

第三章

外觀設計的保護

——專利法(2)

第一節 外觀設計專利制度的趣旨

外觀設計專利制度，目的在於鼓勵工業品外觀設計的創作。對於鼓勵工業品外觀設計創作的的原因，存在三種觀點。一是機能說。機能說認為，外觀設計專利制度的著眼點和發明專利法、實用新型專利法一樣，都是產品解決某一技術問題的機能。二是審美說。審美說認為，外觀設計和作品一樣，重在解決產品具有欣賞價值的美的外觀。三是需要說。需要說認為，外觀設計意在透過產品的外觀設計引起的美感從而激發購買者的購買慾望。機能說將產品的外觀設計和解決某一技術問題的技術方案等同了起來，混淆了外觀設計和發明、實用新型的界限，因此不可取。審美說則將外觀設計和純粹的美術作品等同起來，使其脫離了產品的依附媒介，因此也不可取。需要說將美感與產品的外觀設計結合在一起，注重的是產品的外觀設計引起的美感以及這種美感和購買者購買慾望之間的關係，克服了機能說和審美說存在的缺點，因此是比較可取的觀點。

從世界各國專利法的規定看，申請專利的外觀設計應當同申請日之前在國內外公開出版物上發表過或者使用過的外觀設計不相同和不相近似，雖然這種要求目的在於保證申請專利的外觀設計的非顯而易見性，但不相同和不相近似的的要求客觀也可以起到防止混同的後果。從這個意義上來說，外觀設計專利制度具有和商標制度一樣的功能。但相比註冊商標而言，獲得外觀設計專利的要求更高，

需要具備新穎性、非顯而易見性、實用性。可以說，外觀設計專利制度是介於專利和商標之間的一種非常特有而生動的制度。

第二節 獲得外觀設計專利權的要件

一、外觀設計專利權保護的客體

(一)外觀設計

按照專利法實施細則第2條第3款的規定，所謂外觀設計，是指對產品的形狀、圖案或其結合以及色彩與形狀、圖案的結合所作出的富有美感並適於工業應用的新設計。最簡單地說，外觀設計就是對產品美的外觀所作出的設計。據此，作為專利法保護物件的外觀設計必須具備以下幾個要件：

1. 必須是對產品所作出的設計。產品一般應當為動產。不動產，除了土地上少數附著物，比如電線杆、電話亭、鐵塔等以外，一般不能申請外觀設計專利權。但是有的國家（比如日本），道路和橋梁也可以具有外觀設計的觀念，因此可以申請外觀設計專利權。不過對於土地而言，不論在哪種情況下都不能申請外觀設計專利。組合家具雖然缺乏靈活性，但由於在銷售時仍然可以移動，因此也可以申請外觀設計專利權。

產品不但一般應當為動產，而且一般應當為有體物。印刷用的字體、遊戲形象等無體物不能申請外觀設計專利。產品不但必須是有體物，而且必須具備特定的形狀。液體、粉狀物、顆粒狀物等產品雖然可以申請專利權，但是不能申請外觀設計專利權。

2. 必須是對產品的形狀、圖案或者形狀與圖案的結合所作出的設計，或者是色彩與形狀、圖案的結合所作出的設計。形狀、圖案、色彩或其結合必須是產品本身具有的形狀、圖案或者色彩。煙花爆炸後產生的形狀、圖案、色彩，噴水池噴出的水柱形狀等雖然具有形狀、圖案、色彩，但都不能申請外觀設計專利權。紙箱中折

疊的幾塊手絹形成的形狀，不是手絹本身所具有的形狀，雖然可以透過反不正當競爭法進行保護，但是也不能申請外觀設計專利權。

日本2006年4月參議院已經通過修改外觀設計法的修正案，該修正案於2007年4月1日開始施行。按照修正後的外觀設計法第2條第2款的規定，用來進行產品操作的畫面設計也可以作為部分外觀設計受到保護。具體來說，數碼照相機設定的操作畫面和錄影機設定的操作畫面以及可以連續放映的機器中的操作畫面都可以作為部分外觀設計受到保護。但是，這些畫面作為部分外觀設計保護時，只限於產品機能發揮之前的畫面，在產品機能發揮後的畫面不受保護。據此，遊戲機的內容畫面、一般電腦裡所安裝的應用畫面、透過互聯網表示的畫面由於是產品發揮機能後的畫面，都不受保護。

這種修正實質上是像歐洲共同體外觀設計規則一樣，將外觀設計法的保護物件擴大到了無體物的保護範圍內。由於這種保護很可能使整個電腦軟體面臨侵權的危險，因此在修正的時候遭到了業界的反對，但是日本參議院並沒有採納業界的意見。

3. 必須是透過視覺能夠感知的設計。外觀設計專利制度的功能，主要是為了刺激需要者的購買慾。而能夠提高消費者的購買慾望的外觀設計，應當是用肉眼能夠看得見的外觀設計。只能用顯微鏡才能分辨的外觀設計，除非其用途必須使用顯微鏡之外，不能申請外觀設計專利。比如，積體電路布圖設計。產品的內部構造如果和產品緊密結合不可分離，不能獨立進行交易，由於包括生產者和銷售者在內的最終消費者用肉眼從外面看不見，無法刺激需要者的購買慾，雖然有可能透過不正當競爭防止法的酷似性模仿來保護，但不能申請外觀設計專利。零部件等可以單獨進行交易的产品，雖然最終消費者看不見，但由於可以吸引生產者和銷售者等中間需要者，其外觀設計也應當可以透過外觀設計法進行保護。雖然表面上屬於產品的內部設計，但如果產品是透明的，需要者從外面一眼就看到該內部設計，則仍然需要作為產品的外觀設計對待。還有一些產品的內部設計，比如冰箱、微波爐的內部設計，由於冰箱門、微

波爐的門是可以打開的，因此其內部設計仍然屬於需要者能夠感知的設計，可以作為外觀設計申請專利。

關於外觀設計的視覺性問題，在日本也有學者認為，雖然用肉眼無法直接感知，但是按照商業慣例透過放大鏡、顯微鏡能夠觀察到的產品的外觀，比如鑽石、發光二極體等，也應當作為例外，准許申請外觀設計權。從日本特許廳批准的外觀設計專利看，曾經授予過極其微小的發光二極體外觀設計權。比如登記號為677492的二極體外觀設計，高僅為1.2毫米、寬僅為1.27毫米、長僅為3.2毫米。登記號為998189的外觀設計及其類似外觀設計，長和寬都僅為0.5毫米。登記號為998190的外觀設計，長和寬都僅為0.5毫米。¹總的來看，對於外觀設計所需要的視覺性應當根據具體產品的具體外觀以及商業慣例來進行判斷。

4. 必須是能夠引起美感的設計。外觀設計之所以需要具備這個特徵，一是因為外觀設計的功能主要在於刺激需要者的眼球，提升其購買慾望；二是為了區分外觀設計制度保護的產品形狀和實用新型專利制度保護的產品形狀、構造。不能引起人任何美感、只是具有功能作用的形狀或者構造，雖可以申請發明或者實用新型專利權，但不能申請外觀設計專利權。但要指出的是，在有些情況下，儘管某產品的外觀設計能夠引起需要者的美感，如果該設計屬於確保產品機能不可缺少的，也不能屬於外觀設計專利權。

(二)不能授予外觀設計專利權的客體

按照中國大陸《專利審查指南》的規定，如下客體不授予外觀設計專利權：

1. 取決於特定地理條件、不能重複再現的固定建築物、橋梁等。例如，包括特定山水在內的「山水別墅」。

¹ 參見〔日〕藤本升：《外觀設計法上的視覺性》，載《外觀設計法及其周邊的現代課題》，日本，社團法人發明協會，2005年，第33-34頁。

2. 因其包含有氣體、液體及粉末狀等無固定形狀的物質而導致其形狀、圖案、色彩不固定的產品。

3. 產品的不能分割、不能單獨出售或者使用的局部或部分設計。例如襪跟、帽簷、杯把、棋子等。

4. 對於由多個不同特定形狀或圖案的構件組成的產品，如果構件本身不能成為具有獨立使用價值的產品，則該構件不屬於外觀設計專利保護的客體。例如，對於一組由不同形狀的插接塊組成的拼圖玩具，只有將所有插接塊共同作為一項外觀設計申請時，才屬於外觀設計專利保護的客體。

5. 不能作用於視覺或者肉眼難以確定，需要借助特定的工具才能分辨其形狀、圖案、色彩的產品。例如，其圖案是在紫外燈照射下才能顯現的產品。

6. 要求保護的外觀設計不是產品本身常規的形態。例如手帕紮成動物形態的外觀設計。

7. 以自然物原有形狀、圖案、色彩作為主體的設計。

8. 純屬美術範疇的作品。

9. 僅以在其產品所屬領域內司空見慣的幾何形狀和圖案構成的外觀設計。

10. 文字和數位的字音、字義不屬於外觀設計保護的內容。

11. 產品通電後顯示的圖案。例如，電子錶錶盤顯示的圖案、手機螢幕上顯示的圖案、軟體介面等。

由上可見，在中國大陸現行專利法體制下，尚不保護部分外觀設計和數位化外觀設計。

二、授予外觀設計專利權的實質性要件

(一)新穎性

按照專利法第23條第1款的規定，外觀設計的新穎性是指，授予專利權的外觀設計，應當不屬於現有設計；也沒有任何單位或者個

人就同樣的外觀設計在申請日以前向國務院專利行政部門提出過申請，並記載在申請日以後公告的專利文件中。專利法第23條第4款進一步規定，現有設計，是指申請日以前在國內外為公眾所知的設計。

由此可見，中國大陸對於外觀設計專利的新穎性，不管是出版物公開還是使用公開，中國大陸採取的都是世界新穎性標準。在判斷申請專利的外觀設計是否具備新穎性時，是透過和現有設計相同或者近似的比對進行考察的，主要涉及以下問題：

1. 判斷客體

即在判斷外觀設計是否相同或者相近似時進行比較的物件。在確定判斷客體的類型時，應當根據外觀設計的圖片、照片、產品進行確定；對於被比較的外觀設計，還應當根據簡要說明中是否有「請求保護的外觀設計包含有色彩」（即要求限定色彩）、「平面產品中單元圖案二方連續或者四方連續等無限定邊界的情況」（簡稱為不限定邊界）等內容加以確定。

2. 判斷主體

在判斷外觀設計是否相同或者相近似時，應當以外觀設計產品的一般需要者的一般注意力是否容易混淆為判斷標準。一般需要者在購買被比外觀設計產品時，僅以被比外觀設計產品具有的要素作為辨認是否為同一產品的因素，不會注意和分辨其他產品包含的其他要素，不會注意和分辨產品的大小、材料、功能、技術性能和內部結構等因素。設計的構思方法、設計者的觀念以及產品的圖案中所使用的題材和文字的含義都不是一般消費者所考慮的因素。

3. 判斷原則

如果一般需要者在試圖購買被比外觀設計產品時，在只能憑其購買和使用所留印象而不能見到被比外觀設計的情況下，會將在先設計誤認為是被比外觀設計，即產生混同，則被比外觀設計與在先

設計相同或者與在先設計相近似；否則，兩者既不相同，也不相近似。應當注意的是，在判斷被比外觀設計是否與在先設計相同或者相近似時，應當根據被比外觀設計的類型確定所採用的在先設計，進行相同以及相近似性的判斷。

4. 判斷方式

(1)按一般需要者水平判斷。專利審查人員要從一般需要者的角度進行判斷，而不是從專業設計人員或者專家等的角度進行判斷。(2)單獨對比。在相同和相近似性判斷中，一般只能用一項在先設計與被比外觀設計進行單獨對比，而不能將兩項或者兩項以上在先設計結合起來與被比外觀設計進行對比。被比外觀設計是由只能組裝在一起使用的至少兩個構件構成的產品的外觀設計的，可以將與其構件數量相對應的組裝使用過的構件的外觀結合起來作為一項在先設計與被比外觀設計進行對比。(3)直接觀察。在對外觀設計進行相同和相近似性判斷時，應當透過視覺進行直接觀察，不能借助放大鏡、顯微鏡、化學分析等其他工具或者手段進行比較，即不能由視覺直接分辨的部分或要素不能作為判斷的依據。(4)隔離對比。隔離對比的方法就是不得將兩種產品並列放在一起進行比較，而是按一般在觀察時間上、空間上有一定間隔的方式進行比較，如產生混同就應認為是相同或相近似的外觀設計。(5)僅以產品的外觀作為判斷的物件。對於外表使用透明材料的產品而言，透過人的視覺能觀察到的其透明部分以內的形狀、圖案和色彩，應視為該產品的外觀設計的一部分。對於插接件和插接元件玩具產品而言，在購買和插接這種產品的過程中，一般消費者會對單個的插接件及插接元件的構件的外觀留下印象，所以，應當以插接件的外觀或者插接元件的所有單個構件的外觀為物件，而不是以插接後的整體的形態為物件來判斷相同和相近似性。插接元件玩具產品的外觀設計屬於一種產品的一項外觀設計，其外觀設計是指全部元件的外觀設計，插接元件中的每個構件的外觀僅被認為是插接元件外觀設計的一部

分。(6)綜合觀察。經過對產品進行整體觀察，仍難以確定該產品中容易引起一般消費者注意的部位的，對其外觀設計可以使用綜合判斷的方式進行相同和相近似性判斷。

5. 判斷基準

(1)外觀設計相同性的判斷。外觀設計相同是指被比外觀設計與在先設計是同一種類的產品的外觀設計，並且被比外觀設計的全部外觀設計要素與在先設計的相應要素相同，其中外觀設計要素是指形狀、圖案以及色彩。同一種類的產品是指具有相同用途的產品。產品種類不同的，即使其外觀設計的三要素相同，也不應認為是外觀設計相同。(2)外觀設計相近似。只有對於相同或者相近種類的產品，才可能在外觀設計相近似的情況。所謂相近種類的產品是指用途相近的產品。如果被比外觀設計和在先設計的相應要素相似，則屬於近似的外觀設計。(3)外觀設計不相近似。對於產品種類不相同也不相近的外觀設計而言，不再進行被比外觀設計與在先設計的比較和判斷，即可認定被比外觀設計與在先設計不相近似。(4)形狀相近似性的判斷。就產品的幾何形狀而言，圓形和三角形、四邊形相比其形狀有較大差異，不能定為相近似；就處於變化狀態的產品而言，對於在先設計，所述產品的不同的外觀均可用作與被比外觀設計進行比較的物件。對於被比外觀設計而言，應當以其使用狀態的外觀作為與在先設計進行比較的物件，產品的相同和相近似性取決於產品使用狀態的外觀設計的相同和相近似性；對於包裝盒這類產品，應當以其使用狀態下的形狀來作為判斷相近似性的依據。(5)圖案相近似性的判斷。圖案變換包括題材、構圖方法、表現方式及花樣大小幾個因素的改變，色彩的改變也可能使圖案改變；題材相同，而其構圖方法、表現方式、花樣大小不相同的，也會使圖案不相近似，從而使外觀設計不相近似。(6)色彩相近似性的判斷。對色彩是否相同、相近似的判斷要根據顏色的色相、純度和明度三個屬性以及兩種以上顏色的組合、搭配進行綜合判斷。色相包括赤、

橙、黃、綠、青、藍、紫及其組合；純度指鮮艷程度；明度指明暗情況，也即亮度。

(二)創造性

專利法第23條第2款規定授予專利權的外觀設計必須具備創造性。所謂創造性，是指授予專利權的外觀設計與現有設計或者現有設計特徵的組合相比，應當具有明顯區別。

爲了促進外觀設計創作能力的提高，減輕國務院專利行政部門審查的負擔，在外觀設計創作條件已經大爲改善、人們創作能力已經普遍提高的形勢下，規定申請專利權的外觀設計應該不同於現有設計的明顯區別性要求，即創造性是非常必要的。創造性又稱爲非顯而易見性，是指申請專利的外觀設計對於所屬領域具有普通水平的設計人員而言，與現有設計相比或者與現有設計特徵的組合相比，不是透過簡單勞動而必須是透過創造性勞動才能夠創作出來的形狀、圖案及其結合，或者色彩與形狀、圖案的結合。在申請日之前，所屬領域具有普通水平的設計人員根據國內外公知的形狀、圖案及其結合，或者色彩與形狀、圖案的結合，透過簡單勞動就可以完成的下列外觀設計缺乏創造性，不能授予專利權：

1. 簡單置換的外觀設計。只是以極爲簡單的手段置換公知外觀設計中特定要素的外觀設計，缺少創造力，不能授予專利權。比如，在一個建築用的柵欄的外觀設計專利申請中，申請人僅僅用貓的模樣置換了公知外觀設計中的花朵，創作極爲容易，因此不能被授予外觀設計權。

2. 簡單拼湊的外觀設計。指將幾個公知外觀設計簡單地拼湊在一起的外觀設計。比如將衣服掛鈎上的夾子簡單的連接在一起的外觀設計。

3. 只是簡單改變外觀設計構成要素位置關係的外觀設計。比如改變上下位置、左右位置、前後位置。

4. 只是簡單增減公知外觀設計的數量或者大小的外觀設計。比

如在一個有關旋轉警示燈的外觀設計申請中，申請人只是簡單地將公知外觀設計正面圖和左側面圖中的警示燈的個數分別由2個增加到6個，創作極為容易，因此不能獲得外觀設計權。

5. 以自然物或者公知的著作物、建築物的全部或者一部分的形狀、圖案等作為外觀設計，並且以極為普通的手法表現產品的外觀設計。

6. 商業上慣用的轉用外觀設計。

(三)實用性

申請專利權的外觀設計，應當是適合於工業應用的新設計。所謂適合於工業上應用的新設計，是指外觀設計能夠利用工業的方法反覆進行具有同一外形的產品的批量生產。那種單純依靠生物自身繁殖的生產，不是利用工業方法進行的批量生產。這裡所講的工業包括農業、商業、礦業等其他行業，是一個含義廣泛的概念。

由於實用性要求能夠進行批量生產，因此，只能利用自然條件進行加工處理的獨一無二的產品，本身不能作為申請專利權的外觀設計。但是，繪畫、雕刻、工藝美術品等，雖然本身不能作為外觀設計申請專利，但是其複製物卻能夠批量進行生產，因此只要其複製物符合外觀設計所說的產品，就可以申請外觀設計專利權。比如壁畫、彩碟、插花盆，等等，都可以申請外觀設計專利權。

(四)不和他人在先取得的合法權利相衝突

專利法第23條第3款規定，授予專利權的外觀設計不得與他人在申請日以前已經取得的合法權利相衝突。

按照2001年中國大陸最高法院發布的關於審理專利糾紛案件適用法律問題的若干規定第16條規定，他人在先取得的合法權利包括商標權、著作權、企業名稱權、肖像權、知名商品特有包裝或者裝潢使用權等。申請專利權的外觀設計不能侵害這些權利，否則不能授予外觀設計專利權。

雖然專利法規定授予專利權的外觀設計不得與他人在先取得的合法權利相衝突目的在於保護在先取得的合法權利，但由於商標權、著作權、企業名稱權、肖像權、知名商品特有包裝或者裝潢使用權等在先權利和外觀設計專利申請之間並不存在先後申請的關係，因此，外觀設計專利申請的審查員難以判斷申請專利的外觀設計和這些在先權利之間是否存在衝突關係，而且判斷申請專利的外觀設計是否和在先權利衝突也不是專利審查員的特長，而是法官的特長，因此將他人在先權利作為阻止申請外觀設計專利權的事由只是徒增審查員的負擔，從審查程序上看根本發揮不了作用。

那麼，該規定的意義究竟何在呢？中國大陸《專利審查指南》第二部分第三章的有關規定對此作出了回答。按照該章的規定，以授予專利權的外觀設計與他人在先取得的合法權利相衝突為理由請求宣告外觀設計專利權無效的，請求人有責任提供能夠證明外觀設計專利權與在先的商標權、著作權等在先權利相衝突的生效的處理決定或者判決。據此，該規定的意義在於，賦予在先權利人請求宣告外觀設計專利權無效的一個事由。

第三節 特殊外觀設計制度

一、組合物外觀設計

中國大陸專利法沒有明確、獨立的條款規定組合物外觀設計制度，只是在規定專利申請的單一性原則時，在第31條第2款進行了附屬性的規定，其內容為：一件外觀設計專利申請應當限於一項外觀設計。同一產品的兩項以上的相似外觀設計，或者用於同一類別並且成套出售或者使用的產品的兩項以上的外觀設計，可以作為一件申請提出。根據中國大陸《專利審查指南》第一部分第三章的規定，能夠合案申請的外觀設計應當同時滿足四個構成要件。

1. 構成成套產品。所謂成套產品的外觀設計，是指兩項以上外

觀設計的產品屬於國際外觀設計分類表中的同一小類。例如，餐用盤、碟、杯、碗，烹調用的鍋、盆，餐刀、餐叉，都屬於07類（其他類未列入的家用品），但餐用盤、碟、杯、碗屬於07-01小類，鍋、盆屬於07-02小類，餐刀、餐叉屬於07-03小類，因此鍋、碗、餐刀不屬於同一小類產品，不能合案申請。碗、碟屬於同一小類產品，滿足可以合案申請的同一類別的要求。

2. 除了屬於同一小類外，能夠合案申請的外觀設計，還必須滿足成套出售或者使用的要求。成套出售或者使用的產品為成套產品，成套產品是指由兩件以上各自獨立的產品組成，其中每一件產品有獨立的使用價值，而各件產品組合在一起又能體現出其組合使用價值的產品，例如由咖啡杯、咖啡壺、牛奶壺和糖罐組成的咖啡器具。由數件產品組合為一體的產品，其中每一件單獨的構成部分沒有獨立的使用價值，組合成一體時才能使用的產品為元件產品，例如撲克牌、積木、插接元件玩具等，這些產品應當視為一件產品，只能作為一件申請提出，不屬於成套產品。所謂同時出售是指外觀設計產品習慣上同時出售，例如由床單、床單和枕套等組成的多件套床上用品。為促銷而隨意搭配出售的產品，例如書包和鉛筆盒，雖然在銷售書包時贈送鉛筆盒，但是這不應認為是習慣上同時出售，不能作為成套產品提出申請。所謂同時使用，是指產品習慣上同時使用，也就是說，使用其中一件產品時，會產生使用聯想，從而想到另一件或另幾件產品的存在，而不是指在同一時刻同時使用這幾件產品。例如咖啡器具中的咖啡杯、糖罐、牛奶壺等。

3. 各產品的設計構思相同。設計構思相同，是指各產品的設計風格是統一的，即對各產品的形狀、圖案或者其結合以及色彩與形狀、圖案的結合所作出的設計是統一的。(1) 形狀的統一，是指各個構成產品都以同一種特定的造型為特徵，或者各構成產品之間以特定的造型構成組合關係。形狀的統一，並不是指構成組合物的各個產品的具體形象必須完全一模一樣。比如刀子、叉子、勺子，雖然具體的形象不同，卻可以按照統一的形狀進行設計。(2) 圖案的統

一，是指各產品上圖案設計的題材、構圖、表現形式等方面應當統一。若其中有一方面不同，則認為圖案不統一，例如咖啡壺上的設計以蘭花圖案為設計題材，而咖啡杯上的設計圖案為熊貓，由於圖案所選設計題材不同，則認為圖案不統一，不符合統一和諧的原則，因此不能作為成套產品合案申請。(3)對於色彩的統一，不能單獨考慮，應當與各產品的形狀、圖案綜合考慮。當各產品的形狀、圖案符合統一協調的原則時，在簡要說明中沒有「請求保護的外觀設計包含色彩」的情況下，設計構思相同；在簡要說明中有「請求保護的外觀設計包含色彩」時，如果產品的色彩風格一致則設計構思相同；如果各產品的色彩變化較大，破壞了整體的和諧，不能作為成套產品合案申請。

4.構成成套產品的各產品必須分別具備授權條件。成套產品外觀設計專利申請除了應當滿足上述一般條件以外，構成成套產品的每一件產品都必須分別具備授權條件；其中一件產品不具備授權條件的，除非刪除該件產品的外觀設計，否則該專利申請不具備授權條件。但如果其中單個產品符合申請要件，可以作為一個或者兩個以上的獨立外觀設計提出分案申請。

由於組合物外觀設計是一個完整而不可分割的整體，因此其效力也只及於組合物全體。對組合物組成部分外觀設計產品的生產，不會構成組合物外觀設計專利權的侵害。要想使組合物各個組成部分的外觀設計受到保護，應當對每個組成部分的产品申請外觀設計專利。

二、部分外觀設計

中國大陸專利法沒有規定部分外觀設計制度，為了開闊視野，下面簡要介紹一下日本意匠法關於部分外觀設計的規定。

部分外觀設計制度是日本1998年修改意匠法時在第2條第1款括弧裡導入的新制度，目的在於保護產品某個部分的外觀設計。導入

的主要原因在於自昭和34年（1959年）以來，日本的外觀設計開發活動已經相當成熟，在產品整體外觀設計之外，大量的部分外觀設計開發活動也已經出現，並且在刺激消費者的購買慾方面發揮著越來越重大的作用，所以有加以保護的必要。

（一）部分外觀設計的含義

所謂部分外觀設計，按照日本意匠法第2條第1款的規定，是指對產品某個部分的形狀、圖案、色彩或者其結合所作出的透過視覺能夠引起美感的設計。但是，第8條規定的組合物外觀設計除外。在日本常見的部分外觀設計有咖啡杯的把手、帽子的帽檐、手錶上的對角圖案、T恤衫上的圖案、剪刀上的把手、手機上的按鍵，等等。

所謂產品的部分，是指本身不能成為交易物件的產品的某個部分。零部件作為產品的一部分，如果和成品構成一個不可分割的整體、本身不能獨立成為交易的物件時，不是產品，但是可以作為成品的一個部分，成立部分外觀設計。如果零部件可以和整體分離、能夠獨立成為交易的物件時，則是產品，本身可以存在整體外觀設計。可見，在這種情況下，部分外觀設計如果和成品分離，則成為獨立的零部件外觀設計。

組合物不能申請部分外觀設計。原因在於，組合物外觀設計的價值在於其組合成整體時給人的美感。²不過，有的日本學者認為，組合物和其他一般產品並沒有本質差別，因此構成組合物的兩個以上的產品的外觀設計，如果符合申請要件，也應該可以成立部分外觀設計。³

（二）部分外觀設計申請外觀設計專利權的要件

部分外觀設計申請外觀設計專利權，也必須具備一般外觀設計申請外觀設計專利權的要件。即新穎性、創作非容易性、工業上利

² 參見1997年11月20日日本工業所有權審議會外觀設計小委員會報告書。

³ 參見加藤恒久：《改正外觀設計法概觀》，1999年，第30頁。

用的可能性，不存在擴大先申請，符合一外觀設計一申請原則，符合先申請原則，以及不存在不授予外觀設計專利權的事由。

但是，一外觀設計一申請的原則在應用到部分外觀設計時具有一些特殊性。爲了刺激消費者的購買慾望，部分外觀設計申請者常常將形狀相同的設計形態放置在產品的不同位置提出申請，在這種情況下，是否還符合一外觀設計一申請的原則呢？按照日本特許廳處理的部分外觀設計申請實務，儘管相同形狀的設計形態放置在產品的幾個不同地方，只要是在交易時作爲一個整體對消費者發揮美感作用，仍然應當作爲一個部分外觀設計對待。最典型的是手機的按鍵、剪刀的兩個把手、襯衫上的幾個相同形狀的圖案（比如三角形、五角形等）。

按照日本現行外觀設計法第3條之2的規定，就產品全體外觀設計提出申請後，不得再就該產品的某個部分提出部分外觀設計申請。但是爲了強化模仿品對策，日本2006年修改於2007年4月1日施行的意匠法對此種限制作出了修正。按照修正後的外觀設計法第3條之2的規定，即使後申請的零部件外觀設計或者部分外觀設計和先申請外觀設計的一部分相同或者類似，在登載先申請外觀設計的外觀設計公報發行前，如果是由同一個人提出申請的話，在後零部件外觀設計申請或者部分外觀設計申請應當允許。

（三）部分外觀設計類似性的認定

部分外觀設計類似性的判斷，在日本存在兩種學說，即獨立說和要部說。獨立說認爲，只要使用了外觀設計權人主張權利的部分，不管使用在相同或者類似產品的什麼部位，就應當認定爲屬於和登記外觀設計類似的外觀設計。⁴

要部說則認爲，類似外觀設計的認定應當以申請書中公開的外

⁴ 參見佐藤惠太：《部分外觀設計的權利範圍》，載《知識產權與現代社會》，信山社，第693頁。

觀設計為基點進行判斷。如果某外觀設計使用的位置、大小和公開的部分外觀設計申請中所記載的圖面不一致的話，則不應當判斷為類似外觀設計。⁵

要部說是主流學說，日本裁判所也基本上堅持要部說。

和一般外觀設計一樣，部分外觀設計的認定，通常也必須透過申請書中記載的外觀設計使用的產品、外觀設計說明、外觀設計所使用的產品的說明，以及申請書所添附的圖面的記載（包括部分以外的部分的記載）來把握。但是，和一般外觀設計認定不同的是，在認定部分外觀設計時，外觀設計申請書所添附的申請外觀設計專利權的部分外觀設計以外的部分也必須作為判斷的依據，因為從中可以看出部分外觀設計在整個產品中的位置、大小、比率等關係。即使對比外觀設計和部分外觀設計相同或者類似，但位置、大小如果顯著不同的話，也應當判斷為非類似外觀設計。同時，為了認定部分外觀設計，申請人在申請時必須用實線明確標明部分外觀設計所在的位置，用虛線明確標明產品的其他部分。

部分外觀設計是否類似的判斷，和一般外觀設計是否類似的判斷一樣，也應當以需要者作為判斷主體，看部分外觀設計給人的美感是否相同。但是，由於部分外觀設計存在申請外觀設計權的部分和不申請外觀設計權的其他部分的區別，因此判斷稍微有些不同。一般來說，即使不申請部分外觀設計專利權的部分不同，只要申請外觀設計權的部分相同或者類似，也應當作為類似的部分外觀設計對待。

關於部分外觀設計和整體外觀設計之間的關係問題，按照日本特許廳的運用基準，部分外觀設計（包括成品部分外觀設計和零部件的部分外觀設計）和整體外觀設計（包括成品的整體外觀設計和

⁵ 參見吉原省三：《部分外觀設計的問題點》，載《知識產權與現代社會》，信山社，第117頁；加藤恒久：《部分外觀設計論》，尚學社，第228頁；田村善之：《知識產權法》，有斐閣2003年，第3版，第334頁。

零部件的整體外觀設計)之間,不存在產品類似性的關係,因此部分外觀設計和整體外觀設計之間,不管事實上形成了怎樣的利用關係,也不構成類似關係。⁶

部分外觀設計和零部件外觀設計很容易混淆,而且可以重合,但是二者並不是一回事。以自行車和自行車的把手為例,它們之間至少存在下列區別:

1.以部分外觀設計使用的產品是自行車,而零部件外觀設計使用的產品是自行車的把手為例,在部分外觀設計的情況下,製造包含部分外觀設計的自行車的行為將構成部分外觀設計權侵害,而且這種侵害及於整個自行車。而在零部件外觀設計的情況下,生產包含車把手的自行車的行為雖然構成對零部件外觀設計的侵害,但是這種侵害只及於車把手,而不及於自行車本身。

2.在部分外觀設計的情況下,差止請求的物件為自行車全體。而在零部件外觀設計的情況下,差止請求的物件為自行車把手。

3.從損害賠償的角度看,在部分外觀設計的情況下,應當以自行車的全體價格來計算損害賠償額。而在零部件外觀設計的情況下,只考慮把手本身的價格。但是,不管在哪種情況下,計算損害賠償數額時,由於都要考慮部分外觀設計和零部件外觀設計對於整個自行車的貢獻,因此最終計算的損害賠償額往往趨於相同。

三、秘密外觀設計

中國大陸專利法沒有規定秘密外觀設計制度。因此也以日本意匠法的規定為例加以說明。

秘密外觀設計制度是1998年日本修改意匠法之前就有的制度。日本之所以設計了這個制度,主要是因為外觀設計非常容易模仿。按照日本現行意匠法第14條的規定,秘密外觀設計制度是指申請人從外觀設計權設定登記之日起3年以內,可以請求將其外觀設計作為

⁶ 參見加藤恒久:《改正外觀設計法概觀》,1999年,第47頁。

秘密保存的制度。該請求如果被批准，則在設定登記時，只將申請人的姓名或者名稱、住所或者居所、申請號碼和時間、登記號碼和時間等事項在外觀設計公報上公布，申請書、照片、仿真模型形狀、樣品等內容則不予公布。關於具體的保密時間，只要在3年以內，可在原申請的基礎上申請延長或者縮短。但是，只要申請人指定的保密期間一過，其申請書、照片等保密內容應當立即在外觀設計公報上公布。

但是2006年修改於2007年4月1日後施行的日本意匠法第14條第2款延長了秘密外觀設計能夠提出請求的時間。按照該項規定，在提出外觀設計申請時或者繳納第一年份的註冊費用時就可以提出秘密外觀設計申請。

秘密外觀設計，一般情況下任何第三人不得閱覽，除非經過秘密外觀設計權人的許可。但是，按照日本意匠法第14條第4款的規定，秘密外觀設計的保護並不是絕對的，在和秘密外觀設計同一或者類似的外觀設計的審查、準司法審查、再審以及訴訟過程中，如果當事人或者參加人提出請求，或者裁判所提出請求，或者其他利害關係人提出請求，特許廳應當向這些人開示秘密外觀設計的保密內容。當然，這些人員看過後負有保密義務。

按照日本意匠法第37條第3款和第40條但書的規定，秘密外觀設計將產生下列法律後果：

1. 由於第三者無法知道秘密外觀設計的內容，因此外觀設計權人或者專用實施權人在主張權利的時候，必須將申請書、照片、仿真模型形狀、樣品等內容以及獲得特許廳許可的證明等材料向相對人提示並且進行警告後，才能行使差止請求權。

2. 對於第三人的侵權行為不適用過錯推定規則。也就是說，秘密外觀設計權人不但要進行提示和警告，而且必須證明侵權行為人主觀上存在過錯時，才能行使差止請求權。上述法律後果只在外觀設計保密期間才發生，一旦秘密指定期間經過，就不再適用。

由於日本不正當競爭防止法第2條第1款第3項規定了商品形態的

酷似性模仿，外觀設計的保密沒有太大的必要，因此實際的利用率很低。目前，主要是汽車製造者利用該制度來暫時保護新款車的外觀設計。⁷

四、關聯外觀設計

中國大陸專利法也沒有規定關聯外觀設計制度。仍以日本意匠法的規定為例加以說明。

關聯外觀設計制度在1959年的意匠法就有設定，1998年日本在修改意匠法時進一步完善了該制度。關聯外觀設計制度主要是爲了彌補一外觀設計一申請原則存在的缺陷而設計的制度。按照日本意匠法第9條第2款規定的一外觀設計一申請的原則，如果一申請中包含兩個以上的外觀設計，申請將被駁回。這不利於基於一個創作觀念同時創作的類似外觀設計的保護，而關聯外觀設計制度恰好可以彌補這一制度的不足。

(一)關聯外觀設計的構成要件

所謂關聯外觀設計，就是和本外觀設計類似的外觀設計。具體說來，按照日本意匠法第10條的規定，構成關聯外觀設計必須具備下列條件：

1. 必須和本外觀設計同日申請。所謂本外觀設計，是申請人任意選擇的外觀設計，和該外觀設計類似的外觀設計就構成關聯外觀設計。關聯外觀設計必須和本外觀設計同日提出申請。和本外觀設計不同日提出申請的，或者構成在後申請，或者由於喪失新穎性，不能獲得外觀設計權。

但是按照日本2006年修改於2007年4月1日後施行的意匠法第10

⁷ 中國大陸專利法沒有規定秘密外觀設計制度，關於秘密外觀設計制度，是否能夠真正起到保護設計者的作用，還有待於觀察。因為只要設計者的產品投放市場，不管是否公開權利要求書和圖面，他人一樣可以對其設計進行完全的解構。

條第1款的規定，在登載本外觀設計的外觀設計公報發行前（在申請秘密外觀設計的情況下，在最初的外觀設計公報發行前），關聯外觀設計可以在本外觀設計提出申請後再行提出，但是按照第10條第2款的規定，如果本外觀設計設定了專用實施權，則不能再提出關聯外觀設計申請，除非消除專用實施權的設定。日本之所以做這樣的修改，原因在於在實際的外觀設計申請中，外觀設計申請人爲了對付模仿品，往往對最初提出的外觀設計加以改變後再提出申請，允許關聯外觀設計和本外觀設計分開申請迎合了市場變化的需要。

2. 必須由同一個申請人提出申請。

3. 必須是和本外觀設計類似的1個或者2個以上的外觀設計。關聯外觀設計，必須全部是和本外觀設計類似的外觀設計，僅僅和其他關聯外觀設計類似的外觀設計不是關聯外觀設計，按照日本意匠法第10條第2款的規定，不能作爲關聯外觀設計提出申請。也就是說，本外觀設計和關聯外觀設計之間，應當是花瓣形的關係，而不是連鎖型的關係。⁸比如 $A=B\setminus C\setminus D$ 和 $A=B=C=D$ 之間，前者中的B、C、D由於都和A相似，因此可以作爲A的關聯外觀設計同時或者分開提出申請；而後者由於A和B相似，B和C相似，C和D相似，屬於典型的連鎖型相似，因此不能作爲關聯外觀設計提出申請。在 $A=B\setminus C\setminus D$ 中，正由於B、C、D都和A相似，才不適用第9條的一外觀設計一申請原則，而能夠作爲關聯外觀設計同時提出申請。

（二）關聯外觀設計的法律地位

關聯外觀設計的法律地位，從日本意匠法的規定看，關聯外觀設計既有附從本外觀設計的一面，也有獨立於本外觀設計的一面。

按照日本意匠法第21、22、27條的規定，關聯外觀設計的附從性主要表現在以下幾個方面：

1. 隨本外觀設計權的存續期間終了而終了。但例外情形下本外

⁸ 參見洪谷達紀：《知識產權法講義二》，有斐閣2005年版，第293頁。

觀設計消滅時，關聯外觀設計繼續存在。

2. 本外觀設計和關聯外觀設計不得分開許可或者轉讓。在設定了專用實施權時，本外觀設計和所有關聯外觀設計必須同時針對一個人設定。而且在本外觀設計權由於不繳納維持費、被宣告無效或者放棄等原因而消滅的情況下，關聯外觀設計權也不能分開進行許可或者轉讓，或者在關聯外觀設計上分別設定專用實施權。

除了上述情況外，關聯外觀設計和本外觀設計一樣應當作為獨立的外觀設計對待。也就是說，和本外觀設計一樣，申請關聯外觀設計的實質性要件、先申請的判斷、申請費用和維持費用的繳納、權利的範圍、無效宣告請求、放棄等事項，都應當獨立進行。⁹

第四節 獲得外觀設計專利權的手續

爲了提高審查的效率，早日實現權利化，中國大陸專利法對實用新型和外觀設計專利申請不採申請公開、請求審查的制度，而是實行了形式審查制度，從而使授予的手續大爲簡化。

一、申請

按照專利法第27條的規定，申請外觀設計專利的，應當提交請求書以及該外觀設計的圖片或者照片等文件，並且應當寫明使用該外觀設計的產品及其所屬的類別。專利法實施細則第27條進一步規定，申請時提交的圖片或者照片，不得小於3釐米x8釐米，並不得大於15釐米x22釐米。同時請求保護色彩的外觀設計專利申請，應當提交彩色圖片或者照片一式兩份。申請人應當就每件外觀設計產品所

⁹ 關聯外觀設計制度極大地擴展了外觀設計設計者可以申請外觀設計權的範圍。由於實施成本和消費者偏好等因素，關聯外觀設計設計者即使申請了關聯外觀設計，也並不一定會實施。而不實施的話，就會發生外觀設計囤積現象，這對於他人的外觀設計選擇來說將是一個極大的限制。中國大陸專利法是否有必要借鑑關聯外觀設計制度，尚需進一步討論。

需要保護的內容提交有關視圖或者照片，清楚地顯示請求保護的內容。專利法實施細則第28條進一步規定，申請外觀設計專利的，必要時應當寫明對外觀設計的簡要說明。外觀設計的簡要說明應當寫明使用該外觀設計的產品的設計要點、請求保護色彩、省略視圖等情況。簡要說明不得使用商業性宣傳用語，也不能用來說明產品的性能。專利法實施細則第29條進一步規定，國務院專利行政部門認為必要時，可以要求外觀設計專利申請人提交使用外觀設計的產品樣品或者模型。樣品或者模型的體積不得超過30釐米×30釐米×30釐米，重量不得超過15公斤。易腐、易損或者危險品不得作為樣品或者模型提交。

申請外觀設計專利，和發明或者實用新型一樣，也可以按照專利法第29條第1款的規定要求國際優先權，和發明或者實用新型優先權不一樣的是，外觀設計專利申請要求優先權的，應當自外觀設計在外國第一次提出專利申請之日起6個月內，又在中國就相同主題提出專利申請。

和發明或者實用新型專利申請一樣，外觀設計專利申請也必須遵守一申請一專利的原則，即一件外觀設計專利申請應當限於一種產品所使用的一項外觀設計，除非是用於同一類別並且成套出售或者使用的產品的兩項以上的外觀設計。

申請外觀設計專利的，申請人也可以對專利申請文件進行修改，但修改不得超出原圖片或者照片表示的範圍。

二、審查和授權

由於外觀設計專利申請不實行申請公開、請求審查制度，而是採取形式審查制度，因此相對發明專利申請而言，手續要簡單得多。按照專利法第40條的規定，實用新型和外觀設計專利申請經過初步審查沒有發現駁回理由的，國務院專利行政部門就應當作出授予實用新型或者外觀設計專利權的決定，發給相應的專利證書，同

時予以登記和公告。實用新型專利權和外觀設計專利權自公告之日起生效。按照專利法實施細則第44條的規定，外觀設計初步審查的主要內容如下：

1. 外觀設計專利申請是否明顯屬於專利法第5條規定的情況（對違反國家法律、社會公德或者妨害社會公共利益的發明創造，不授予專利權）。

2. 外觀設計專利申請是否不符合專利法第18條規定的情形（在中國大陸沒有經常居所或者營業所的外國人、外國企業或者外國其他組織在中國大陸申請專利的，依照其所屬國同中國簽訂的協定或者共同參加的國際條約，或者依照互惠原則，根據本法辦理）。

3. 外觀設計專利申請是否不符合專利法第19條第1款規定的情況（在中國大陸沒有經常居所或者營業所的外國人、外國企業或者外國其他組織在中國大陸申請專利和辦理其他專利事務的，應當委託國務院專利行政部門指定的專利代理機構辦理）。

4. 外觀設計專利申請是否明顯不符合專利法第31條第2款的規定（一件外觀設計專利申請應當限於一種產品所使用的一項外觀設計。用於同一種類並且成套出售或者使用的產品的兩項以上的外觀設計，可以作為一件申請提出）。

5. 外觀設計專利申請是否明顯不符合專利法第33條的規定（對外觀設計專利申請文件的修改不得超出原圖片或者照片表示的範圍）。

6. 外觀設計專利申請是否明顯不符合專利法實施細則第2條第3款的規定（專利法所稱外觀設計，是指對產品的形狀、圖案或者其結合以及色彩與形狀、圖案的結合所作出的富有美感並適於工業應用的新設計）。

7. 外觀設計專利申請是否明顯不符合專利法實施細則第13條第1款的規定（同樣的發明創造只能被授予一項專利）。

8. 外觀設計專利申請是否明顯不符合專利法實施細則第43條第1款的規定（分案申請可以保留原申請日，享有優先權的，可以保留

優先權日，但是不得超出原申請公開的範圍）。

9. 外觀設計專利申請是否依照專利法第9條規定不能取得專利權（兩個以上的申請人分別就同樣的發明創造申請專利的，專利權授予最先申請的人）。

關於獲得外觀設計專利權的其他手續，比如申請文件的修改、分案申請、駁回申請及其救濟、無效宣告及其救濟，等等，都與發明和實用新型專利申請相同，不再贅述。

第五節 外觀設計專利權的保護

一、外觀設計專利權的保護範圍和保護期限

按照專利法第59條第2款的規定，外觀設計專利權的保護範圍以表示在圖片或者照片中的該產品的外觀設計為準，簡要說明可以用於解釋圖片或者照片所表示的該產品的外觀設計。

外觀設計專利權的保護期限和實用新型專利權的保護期限一樣，為10年，自申請日起計算。

二、外觀設計專利權的內容及其行使

按照專利法第11條第2款的規定，外觀設計專利權被授予後，任何單位或者個人未經專利權人許可，都不得實施其專利，即不得為生產經營目的製造、許諾銷售、銷售、進口其外觀設計專利產品。從該條可看出，中國大陸現行專利法仍然沒有賦予外觀設計權人使用權。雖然司法實踐中可以通過擴大解釋銷售權來控制使用外觀設計專利產品的行為，但不夠明確、具體。從立法論的角度看，外觀設計雖不講求產品的機能性，但在刺激需要者的購買慾望、促進外觀設計的創作、活躍市場方面發揮著發明和實用新型不可比擬的作用，在權利內容方面沒有理由厚此薄彼；因此，授予外觀設計專利權人使用權也是非常必要的。

在國務院專利行政部門作出授予專利權的決定之前，如果有人實施了已經提出實用新型或者外觀設計專利申請的技術方案或者外觀設計，實用新型或者外觀設計專利申請人是否能夠像發明已經公開的發明專利申請人一樣，可以要求實施其發明的單位或者個人支付適當的費用？就發明專利申請人而言，由於發明專利申請已經公開，具有了公示效果，他人未經許可實施可以推定其存在過錯，因此必須對其過錯行為承擔損害賠償責任，發明專利申請人自然有權直接要求行為人承擔這種侵害利益的損害賠償責任。但對於外觀設計和實用新型專利申請而言，不實行申請公開和請求審查制度，因此某個外觀設計是否已經申請專利並不像發明專利申請那樣，在申請階段就具有公示效果，除非已經授權並且已經登記和公告。在這種情況下，行為人的實施行為就缺乏預見性，因而外觀設計或者實用新型專利申請人不能直接請求實施行為人向其支付實施費用，除非向實施行為人提示專利申請文件，並且發出警告。經過提示和警告，行為人再行實施的話，主觀上就有了過錯，因而必須對其過錯行為承擔相應責任，以此為基礎，外觀設計或者實用新型專利權人也就獲得了行使損害賠償請求權的基礎。中國大陸專利法並沒有作出這方面的規定，這屬於立法應該加以解決的問題。

那麼，在外觀設計或者實用新型專利申請正式被授予專利權之後，外觀設計或者實用新型專利權人在行使權利的時候，是否應當提示由國務院專利行政部門作出的檢索報告並且發出警告呢？關於這個問題，中國大陸專利法第61條第2款作出了一個含混不清的規定，即涉及實用新型專利或者外觀設計專利的，人民法院或者管理專利工作的部門可以要求專利權人或者利害關係人出具由國務院專利行政部門作出的檢索、分析和評價後作出的專利權評價報告，作為審理、處理專利侵權糾紛的依據。之所以說這是一個含混不清的規定是因為，國務院專利行政部門作出的檢索報告究竟發揮何種作用不是特別明確。

從日本實用新案法第29條之2的規定來看，對於侵害實用新型專

利權的行為，實用新型專利權必須提示由日本特許廳作出的技術評價書並且警告之後，才能提起訴訟，才能提出差止請求和損害賠償。最高法院2001年關於審理專利糾紛案件適用法律問題的若干規定吸取了日本的立法經驗，第8條規定，提起侵犯實用新型專利權訴訟的原告，應當在起訴時出具由國務院專利行政部門作出的檢索報告。其理由在於，實用新型專利申請不經過實質審查，因此專利權帶有很大的不確定性。而在發生實用新型專利權侵害的時候，被告經常提起專利權無效宣告程式，並要求中止訴訟，大大延長了訴訟的時間，影響了訴訟的效率。而由專利行政部門出具的檢索報告雖然只就新穎性和創造性作出檢索，但仍然可以作為實用新型專利權有效的初步證據。正是因為如此，司法解釋第9條規定，原告出具的檢索報告未發現導致實用新型專利權喪失新穎性、創造性的技術文獻的，儘管被告在答辯期間內請求宣告該項專利權無效，人民法院也可以不中止訴訟。

從立法論的角度看，外觀設計專利申請和實用新型專利申請一樣，也不進行實質審查，專利權同樣帶有很大的不確定性，因此，在發生外觀設計專利權被侵害的時候，規定專利權人或者利害關係人必須出具由國務院專利行政部門作出的檢索報告，以作為專利權有效性的初步證據也是必要的。對此，專利法第三次修訂案雖有所修正，但由於使用的「可以要求」這樣的字眼，因此提交評價報告是否是外觀設計專利權人起訴或者請求行政機關處理的前提條件，是否是外觀設計專利權人行使請求權的前提，仍然不清楚。這一缺陷仍然依賴於最高法院進行司法解釋進行完善。

三、外觀設計專利侵權的判斷

最高法院2009年12月21日發布的《關於審理侵犯專利權糾紛案件應用法律若干問題的解釋》第8條規定，「在與外觀設計專利產品相同或者相近種類產品上，採用與授權外觀設計相同或者近似的外

觀設計的，人民法院應當認定被訴侵權設計落入專利法第59條第2款規定的外觀設計專利權的保護範圍。」據此，根據外觀設計不同於發明和實用新型的特徵，侵害外觀設計專利權的行為，除了行為人主觀上必須具有生產經營目的外，在客觀行為表現上，只有在以下四種情況下，才構成外觀設計專利權直接侵害行為：外觀設計同一、產品同一；外觀設計同一、產品類似；外觀設計類似、產品同一；外觀設計類似、產品類似。可見，外觀設計專利侵權的判斷方法和註冊商標權侵權的判斷方法基本相同。

如何判斷外觀設計產品是否相同或者類似？按照最高法院2009年12月21日發布的《關於審理侵犯專利權糾紛案件應用法律若干問題的解釋》第9條的規定，「人民法院應當根據外觀設計產品的用途，認定產品種類是否相同或者相近。確定產品的用途，可以參考外觀設計的簡要說明、國際外觀設計分類表、產品的功能以及產品銷售、實際使用的情況等因素。」

如何判斷外觀設計是否相同或者近似？首先，按照最高法院2009年12月21日發布的《關於審理侵犯專利權糾紛案件應用法律若干問題的解釋》第10條的規定，人民法院應當以外觀設計專利產品的一般消費者的知識水平和認知能力，判斷外觀設計是否相同或者近似。也就是說，必須以外觀設計產品在視覺上給相關需要者的美感是否相同或者近似作為判斷標準。在上海樂美文具有限公司與（日本）派通株式會社等侵犯外觀設計專利權糾紛一案中，¹⁰，雖然上海樂美文具公司生產的圓珠筆在筆身部分、按壓部分和筆尖部分沒有採用和涉案專利產品一樣的透明設計，但法院認為，這種改動是微弱的，並不能給相關消費者帶來較大的視覺改變，故二者構成相近似，該「2202A真彩超細按動圓珠筆」產品侵犯了派通株式會社的外觀設計專利權。

其次，應當堅持「整體觀察、綜合判斷」的原則。按照最高法

¹⁰ 北京市高級人民法院民事判決書（2008）高民終字第1267號。

院2009年12月21日發布的《關於審理侵犯專利權糾紛案件應用法律若干問題的解釋》第11條第1款的規定，人民法院認定外觀設計是否相同或者近似時，應當根據授權外觀設計、被訴侵權設計的設計特徵，以外觀設計的整體視覺效果進行綜合判斷；對於主要由技術功能決定的設計特徵以及對整體視覺效果不產生影響的產品的材料、內部結構等特徵，應當不予考慮。也就是說，應當從整體上觀察被控侵權外觀設計產品與外觀設計專利產品給相關需要者視覺上的美感是否相同或者近似，而不能過分拘泥於外觀設計產品中那些需要者不容易看到的細微差別。在判斷外觀設計的整體視覺效果時，按照最高法院2009年12月21日發布的《關於審理侵犯專利權糾紛案件應用法律若干問題的解釋》第11條第2款的規定，應當特別考慮以下兩個因素：一是產品正常使用時容易被直接觀察到的部位相對於其他部位，二是授權外觀設計區別於現有設計的設計特徵相對於外觀設計的其他設計特殊。

在上海維娜斯潔具有限公司等與TOTO株式會社侵犯外觀設計專利權糾紛一案中，¹¹上海維納斯公司等主張其被控侵權馬桶與專利馬桶外觀上存在以下差別：

(一)從主視圖看，1.本專利桶體兩側輪廓為外凸弧形，而被控侵權產品為內傾斜線；2.本專利桶體兩側有與桶體輪廓呈三角形的向外突出的兩個斜線，而被控侵權產品沒有該斜線；

(二)從左視圖看，3.本專利桶體左側有向下彎折的水管，而被控侵權產品沒有該水管；4.本專利桶體左側的輪廓為雙內收折線，而被控侵權產品為一外凸的弧線；5.本專利桶體右側輪廓為外凸弧線，而被控侵權產品為內凹弧線；6.本專利有自桶體後面向前下方的深而長的收縮帶，而被控侵權產品為淺而短的凹陷弧線；

(三)從右視圖看，7.本專利水箱下部的黑色三角形百葉窗的右側有一近似矩形的線條，而被控侵權產品沒有該矩形線條；8.被控侵

¹¹ 北京市高級人民法院民事判決書（2008）高民終字第1386號。

權產品水箱右上角有一包括兩個按鈕的方框，而本專利沒有該方框；此外，右視圖也存在前述4、5兩點區別；

(四)從俯視圖看，9.本專利後頂部中間有兩個矩形線條，而被控侵權產品沒有該線條；10.本專利左側有一水管接頭，而被控侵權產品沒有該接頭；11.本專利弓形長條中間有一柳葉形飾物，而被控侵權產品沒有該飾物；12.本專利水箱和便蓋的輪廓線為雙線，而被控侵權產品為單線；

(五)從後視圖看，13.涉案專利上部箱體的中央部分具有矩形凸出部分，而被控侵權產品為平滑、光潔圓潤形狀；14.本專利與被控侵權產品下部形狀不同；

(六)從仰視圖看，15.本專利與被控侵權產品完全不相同也不相近似。

除對上述第9點區別不予認可外，TOTO株式會社對上海維納斯公司等上述主張的其他部分均予認可，但其主張外觀設計是否相近似的對比原則為「整體觀察、綜合判斷」，因此應當比對二者的整體視覺效果，而不應將六面視圖割裂開來觀察；本專利的六面視圖已經清楚地表明了產品的外觀，俯視圖中的雙線是由於該產品採用圓滑設計帶來的，是機械製圖的需要；二上訴人所主張的不同之處多集中在一般消費者不容易看到或是看不到的馬桶的後部和下部，不會對整體視覺效果產生顯著影響；而且這些不同之處均為細微差別，消費者很難注意到。

針對上述差別，一審法院認為，被控侵權產品與本專利均採用了抽水馬桶便蓋與水箱構成的特定的前低後高的曲面形狀、水箱與便蓋相連的貫通的弓形長條、水箱右側三角形百葉窗和左側的橫排操作按鈕等設計。被控侵權產品與本專利在相關局部的細微差別不足以使一般消費者將二者相區別開，二者已構成相似外觀設計。作為二審的北京市高院也認為，外觀設計專利權的保護範圍以表示在圖片或者照片中的該外觀設計專利產品為準。表達本專利外觀設計的主要設計部分應為抽水馬桶便蓋與水箱構成的特定的前低後高的

曲面形狀、水箱與便蓋相連的貫通的弓形長條、水箱右側的前部為百葉窗的三角形框和左側的橫排操作按鈕及特定的圓潤罐狀桶體部分。被控侵權產品與本專利均採用了抽水馬桶便蓋與水箱構成的特定的前低後高的曲面形狀、水箱與便蓋相連的貫通的弓形長條、水箱右側三角形百葉窗和左側的橫排操作按鈕等設計。被控侵權產品雖在桶體等部分與本專利存在多處差異，但這些差異均屬於局部的細微差別，其中產品底部和後部在使用時通常是不容易看到的部位，被控侵權產品與本專利在產品底部和後部存在的細微差異對產品整體視覺效果不具有顯著影響，亦不足以使一般消費者將二者相區別。從整體視覺效果上看，被控侵權產品的外觀與本專利相近似，因此上海維納斯等有關被控侵權產品與本專利既不相同也不相似的上訴理由不能成立。

除了上述四種情形外的利用，在其他情況下的利用，比如產品不同而外觀設計同一或者類似，或者外觀設計不同而產品同一或者類似，都不會構成外觀設計專利權的侵害。前一種情況下的利用稱之為「實施上的利用外觀設計」，後一種情況下的利用稱之為「創作上的利用外觀設計」。前一種情況，比如將擁有外觀設計專利權的自行車把手用作自行車本身的外觀設計。後一種情況，比如擁有外觀設計專利權的產品是鋼筆，外觀設計專利為圓柱形，利用者生產的雖然是鋼筆，但是外觀設計為六角形，因此也不會構成對外觀設計專利權的侵害。但是，在「實施上的利用外觀設計」的情況下，行為人的行為有可能構成日本不正當競爭防止法上所稱的混淆行為或者商品形態酷似性模仿行為。

要指出的是，在外觀設計專利侵權判斷中，被告是否擁有在後獲得的外觀設計專利並不影響侵權的判斷。在上述上海樂美文具有限公司與（日本）派通株式會社等侵犯外觀設計專利權糾紛一案中，¹²上海樂美文具公司未經受讓獲得專利權的日本派通株式會社

¹² 北京市高級人民法院民事判決書（2008）高民終字第1267號。

許可，擅自委託他人生產派通株式會社擁有專利權的「真彩超細按動圓珠筆」，經過比對，上海樂美文具公司生產的圓珠筆與派通株式會社擁有專利權的圓珠筆形狀完全相同。上海樂美公司公司以自己受讓了方鵬華的外觀設計專利為由進行抗辯，但法院認為方鵬華的外觀設計專利是在涉案專利公告授權後才申請的，故上海樂美公司以該份外觀設計專利文件作為不侵權的抗辯依據不能成立。

此外，由於中國大陸專利法沒有賦予外觀設計專利權人使用權，因此將侵犯外觀設計專利權的產品作為零部件，製造另一產品並且售出的，如果外觀設計專利權產品在另一產品中發揮了外觀的作用，則司法機關仍然必須將該種行為作為銷售外觀設計專利權產品行為處理。但在侵犯外觀設計專利權的產品在另一種產品中不發揮外觀設計作用，而僅僅具有技術功能時，按照最高法院2009年12月21日發布的《關於審理侵犯專利權糾紛案件應用法律若干問題的解釋》第12條第2款的規定，不視為侵權行為。最高法院的此種觀點似乎有些粗糙。有些外觀設計專利產品雖然在最終產品中只發揮零部件作用，而且最終消費者看不見，但中間層次的需要者則是看得見的，這種情況下如果不將該種使用行為作為銷售行為處理，對外觀設計權人明顯不利。

關於外觀設計專利權的其他問題，比如權利限制、侵權的後果、經濟利用等，都和發明專利、實用新型專利相同，請參見相關章節，此處不再贅述。