艺术成分的原理，将其解释为美术作品。否则，会造成实用艺术作品可以同时适用著作权法与专利法的后果，违背著作权法（1990）第7条的规定。换言之，《著作权法实施条例》将三维的美术作品解释为“立体造型艺术作品”，仅是针对雕塑、建筑作品这一类立体造型艺术作品，无法解释为包含了实用艺术作品。

同样由国务院颁行、与《著作权法实施条例》（1991）在法律地位上同位阶的《实施国际著作权条约的规定》（1992）也暗示1990年著作权法及其实施条例并未保护实用艺术作品。否则，为履行《伯尔尼公约》规定的义务而颁布的《实施国际著作权条约的规定》，就没有必要在第6条明确赋予外国实用艺术作品25年的著作权保护。可以认为，1990年著作权法并不保护实用艺术作品，为了履行国际公约的义务，我国只对国外的实用艺术作品提供保护。

2001年著作权法将原第7条删除，不再禁止实用艺术作品同时受著作权法与专利法的保护，从而消除了双重保护的法律障碍。但是，其既未明确实用艺术作品的地位，又对《实施国际著作权条约的规定》未置可否。如此一来，作为下位法的《著作权法实施条例》（2002）可否包含实用艺术作品，依然不清晰。

基于此，2001年著作权法修改后，学者、立法机关工作人员依然有两种截然相反的观点：一是从知识产权法律体系来探究立法者本意，认为我国著作权法并不保护国内实用艺术作品。^[14]其理由在于：虽然依据不同的法律规范，国内外实用艺术作品的可版权性与保护条件不存在差别，但是依然有效的《实施国际著作权条约的规定》为外国实用艺术作品的保护规定了专门的保护期。如果按照2001年著作权法及其实施条例将国内实用艺术作品作为美术作品来保护，同时按照《实施国际著作权条约的规定》保护国外实用艺术作品，则涉嫌歧视国外实用艺术作品。^[15]二是忽略《实施国际著作权条约的规定》的相关内容，以《著作权法实施条例》规定美术作品包含平面或立体造型作品为由，认为我国著作权法以美术作品涵盖实用艺术作品。^[16]这意味着2001年的修法并没有实质性地解决实用艺术作品著作权法保护的难题。

（二）司法实践中的理解不统一

立法上对国内实用艺术作品保护缺乏明确规定，必然给司法实践中对实用艺术作品著作权纠纷的解决带来法律适用上的困难和混乱。通过研究近些年来的著作权法案例可以发现，我国司法实践对于国内外实用艺术作品均予以保护。在保护对象的指称上，涉外与国内案例均存在将其称为实用艺术（作）品^[17]或者具有实用价值（功能）的艺术（美术）

[14] 参见前引〔7〕，胡康生主编书，第18页。

[15] 原因在于，著作权法为自然人作者享有的美术作品著作权规定了作者生前+死亡后50年的保护期，为法人或其他组织享有的美术作品著作权规定了50年的保护期。而《实施国际著作权条约的规定》为国外作者享有的实用艺术作品著作权规定了25年的保护期。

[16] 参见前引〔5〕，李明德等书，第44页；张今：《著作权法》，北京大学出版社2015年版，第35页。

[17] 具有开创性意义的是英特莱格公司与可高（天津）玩具有限公司著作权纠纷案（“可高案”）（北京市高级人民法院（2002）高民终字第279号民事判决书）。另外，笔者2017年5月25日在中国裁判文书网上使用关键词“实用艺术品”、“实用艺术作品”进行全文检索，共搜集到28则有效案例，其中22则案例使用了实用艺术品或实用艺术品的概念，且未论述实用艺术作品与美术作品的关系。

作品、实用美术作品等相似称谓的情形。^[18]对“实用”与“美术作品”这一组合概念，与其相信该词“应当是不准确的”，^[19]毋宁相信这反映了法官在创造实用艺术作品概念与演绎现有美术作品概念之间的踌躇与谨慎。在美术作品前面加上修饰性的“实用”字样，会减弱公众对法官造法的质疑，顺理成章地打开对实用艺术作品适用美术作品保护规则的通路。在保护特点上，无论是国内实用艺术作品还是国外实用艺术作品，予以保护的的主流思想均是在美术作品框架内认定其艺术成分。立足于与美术作品的关系来对实用艺术作品进行司法保护的原因是：虽然如前所述，著作权法及其实施条例均未明确实用艺术作品是著作权的客体，但也没有明确排除实用艺术作品成为受保护的客体，^[20]而给予著作权保护又具有理论上的正当性，且已经给予国外实用艺术作品以著作权保护，因而占主导地位的观点认为可以从美术作品及其定义中合理地解读出实用艺术作品，这也成为司法能动解释的主要依据。而且，国外作者请求将其实用艺术作品作为美术作品予以保护，在解释论上也具有可行性，并且事实上我国立法与司法实践均不能以作品来源国的不同来否定国外作者请求将实用艺术作品作为美术作品予以保护的主张。如此一来，包括保护期差别在内的“歧视待遇”实际上被不涉及此类问题的个案忽略了。《实施国际著作权条约的规定》第6条的规定被司法机关视为实用艺术作品可以作为美术作品受著作权保护的参考和指引。

在将实用艺术作品作为美术作品予以保护时，我国司法实践的论理策略主要有两种：一种方式是不区分实用功能，直接考察艺术成分的独创性。在美国复兴地毯公司与山东省特艺品进出口公司、河北省吴桥县对外经济贸易局瑞丰公司侵犯著作权纠纷案（“复兴地毯案”）、^[21]法国美誉国际公司诉汕头市佳柔精细日化有限公司侵犯著作权及不正当竞争纠纷案（“法国美誉案”）、^[22]欧可宝贝有限公司诉慈溪市佳宝儿童用品有限公司等侵犯著作权纠纷案（“欧可宝贝案”）、^[23]乐高公司诉广东小白龙玩具实业有限公司等侵犯著作权纠纷案（“乐高案”）、^[24]菲维亚珠宝有限两合公司与中山众华堂工艺品有限公司、珠海众华堂珐琅首饰研发中心著作权权属、侵权纠纷案（“菲维亚案”）^[25]等涉外案例，以及景德镇法蓝瓷实业有限公司与潮州市加兰德陶瓷有限公司侵犯著作财产权纠纷案（“法蓝瓷案”）、^[26]孙闽峰与罗水根著作权权属、侵权纠纷案（“孙闽峰案”）、^[27]无锡龙之器商贸有限公司与

[18] 北京市高级人民法院在“胡三三与裘海索、中国美术馆侵犯服装设计著作权案”（“胡三三案”）判决中使用了“实用美术作品”这一称谓（（2001）高知终字第18号民事判决书）。北京市第二中级人民法院在“布隆姆伯格工业有限公司诉中山市巨光灯饰有限公司等侵犯著作权纠纷案”（“布隆姆伯格案”）中，将原告的灯具产品认定为“具有实用功能的美术作品”（（2006）二中民初字第17315号民事判决书）。江苏省高级人民法院在“左尚明舍家居用品（上海）有限公司与北京中融恒盛木业有限公司等著作权权属、侵权纠纷案”（“左尚明舍案”）中，使用了“具有实用价值的艺术作品”这一称谓（（2015）苏知民终字第00085号民事判决书）。

[19] 参见陈锦川：《著作权审判原理解读与实务指导》，法律出版社2014年版，第16页。

[20] 2001年著作权法第5条关于不适用于该法规定的客体，并不包含实用艺术作品。

[21] 参见山东省青岛市中级人民法院（1998）青知初字第67号民事判决书。

[22] 参见北京市高级人民法院（2005）高民终字第1564号民事判决书。

[23] 参见北京市第二中级人民法院（2008）二中民初字第12293号民事判决书。

[24] 参见最高人民法院（2013）民申字第1269号民事裁定书。

[25] 参见广东省中山市中级人民法院（2016）粤20民终1574号民事判决书。

[26] 参见厦门市中级人民法院（2009）厦民初字第258号民事判决书。

[27] 参见广东省中山市中级人民法院（2014）中中法知民终字第230号民事判决书。

德化县辉跃经典陶瓷有限公司著作权权属纠纷案（“无锡龙之器案”）、^[28]张冬晔与韩童著作权权属、侵权纠纷案（“张冬晔案”）^[29]等国内案例中，法院要么直接将涉案作品表述为美术作品、立体美术作品、立体造型艺术作品等美术作品类概念，要么将实用艺术作品归入美术作品，然后直接就其独创性进行判定，并未明确作品的独特性与判断要件。

另一种方式是注重论证实用艺术（作）品纳入美术作品的正当性。正当性论证可分为四类：一是采用实用成分与艺术成分在物理或观念上的可分离标准。这方面的代表性案件有爱禄睦国际股份有限公司与惠州新力达电子工具有限公司、深圳市新亚工具连锁店有限公司著作权、知名商品特有包装侵权纠纷案（“爱禄睦案”），^[30]英特宜家系统有限公司与台州市中天塑业有限公司著作权纠纷案（“英特宜家案”），^[31]MGA娱乐公司、温庆浩著作权权属、侵权纠纷案（“MGA案”），^[32]东莞市捷进安防用品有限公司与阿迪达斯有限公司、赵雨勇著作权侵权纠纷案（“捷进安防案”），^[33]汕头市澄海区华彩科艺工贸有限公司与斯平玛斯特有限公司著作权侵权纠纷案（“华彩科艺案”），^[34]深圳市三菱文具有限公司与三菱铅笔株式会社不正当竞争纠纷案（“三菱文具案”），^[35]浙江克虏伯机械有限公司诉蓝盒国际有限公司等著作权权属、侵权纠纷案（“蓝盒国际案”）^[36]等涉外案例，以及北京中航智成科技有限公司与深圳市飞鹏达精品制造有限公司著作权侵权纠纷案（“中航智成案”）^[37]等国内案例。

二是一般公众标准。在厦门华海达复合材料有限公司诉厦门瑞川复材科技有限公司著作权侵权纠纷案（“华海达案”）^[38]以及无锡龙之器商贸有限公司诉德化县辉跃经典陶瓷有限公司著作权侵权纠纷案（“宜兴龙之器案”）^[39]中，法院认为实用艺术作品是否具备艺术性取决于一般公众是否认为其为艺术作品。

三是程度标准。在黄炳登与中山麦杰婚纱有限公司、袁选贵、郑素莲侵害著作权纠纷案（“黄炳登案”）^[40]与上海发勋帝贺商贸有限公司与广州万想贸易有限公司侵害著作权纠纷案（“发勋帝贺案”）^[41]中，法院则认为适于保护的实用艺术作品应当具有较强的或者更具有艺术欣赏性。

四是非工业化标准。在广东大哥大集团有限公司与三六一度（中国）有限公司著作权权属、侵权纠纷案（“大哥大案”）中，^[42]没有大批量生产即意味着并非以实用为主要目

[28] 参见江苏省无锡市中级人民法院（2016）苏02民终01963号民事判决书。

[29] 参见山东省济南市中级人民法院（2017）鲁01民终998号民事判决书。

[30] 参见广东省高级人民法院（2006）粤高法民三终字第45号民事判决书。

[31] 参见上海市第二中级人民法院（2008）沪二中民五（知）初字第187号民事判决书。该案还是《最高人民法院公报》2010年第7期公布的案例，具有示范与指导意义。

[32] 参见广东省高级人民法院（2015）粤高法民三终字第74号民事判决书。

[33] 参见广东省深圳市中级人民法院（2015）深中法知民终字第1224号民事判决书。

[34] 参见广东省高级人民法院（2015）粤高法民三终字第504号民事判决书。

[35] 参见上海市第一中级人民法院（2013）沪一中民五（知）终字第170号民事判决书。

[36] 参见上海市第一中级人民法院（2015）沪一中民五（知）终字第30号民事判决书。

[37] 参见北京市高级人民法院（2014）高民（知）终字第3451号民事判决书。

[38] 参见福建省厦门市中级人民法院（2013）厦民初字第963号民事判决书。

[39] 参见江苏省宜兴市人民法院（2015）宜知民初字第70号民事判决书。

[40] 参见广东省中山市中级人民法院（2013）中中法知民终字第41号民事判决书。

[41] 参见广东省广州市南沙区人民法院（2013）穗南法知民初字第423号民事判决书。

[42] 参见福建省高级人民法院（2014）闽民终字第680号民事判决书。

的。然而，在“左尚明舍案”^[43]中，“可用于工业化大批量生产”是“具备可复制性和实用性”的理由，非工业化标准反而成为复制性与实用性的阻碍因素。

其中，可分离标准、程度标准与美国法上的可分离原则^[44]、主要/次要标准^[45]具有异曲同工之处，都将带来实用艺术作品判断的主观化与偶然性，影响法的安定性。一般公众标准与商标法上的消费者标准具有相似的抽象性，即便不是模糊的，也容易陷入主观臆断。而且，将一般消费者认知的显著艺术性引入到作品的实务判断中，无疑割裂了作品与作者的天然联系，与著作权法一脉相承的、充满个人主义色彩的先验假设即作品是作者的智力创造性劳动成果并不相称。非工业化标准与将实用艺术作品界定为手工艺品的传统观念相一致。根据我国《传统工艺美术保护条例》，传统工艺美术品具有欣赏性和手工制作的特点。以日本、我国台湾为代表的传统观点也认为应从工业制作与手工制作或者单品制作与多量生产的区分来界定实用艺术作品。^[46]实用艺术作品的内涵已经出现了国际趋同性，即“适于作为实用物品的艺术作品，不论是手工艺还是按工业规模制作的作品”^[47]都是实用艺术作品。再以非工业化标准为依据显然已经不合时宜。因此，且不论规范适用的合法性问题，我国司法实践采用的四项标准存在着要么过于主观，要么已经过时的问題。

无疑，司法实践中无论将实用艺术作品纳入何种性质的作品，在认定涉案对象能否满足著作权法保护的条件下，都离不开对作品独创性的判断。然而，著作权法上作品独创性的判断本身具有一定的复杂性，甚至对于独创性概念本身也存在分歧。就实用艺术作品的独创性判断而言，分歧点在于应当遵循的标准。第一种观点是“可高案”确立的较高创造性标准。^[48]在此，法院更多地使用“艺术创作程度”，并颇有争议地提出艺术创作程度的判断标准是“应使一般公众足以将其看作是艺术品”。显然，法院为了提高独创性门槛，保护公共领域免遭侵蚀，使用了较高程度的艺术美感这一标准，又为了避免陷入艺术判断的泥淖，使用了“一般公众”这一抽象主体。在前述“爱禄睦案”、“MGA案”、“捷进安防案”、“蓝盒国际案”等案件中，法院依然遵循“一定的艺术创作高度”或“较高独创性”标准。第二种观点是实用艺术作品的独创性与其他类别作品的独创性的标准相一致。^[49]这一标准得到了最高人民法院的认可。^[50]但实际结果可能是导致“对实用艺术作品的独创性提出较高的要求”。^[51]因为实用艺术作品的艺术创作受制于实用功能，可以自由创作的空

[43] 参见前引〔18〕，“左尚明舍案”民事判决书。

[44] See Robert C. Denicola, *Applied Art and Industrial Design: A Suggested Approach to Copyright in Useful Articles*, 67 Minn. L. Rev. 707, 741 (1983).

[45] See *Kieselstein-Cord v. Accessories by Pearl, Inc.*, 632 F.2d at 993.

[46] 不过，进入21世纪以来，日本的判例已经突破这一界限。我国台湾也认为，即使不是单品制作，只要具有强烈的鉴赏色彩，也可受到著作权法的保护。参见罗明通：《著作权法论》（I）（第四版），台湾台英国际商务法律事务所2002年版，第186页以下，第192页以下。

[47] 参见世界知识产权组织编：《著作权和邻接权法律术语汇编》，刘波林译，北京大学出版社2007年版，第9页。

[48] 参见前引〔17〕，“可高案”民事判决书。

[49] 参见前引〔25〕，“菲维亚案”民事判决书。也有法官持该观点。参见前引〔19〕，陈锦川书，第17页；沈志先：《知识产权审判精要》，法律出版社2010年版，第34页。

[50] 最高人民法院认为，美术作品的独创性要求体现作者在美学领域的独特创造力和观念。对于那些既有欣赏价值又有实用价值的客体而言，其是否可以作为美术作品保护取决于作者在美学方面付出的智力劳动所体现的独特个性和创造力。从表述看，实用艺术作品的独创性要求与美术作品相一致，都要求体现“美学领域的独特创造力”。参见前引〔24〕，“乐高案”民事判决书。

[51] 参见吕炳斌：《实用艺术作品可版权性的理论逻辑》，《比较法研究》2014年第3期，第80页。

间相对有限,同等程度的独创性要求对实用艺术作品而言就是较高的创作要求。第三种观点主张实用艺术作品的创造性判断标准不应过高,理由在于实用艺术作品的设计空间经常因为功能的因素而受限。^[52]甚至,对实用艺术作品的独创性判断应当适当低于纯美术作品。^[53]这种观点将实用功能对创作行为的影响考虑进来,可以说是实用功能使独创性的判断变得复杂起来。同时,也有判决从元素的选择、组合、排列等方面来认定实用艺术作品的独创性,陷入汇编作品的独创性判断思路中。^[54]由此而言,实用艺术作品的独创性标准并未因最高人民法院在2013年“乐高案”的释明而清晰。

(三) 实用艺术作品著作权法地位的反思

司法的不同论理策略保证了实用艺术作品著作权保护的内外一致,但却产生了更深层次的问题。问题的关键在于司法实践将实用艺术作品作为美术作品的亚类是否具有妥当性。艺术方面的一致性没有为美术作品、建筑作品、舞蹈、杂技、曲艺、音乐、戏剧等作品类型的统一提供充分理由,同样也不能作为将实用艺术作品纳入美术作品的足够理由。如果实用艺术作品的保护确实有别于纯美术作品,将其单列无疑是比较合理的选择。司法处理方案缺乏正当性证明,只是务实策略,难以自证妥当性。解决问题的关键是如何界定实用艺术作品、如何明确实用艺术作品的内涵及其在著作权法上独立性的正当性。

二、实用艺术作品的界定

明确界定实用艺术作品是说明其独立地位的先决条件。但是,何谓实用艺术作品依然存在模糊之处。首先,从本次著作权法的修改情况来看,实用艺术作品的定义并没有形成一致表述。^[55]核心问题在于如何描述其实用性与艺术性特征,并理清其与美术作品的关系。其次,在司法实务中,平面印刷品、印花布花型等艺术成分可独立存在的作品与家具、饰品、陶瓷等实用性与艺术性同时存在的作品均被认定为实用艺术作品。这种泛化理解已经使实务中接纳的实用艺术作品与真正的实用艺术作品大异旨趣。因此,有必要立足于著作权法的基本原理来界定实用艺术作品。

(一) 实用艺术作品的内涵

本文认为,实用艺术作品是具有实用性并表现出创作者审美情趣的作品,因而兼具实用性与艺术性特征。其中的核心问题莫过于实用性与艺术性的结合与分离。通常,艺术性

[52] 具体案例包括前引〔29〕,“张冬暉案”。另有研究论文持该观点。参见譙荣德、蒋南頔:《工业产品外观设计著作权保护浅析》,《中国知识产权》2010年第12期,第69页。

[53] 参见丁丽瑛:《实用艺术品的著作权保护》,《政法论坛》2005年第3期,第138页。

[54] 参见前引〔40〕,“黄炳登案”;前引〔18〕,“左尚明舍案”。另参见永福有限公司与黄锡鑫、上海都易贸易有限公司侵害作品复制权、发行权纠纷案(“永福案”),上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民五(知)终字第107号民事判决书。

[55] 我国现行著作权法正处于修改之中。十二届全国人大常委会立法规划已将其列入第一类项目。著作权法修改草案第一稿(2012年3月)第3条第9项将实用艺术作品定义为“具有实际用途的艺术作品”。第二稿(2012年7月)对这一概念进行了完善,即“实用艺术作品,是指具有实际用途并有审美意义的作品”。第三稿(2012年10月)对这一概念又作了补充,即“实用艺术作品,是指玩具、家具、饰品等具有实用功能并有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品”。国家版权局报请国务院审议的著作权法修改草案送审稿(2014年6月9日)第5条第9项采纳了第三稿的定义。目前,该送审稿仍处于征求意见阶段。

与实用性的结合有两种方式：一是艺术作品被用于实用品的设计中，这种结合是随机的、可变的，因而也是可以物理分离的。二是实用艺术作品被整体创作出来，兼具实用性与艺术元素。这种结合是整体性的、相互依存的，因而也是不可物理分离的。

如果不考虑可否物理分离而界定实用艺术作品，就会使由这两种结合方式产生的作品都被纳入著作权法保护。如此一来，采用第一种结合方式产生的实用艺术作品的艺术部分就面临保护的重叠与冲突。一方面，单独的艺术作品受到著作权法的保护；另一方面，结合后的实用艺术作品的艺术部分又受到著作权法保护。实用艺术作品与美术作品在保护期限与权利内容上的不同会将这种重叠保护情形推向相互矛盾的境地，即如果按照前者予以保护，则可能获得较短期限的保护，如果按照后者予以保护，则可能获得较长期限的保护。在更深层意义上，笔者认为将通过这种结合方式产生的作品视为实用艺术作品，实际上是混淆了作品与作品载体的界限。^[56]无论是器皿容器、用具还是纸张、布帛、木材等，都只是美术作品的载体而已，并没有改变作品的表现形式，也没有改变作品。^[57]《实施国际著作权条约的规定》将第一种结合方式排除在外。参与立法者认为，这一做法是实用艺术作品同纯美术作品的区别所在。^[58]

就第二种结合方式而言，如果实用功能限制了其表达的选择空间，或者说只能有一种表达方式，实用性与艺术性完全结合在一起，即便艺术性确实存在，也会丧失著作权法保护的基础。其理由在于：如果著作权法保护实用性，就会破坏著作权法与专利法的融洽关系，并突破著作权法的逻辑一致性。实用性表征的是物品的实际用途、功能或者效果，是授予专利权的必要条件之一。如果著作权法与专利法共同使用这一要件，其客体的实质性要素就会存在部分重叠，原本泾渭分明的关系会被打破，同时著作权法客体以艺术性为内涵的逻辑前提就会被动摇，自治性也将受损。

因此，逻辑上比较恰当的界定方式是实用艺术作品的实用性与艺术性在物理上无法分离，但是在观念上可以分离。所谓物理上无法分离，是指实用艺术作品以物品形态存在，兼具实用性与艺术性，无法在空间上分离出实用性部分与艺术性部分。观念上可以分离，则是指以物品形态存在的实用艺术作品既具有实用性，也给人以艺术美感，两种属性可在人的意识观念层面上产生区分。例如一个艺术台灯，艺术性部分与台灯的照明功能是结合在该物品上的，无法在空间上产生区隔，否则台灯将会毁损；但是在普通人的观念上，该件台灯除了照明功能之外还有美感意义，能够产生审美体验，这两者是可以独立存在的。这一界定的合理性在于：第一，进一步厘清了作品与载体的关系。实用性与艺术性在物理上可分离就意味着两者在表达方式上可以彼此脱离而独立存在。当两者分离时，艺术性依然存在，这就表明实用性的任何部分对艺术性均没有贡献，作品的情感、意志、思想、选择、判断等只存在于艺术性之中，实用部分只为艺术部分的存在提供载体。既然作为著作权保护的“灵魂”的艺术性是完整的，艺术性就可以在不同载体中展现，也成为可以复制

[56] 参见前引[51]，吕炳斌文，第68页；张伟君：《实用艺术作品著作权法保护与外观设计专利法保护的协调》，《知识产权》2013年第9期，第53页。

[57] 在“溧阳市一壶春茶业有限公司与周丽等侵犯著作权纠纷案”中，“精品新芽”茶叶包装使用了美术作品，其实就涉及美术作品载体与实用艺术作品的区分。参见江苏省高级人民法院（2006）苏民三终字第0064号民事判决书。

[58] 前引[7]，胡康生主编书，第17页。

的抽象物。第二，明确贯彻了思想表达的合并原则，即当作品的表达方式仅有一种或有限的几种时，作品的表达与思想难以区分，因而也就不再受到保护。实用性与艺术性完全不可分离意味着表达艺术成分的形式也具有实用功能，或者艺术性与实用性的表达形式重叠在一起。著作权法不能为了保护艺术性而在事实上保护实用性，否则就会违反著作权法不保护思想的基本原理，不适当地扩大保护范围，也会损害由思想、实用功能、处理过程、操作方法或者数学概念等构筑的公共领域及其背后承载的公共利益。比如，牙刷的S形设计既表达了曲线美，又是为了实现随意弯曲的功能，由于S形设计是实现弯曲功能的唯一表达或仅有的几种表达之一，两者完全融合，即便在观念上能够感受到美，著作权法也不能给予保护。^[59]

（二）实用艺术作品的表现形态

虽然实用艺术作品是实用性与艺术性在物理上不可分离但在观念上可分离的作品，但是由于实用艺术作品的创作形式具有多样性，如果不加区分进行讨论，就可能产生无谓争论。由于不同维度的作品创作具有不同特点，所依赖的表达形式也不同，本文以空间表现形态为标准，将作品区分为平面作品与立体作品。

平面作品不能被纳入实用艺术作品的范畴。这是因为，实用艺术作品是具备实用性与艺术性的作品，而平面作品中所谓艺术性与实用性的关系实质上是作品与载体的关系，或者表述为承载作品的物体具有实用性。进言之，平面作品的艺术表达形式与实际功能的物理材质不存在交集。在抽象意义上，作品的表达形式或者构成要素有文字、音符、声音、线条、画面、连续不断的画面或者声音以及综合形式等。常见的适用于平面作品的表达形式有文字、音符、线条、画面及上述形式的综合等。在平面上形成这些表达形式，只需要以物理材质为载体，不需要物理材质参与。平面作品的实用性必须通过物理材质来表示，而不能是上述任何抽象形式。由于艺术性与实用性是完全独立的两个部分，艺术性的完整性不受实用性的任何影响，实用部分及其材质仅为艺术性的载体。以印有图案的布匹为例，布匹具有的实用性与图案无关，图案所使用的表达形式也与布匹这种材质无关，图案与布匹的结合无论是整体出现还是先后结合，都只是表现为作品与载体的关系，图案只是“巧合”地表现在布匹这种材质上，从著作权法的角度看，与表现在纸张上并无区别。基于上述，“平面实用艺术作品”的概念应当是不成立的。

相比之下，实用性与艺术性的可分与否于判断立体作品时才有效。适用于立体实用艺术作品的表达符号是可以在三维空间存在的具有相同颜色或者不同颜色的线条。典型的立体作品包括雕塑、陶瓷、建筑作品等，其独创性就存在于线条所表达的审美意义中。线条又通过物理材质传达出来。立体实用艺术作品的实用功能是由不同的材质在物理空间排列组合而产生的。对一件立体实用艺术作品而言，材质具有两方面的效用：一方面，性能、用途、质量与实用功能相联系；另一方面，表达出来的审美意义与艺术功能相联系。该类作品的创作可以被视为使用实用功能与艺术功能共同依赖的材质进行创作，或者是将具有实用性的材质按照艺术表达的要求表现出来，与平面作品创作有本质区别。当材质所表达

[59] 对于实用艺术作品的实用性与艺术性在物理上无法分离、但在观念上可以分离的合理性，还可以找到比较法依据。参见美国版权法第101条、韩国著作权法第2条第15项。

出来的审美意义具有区别于实用功能的独立意义，能够在观念上产生分离效果，就具有了作为实用艺术作品的条件。

三、实用艺术作品独立性的正当性

实用艺术作品纳入著作权法保护范围，既得益于同时也受制于实务中对美术作品的扩张性解释。虽然将实用艺术作品直接或者间接作为美术作品来保护，消弭了我国保护实用艺术作品内外标准的差距，但是这种权宜之计也掩盖了从整体上思考实用艺术作品与美术作品之间关系的努力。《伯尔尼公约》将实用艺术作品与图画、油画、建筑、雕塑、雕刻和版画作品以及其他艺术作品并列。国外著作权法通常明确将实用艺术作品作为独立类型。法国知识产权法典第 L. 112 - 2 条、意大利著作权法第 2 条、埃及知识产权保护法（著作权部分）第 140 条均明确列举了实用艺术作品。德国著作权法第 2 条、日本著作权法第 2 条第 2 款、韩国著作权法第 4 条、英国版权法第 4 条则明确规定美术作品（艺术作品）包括实用艺术作品（美术工艺品）。美国版权法第 101 条规定“绘画、图形及雕塑作品”包括实用艺术作品。俄罗斯民法典（著作权部分）第 1259 条同时列举了工艺品、艺术设计作品、装潢实用艺术作品、园林艺术作品等实用艺术作品。虽然比较法上的经验并不足以成为我国立法的正当理由，但是这种立法安排促使我们深入思考其中的正当性。笔者认为，结合前述我国著作权立法、司法实践现状及存在的问题，将实用艺术作品列为著作权法中一类独立的作品，既具有很强的合理性，也具有十分重要的现实意义。

（一）明晰保护逻辑的需要

实用艺术作品源于《伯尔尼公约》“works of applied art”这一表述。该英文又被译为应用美术，与装饰艺术（decorative arts）几乎同义使用，以区别于纯美术（fine art）。^[60]据语言学考据，与应用美术相对应的纯美术概念是在 17、18 世纪出现的。纯美术与近代主体哲学的转向处于同一时代，是以人为中心的人文思潮的表现形式。应用美术与纯美术的区分因而只是近代的产物。在此之前，包括工艺、绘画、雕塑、建筑、文学、音乐在内的艺术呈现出综合形式，都带有工艺性。自此以降，纯美术与工艺分道扬镳，内涵殊异：纯美术是个人主义的产物，是为了欣赏而作的作品，追求纯粹之美，是自由的艺术；应用美术则是为了实用的作品，追求实用物品的审美效果，受限于用途、材料与工艺，是不自由的艺术。^[61]

美术与工艺的区分具有法律上的实际效果。美术是天才的艺术家的创造物，是创作者以自身的认识、观念与理想来表现世界的形式，体现了鲜明的个性特征。在近现代的发展过程中，美术具有明确的作者依附性，比先前的艺术更强调作者署名。这至少表明美术天然具有作品的属性，与著作权法保护对象的禀赋具有内在一致性，将其作为保护对象是逻辑必然。如果要否定这一论断，则应当承担相应的证明责任。相反，应用美术只是日常生活用品的设计或装饰，更强调特定工艺技巧的运用与实用功能的实现，装饰形式或者个性展现受制于实用功能，因此在观念上不带有作为作品的逻辑必然性。在著作权法上，主张

[60] 参见 [英] 史密斯：《艺术词典》，殷企平等译，三联书店 2005 年版，第 10 页，第 63 页。

[61] 参见 [日] 柳宗悦：《工艺文化》，徐艺乙译，广西师范大学出版社 2006 年版，第 12 页，第 26 页。

一件实用艺术品或者应用美术品属于著作权法的保护对象，需要承担相应的证明责任。这种论证规则完全是美术与工艺的观念分野在著作权法上的映射。因此，应当将实用艺术作品列为一类独立的作品，以彰显其与美术作品的不同保护逻辑。

这种立法方案具有现实意义。在宁波巨扬日用品有限公司与宁海金昌文具厂著作权侵权纠纷案中，法院认为：“原告主张著作权‘女王刷子’作品，在被告未能提供反证的情况下，本院认定该‘女王刷子’符合实用艺术品的构成要件”。^[62]显然，法院的逻辑思路与美术作品的认定思路相同，忽视了美术作品与实用艺术品在观念上的区别，隐藏着错误认定的危险。这种风险直接源于将实用艺术作品与美术作品混为一谈。如果单列实用艺术作品，就能够在一定程度上避免直接将诉争作品认定为著作权法的保护对象，至少可以提示双方主体与法官理性讨论、谨慎辨别实用性与艺术性。

（二）界定保护对象与范围的需要

按照论证规则，保护实用艺术作品需要分析实用性与艺术性的关系，寻找到值得保护的艺术形式。实用性和艺术性对实用艺术作品而言缺一不可。虽然对实用性的判断不是实用艺术作品著作权保护的必备条件，但却是先决条件。因为如果对实用艺术作品的实用性产生争议，则意味着该作品究竟属于实用艺术作品还是美术作品尚需厘清。司法实践中的一些案例就体现了这一点。在“永福案”中，涉案作品究竟属于著作权法上的“美术作品”还是“实用艺术作品”，需要法院作出认定。^[63]遗憾的是，法院提出了实用艺术作品的实用性特征，却没有对实用性进行详细阐述，也没有结合涉案作品认定实用功能所在。同时，实用性及其与艺术性的关系也能够为实用艺术作品与实用物品的区分作出指引。如果实用艺术品的实用性与艺术性达到了在观念上也不可分离的程度，则该艺术品就属于不受著作权法保护的物品。因此，实用性对实用艺术作品与美术作品、实用物品的区分尤为重要。

在艺术成分的识别方面，实用性也是重要参照系。即便直接进行艺术性判断，也始终绕不开实用性与艺术性的关系。首先需要说明，著作权法并不要求法官进行艺术审查，尤其是美学色彩与价值的审查。这一方面是因为艺术审查超越了法官的专业范围，另一方面则因为艺术审查很容易沦为社会思想与意识控制的工具，从而与政治原则联系起来，为司法功能所不逮。按照著作权法原理，所谓的艺术性判断应是识别创作者在审美方面的努力与个性表达，这种表达受限于实用功能，并在通常意义上是为了辅助实用功能，因而只能在外形轮廓、装饰色彩等方面的“个性选择的空间”^[64]内进行。在史密斯·克兰比彻姆公共有限公司诉扬州明星牙刷有限公司侵犯著作权纠纷案中，北京市第一中级人民法院认为，根据功能设计的S弯形不具有著作权法意义上的艺术性。^[65]该案暗含了艺术创作空间对著作权法保护的重要性。虽然设计的形状可能具有审美意义，但是这种表达如果是实现功能的必要方式，就缺乏自由的艺术创作空间，因而会发生表达与功能的合并。同样，在Pivot Point Int'l, Inc. v. Charlene Prods., Inc.案中，^[66] Mara之所以能够被视为具有独立于其作为

[62] 浙江省宁波市中级人民法院（2013）浙甬知初字第142号民事判决书。

[63] 前引[54]，“永福案”。

[64] 崔国斌：《著作权法：原理与案例》，北京大学出版社2014年版，第172页。

[65] 北京市第一中级人民法院（2002）一中民初字第3515号民事判决书。

[66] 327 F.3d 913 (7th Cir. 2004).

发型展示或者化妆训练功能的艺术性,在于其是艺术家赫里(Heerlein)判断的成果,且没有证据表明这种艺术判断受到功能性考虑的限制。总之,在识别实用艺术作品的艺术成分之后,需要根据实用功能对艺术创作的自由空间的影响与艺术成分所体现的主观审美情趣进行识别与论证。对于一件实用艺术品,如果不存在选择空间,即便具有一定的美学价值,也不能认定为实用艺术作品。反之,则可以最终证立实用艺术作品。

因而,实用艺术作品的认定过程可以描述为在艺术性与实用性之间往返回顾的过程。两者的观念可分离决定了实用艺术作品的存在性,艺术性独立于实用性的可能空间决定了保护的合理性。而且,运用可选择性或者创作空间标准考察其与实用功能的关系,既不受制于创作者是否将作品视为实用艺术作品的主观意图,又不会引入消费者、市场等商业判断要素,且尊重了创作的要义。创作是直接产生文学、艺术和科学作品的智力活动。理解创作的关键在于解读“作品”与“智力”。作品与智力相结合,可以认为创作是运用理解分析、综合比较、概括、推理、论证、判断等思维能力,并将这种思维结果以某种有形形式反映出来的活动。这种理解预设了两个条件:一是作者运用思维能力产生的成果必然有区别于他人的特征,二是如果存在区别特征,也就意味着某一思维成果具有多种表达可能性,不同作者所描述的只是多种表达的其中之一。如果不存在个性思维空间,则必然千人一面,无法区别,正如不同研究者对科学原理的表述必须一致,尤其是数学表达。如此一来,著作权法所要求的创作实际上是在可选择空间内独立分析、思考、判断的过程。在这一意义上,按照创作空间来界定保护对象,实际上是与著作权法一以贯之的创作内涵保持了一致。

如前所述,尽管我国著作权立法中未明确实用艺术作品的性质,司法实践中较多地按照美术作品对待,但是如果将实用艺术作品并入美术作品,虽然可以省略看似并不相关的实用性的认定过程,却无法在艺术成分的认定与艺术成分表现创作者个性方面形成相对一致的参照标准,也很容易将具有审美特征但又具有实用功能的部分纳入保护范围,以致不适当地扩大实用艺术作品的保护范围,挤压公共领域的知识与技巧,并破坏保护对象的一致性内涵。可以说,将实用艺术作品独立出来,提示实用成分的存在及其对艺术成分的影响,无疑对实用艺术作品及其保护范围的确定至关重要。

(三) 规范规则适用的需要

如前所述,没有区分实用艺术作品与美术作品的规则设计已经制造了保护实践的困局。首先,就表现形式而言,其他作品以表达思想、意志、情感等内容的语言、线条、色彩、声音等符号要素为表达要素,以现实世界存在的物质为载体要素,作品与载体更容易区分;实用艺术作品的实用功能的实现与艺术功能的表达都借助于物质要素,载体与表达形式不易区分。因而,现有实践容易扩大实用艺术作品的范围。其次,实用性对实用艺术作品及其保护范围的界定具有重要价值,忽视实用性会发生著作权保护范围延及实用功能所要求的具有审美特征的部分的危险。明确其独立地位并清楚界定其内涵,将有利于提示法律适用者在保护实用艺术作品时谨慎区分作品与载体、实用艺术作品与美术作品及实用物品,正确适用法律。

实用艺术作品与美术作品在功能与保护内容方面存在不同,也为其取得独立作品地位提供了依据。美术作品的基本功能在于传递给人们静态的视觉感受,实用艺术作品的基本功能是满足日常生活的使用需要,兼具审美效果。两者的根本区别在于功能。功能上的不

同决定美术作品具有展览权，但实用艺术作品若享有展览权则不具有意义。因为实用艺术作品作为商品的价值在于量产与流通，展览权会使创作者拥有对作品（商品）载体的控制权，增加了商品上的私有产权，不利于商品流通。而且，实用艺术作品可以横跨著作权与外观设计专利权这两种保护模式，美术作品则只能寻求著作权保护，在保护期限方面也可能存在不同。单列实用艺术作品这一类型，有利于建立适合其自身特性并区别于其他作品的保护范围、保护期限等规定。在实践中，实用艺术作品适用较短的保护期限、享有较少的权利项，如果明确实用艺术作品的独立地位，就可以顺理成章地作出进一步规定，也不失著作权法体系的逻辑严谨性。

另一方面，将实用艺术作品作为独立作品类型首先是突破“统一艺术标准”的结果，即突破因为著作权法只保护艺术成分而统一以艺术性标准将实用艺术作品纳入美术作品的范畴，但并没有突破现有著作权法关于作品类型列举的逻辑。事实上，将实用艺术作品整合进美术作品概念是立足于艺术统一性对实用艺术作品的法律拣选，即著作权法将纳入其保护范围的艺术成分提取出来。这种方法在作品类型的划分上并未使用。著作权法列举的各类作品都存在著作权予以保护与不予保护的领域。我国著作权法只是提供了可著作权的作品目录，其规定的保护并不意味着对作品的全部进行保护，其中的思想、意志、情感、事实、规则以及进入公共领域的内容是无法获得保护的。

（四）设计产业产权保护多元化的需要

无论实用艺术作品如何定性，其立足于实践需要这一点是不变的。随着人们生活水平的提高，对实用艺术作品的需求和品味也日益提高。实用艺术作品已经形成一个巨大的产业和市场，在现实中引发的法律纠纷也日益增多。将实用艺术作品置于著作权法中作为一类独立的作品，尤其是区分于美术作品，能够明确其在法律中受到保护的地位，能够进一步激励实用艺术作品的创作和设计，促进我国相关设计产业的发展与繁荣。

在法律保护模式上，实用艺术作品除了获得著作权法保护外，还可以从外观设计乃至从“产品”的角度获得实用新型专利保护。但是，著作权法保护的简便性和保护期限的相对长期性，是其他法保护模式所不能比的。在著作权法上明确其为一类独立的受保护作品，就在法律上明确了其在著作权法中的独立地位，有利于强化人们对于这类作品的保护意识。同时，通过与美术作品的分野，明确其自身保护条件，有利于增加实用艺术作品的保护模式，使得权利人享有在著作权、外观设计专利、实用新型专利等权利模式中按需选择的自由，为这类作品提供更好的司法保障，为我国相关设计产业提供更好的法律环境。

四、保障实用艺术作品独立地位的制度安排

在2012年启动的著作权法第三次修改工作中，一个重要的修法内容就是明确将“实用艺术作品”纳入著作权法的保护对象，同时明确了这类作品的著作权保护期限为25年。^[67]这一草案的条文设计肯定了实用艺术作品的独立地位。但是，这种独立地位必须通过制度

[67] 参见著作权法修改草案第一稿（2012年3月）第3条第2款第9项与第27条第5款；第二稿（2012年7月）第3条第2款第9项与第28条第3款；修改草案送审稿第5条第2款第9项与第29条第3款。

构建才能予以保障。

（一）对我国著作权法第三次修改关于实用艺术作品的规定的评析

关于我国著作权法第三次修改的几个草案，值得肯定的是：第一，明确使用实用艺术作品概念，确立了其与作品的种属关系。在逻辑上，有关作品判断的要素与原则，包括思想表达二分法、独创性等，均可以适用于实用艺术作品。第二，确立了实用艺术作品在作品类型中的独立地位。一方面，这能够在著作权基本法的层次上统一表述实用艺术作品的地位，解决法律规范不明确、不融贯的难题。另一方面，这有利于激励设计者根据需要采取著作权模式来获得领先利益，有利于明确实用艺术作品的著作权保护，也有利于我国设计产业的发展。第三，暗含了实用艺术作品独创性的判断标准，特别是送审稿明确使用与美术作品相同的“审美意义”这一表述，其传递的统一标准的信号是积极的。

针对著作权法修改的目前进展，有评论认为：我国现行法律关于实用艺术作品保护的主要问题是“外观设计专利权的保护期限不够长”，著作权法修改草案的解决办法带来了同一客体的重叠保护，也对现有的外观设计专利制度的有效实施带来冲击。^{〔68〕} 这些规定不足以解决实用艺术作品著作权保护的所有问题，也无法为司法统一作出明确指引，反而带来了新的问题，可以说好处与困难同样多。

笔者认为，事实还要更为复杂。首先，实用艺术作品的概念仍然比较模糊，没有明确实用艺术作品中艺术部分与实用部分的关系，相比《实施国际著作权条约的规定》，反而是倒退了一步。关于实用部分与艺术部分是否可分的分歧，实际上就源于对作品、载体、实用功能的关系认知不清，有必要利用修法的机会，充分阐释《实施国际著作权条约的规定》体现出来的合理因素，并站在作品表达、载体与思想三个维度上加以明确。其次，实用艺术作品与美术作品特别是立体造型艺术作品的关系并没有厘清，结合实用艺术作品 25 年的保护期，这会造成处于两者边界的实用艺术作品向美术作品游移，也会带来司法标准新的不统一。因为在利益纷争面前，实用艺术作品的实用性有讨论余地，比如作为艺术品创作的立体造型艺术在创作完成后被直接用于实际用途，或者被部分使用者作为实用品来使用，该作品是否构成实用艺术作品就会有争议：权利人会为了自己的利益主张其作品构成立体造型艺术作品，而侵权人则会主张其构成实用艺术作品。如果对此没有形成共识，就会制造新的争议点。最后，实用艺术作品的重叠保护问题依然没有任何解决信号，即实用艺术作品是否还可以作为外观设计专利获得保护。而且，解决这类重叠保护需要在专利法与著作权法之间进行权衡，不是单一部门法所能胜任的。

（二）立法修改的进一步建议

笔者主张，为了巩固实用艺术作品的独立地位，本次著作权法修改时，应设计两个条款，即概念条款与冲突条款。实用艺术作品的概念表述应当蕴含如下内涵：

第一，明确实用艺术作品与其他作品的界限。虽然在艺术学上，实用艺术、应用美术、工艺美术、艺术设计、装饰工艺、造型艺术等概念的关系交错纵横，但是著作权法对保护对象的界定可以有自身的特色。理由在于，艺术学与法学的关注点并不完全契合：艺术学不仅关注审美意义，而且关注艺术鉴赏与艺术价值判断，法学则仅关注作品的审美意义，

〔68〕 前引〔56〕，张伟君文，第53页。

则非常必要,至少可以给可能的争议提供有益指导。一旦发生实用性争议,应当将作者与作品的关系作为解释立场,根据创作者的创作过程描述进行判断,侵权者可以对描述违背常识等非正常性提出异议,最终认定则取决于法院的综合判断。当然,这一更为精细的规则可以规定在相应司法解释中。

第三,明确实用艺术作品独创性的判断需要回归到独创性的本质上。独创性的理论假设是具备这一品格的作品凝结、反映了作者的独特心血与智慧,体现出创作者对公共知识增长或者进步的贡献。只有经过独创性检验,作品的保护才符合著作权法的目标。作品与知识的关系通过独创性连接起来。由于知识增长或者进步是一个价值判断,作品独创性的判断也具有价值性。在实践中,不同种类作品的独创性要求不尽相同。对实用艺术作品的独创性要求应当与其保护目标相一致,而不应当直接与其他作品相对照,这也是独创性本质所要求的基本立场。保护实用艺术作品具有保护艺术美感表达、增进生活审美的目标,与其相对的就是作品的实际用途或者功能。实用功能能够限制艺术创作空间,从而限制独创性的存在范围。对于实用因素较多的实用艺术作品,只有独创性特征比较明显即具有较高高度,才能够表明其艺术性的存在。实用因素与独创性的高度要求呈现出正相关关系,这是实用艺术作品独创性判断的特殊性。

因此,借鉴国外立法例并参考我国有关司法实践经验,笔者建议将实用艺术作品界定为:玩具、家具、饰品等实用功能与审美意义整体产生的空间艺术作品。与送审稿相比,该定义的进步性在于:一是强调实用性与艺术性整体产生。所谓整体产生,是指两者统一于物品形态,而不是将已经存在的美术作品作为实用艺术作品的艺术成分。如果将美术作品用于日常物品的制作,则实际上是美术作品的复制性利用,或者说这种方式只是将美术作品从一种存在载体转移到另一种存在载体上,不产生新的实用艺术作品。强调实用艺术作品的“实用功能”是“整体产生的”,蕴含了对实用性与艺术性的妥善处理。进一步说,实用艺术作品的整体产生是指基于整体构思创作,以至艺术部分与实用部分在物理上不可分离,而在观念上可以分离。整体创作是物理不可分离的根本前提,体现艺术性是艺术成分可观念分离的等同替代。更为重要的是,这种表述能够帮助区分作品载体与作品,明确作品保护的界限,增强司法可操作性。进言之,如果实用功能与艺术成分可以在物理上分离,就会不适当地扩大实用艺术作品的范围,使得前述对实用艺术作品与美术作品的划分变得没有意义,也会忽视实用艺术作品实用性与艺术性高度融合的特殊性质。引入观念上可分离原则,可以避免对实用艺术作品的著作权保护扩张到对物品功能的保护,符合思想表达二分原则的要求。二是排除了平面作品。虽然学界对实用艺术作品与平面作品的关系缺乏讨论,但是如前所述,实用艺术作品不可能以平面作品的形态存在,这一定义可以对此予以明确。

在冲突条款上,则需要将实用艺术作品与外观设计的保护模式统一起来,明确实用艺术作品的多重保护与选择适用原则。笔者建议规定:实用艺术作品的保护请求只能依据一项法律规范提出。关于实用艺术作品的重叠保护问题,有两个方案可供选择:或者借我国专利法第四次修改的契机,将外观设计的保护期限适当延长;^[69]或者明确规定实用艺术作

[69] 是否延长外观设计专利保护期,是本次专利法修改富有争议的问题之一。当然,主张延长外观设计专利保护期限的理由并不是要与实用艺术作品保护相协调,而是加入《工业品外观设计国际注册海牙协定》(1999年内瓦文本)的需要。该公约第17条规定,至少应当为外观设计提供15年保护期。

品的多重保护与选择适用原则。但是，将模式统一的任务交给专利法，毕竟有跨行政部门之不便。采用后一模式更有利于快速解决重叠保护问题，即如果实用艺术作品符合多个法律规范的保护条件，则在司法实践中权利人基于此产生的请求权只能择一行使。主要理由如下：

著作权法第三次修改意欲规定实用艺术作品作为一类独立作品，更需要明确重叠保护是否正当以及重叠保护发生冲突时的处理方式等问题。一方面，著作权法、专利法等法律是人们为规划社会而设计的规则体系，反映了人们对保护对象的认识。另一方面，实用艺术作品是现实社会存在的作品，是人们认识世界的对象形态。当法律与对象发生不对应，或者法律带来了认识对象的保护困境，应当坚守法律的稳定性而撕裂对象，还是整体看待对象而调整法律，是价值观问题，也是思考实用艺术作品重叠保护困境的关键立场。如果不是从著作权法、专利法的规则体系而是从实用艺术作品整体保护的角度出发，著作权法规范、专利法规范或者其他规范在实用艺术作品保护上的重叠实际上是基于法律的规定而产生的，即不是实用艺术作品天然具有获得重叠保护的基因。站在这一角度，采取多重保护、选择适用模式并不会损害到创作者的利益。同时，在著作权法语境下，实用艺术作品的实用功能不被保护，是法律评价的结果，并成为艺术部分获得著作权法保护的对价。由于实用艺术作品通过著作权形式获得保护与通过申请外观设计专利形式获得专利权的保护具有不同的条件、保护范围和方式，无论是从理论的角度还是实际效果而言，均是可以接受的。针对多个请求权，为了“确保知识产权法各个领域的相对独立性，有助于区别彼此之间的保护主题”，^[70] 并且避免重叠保护带来双重保护，人们通过知识产权沟渠原理^[71] 或者选择原则来促使权利人只能获得一种形式的保护。

结 语

实用艺术作品纳入著作权保护体系，是实现著作权法保护和鼓励创作、促进文化科学事业发展与繁荣的立法宗旨的重要方面。随着我国经济社会发展，人们物质文化生活水平不断提高，实用艺术作品在人们日常生活中的地位也将越来越高。因此，立法者应当重新审视实用艺术作品在著作权法中的地位。

我国过去确立实用艺术作品在著作权法上的独立地位之所以举步维艰，原因是多方面的。例如，专利法先行规定外观设计专利权，使得实用艺术作品的著作权法律适用出现困难。又如，当初我国急于加入《伯尔尼公约》，缺乏对著作权法条文设计的消化时间，著作权基本理论的储备也有所欠缺，使得实用艺术作品的内涵外延比较模糊。此外，在法律规范模糊的情况下，司法机关的能动性不一致也放大了实用艺术作品著作权保护的差异性。实用艺术作品的保护一度进退维谷，对国内实用艺术作品按照美术作品予以保护，会造成对国外实用艺术作品的歧视；不保护国内实用艺术作品，又会造成国外实用艺术作品的超

[70] 参见何炼红：《工业版权研究》，中国法制出版社2007年版，第144页。

[71] 知识产权沟渠原理，是一种形象的说法。它是指知识产权客体能够同时满足多种知识产权专门法律保护要求时，在一个具体案件中只能选择其一加以保护。该原理在知识产权法理论与实践不时被适用。美国 Marketing Displays v. Traffix Devices, Inc. (532 U. S. 23) 禁止原告的隐性专利保护请求，被认为是适用该原理的典型判例。

国民待遇。从上述种种原因以及前述立法和司法实践中暴露的问题看,最根本的问题是这类作品在著作权客体范畴中定位不明。

我国正在进行的著作权法第三次修改终于明确了实用艺术作品作为一类独立的受保护作品。不过,支撑实用艺术作品独立地位的正当性论证以及彰显独立性的规范安排依然不足,这正是本文旨在解决的问题。笔者认为,在明确实用艺术作品在著作权法中的独立地位后,应当处理好以下几个关系:第一,实用性与艺术性的关系。实用性是实用艺术作品与美术作品的区分特征,在艺术性、独创性的判断上具有对照或者参考价值。艺术性是著作权法的保护内容,实用性与艺术性处于相互影响的统一体中。第二,实用艺术作品的独创性与公共领域的关系。实用艺术作品中的实用功能不受著作权法保护,应当纳入著作权法中的公共领域为人们自由地使用。实用因素限制艺术性的发挥,与独创性的高度要求具有正相关关系。第三,实用艺术作品重叠保护与选择适用的关系。虽然这里的论辩牵连到知识产权的核心立场,但依然可以作出立法政策选择。

Abstract: The coverage of works of applied art by the copyright protection system is an important aspect of protecting and encouraging innovation and promoting the development and prosperity of cultural and scientific undertakings by copyright law. However, the Chinese Copyright Law lacks inherent consistency in the protection of works of applied art. In the course of more than twenty years of application of the law, the ambiguity in legislation, theoretical controversies, the judicial exploration, and the disconnection between legal theory and judicial practice have been inextricably entangled with each other and impeded the reasonable unity of people's understanding and judicial decisions. In order to clarify the logic of protection, define the objects and scope of protection, standardize the application of legal rules, and promote the development of industries related to works of applied art, China should establish the independent status of works of applied art in the Copyright Law, that is to say, make them an independent class of protected objects in the Law, and define them as spatial art works that combine utility functions and esthetic significance, so as to demonstrate their unique nature of independent of works of art. In the context of copyright law, the practical function of works of applied art is not copyrightable. They should be included in the public domain without protection and used freely by people, which is the result of legal evaluation and becomes the consideration of the part of the arts protected by copyright.

Key Words: copyright law, works of applied art, utility, artistry, public domain
