

# 如何理解实用艺术品的实用性与艺术性在“观念上可分离”——谈最高人民法院指导性案例第157号

日期：2021.09.09 作者：张校铨

内容提要：最高人民法院发布的第157号指导性案例涉及实用艺术品的可版权性问题，意味着我国法院接受了发展自美国法的“分离原则”，尤其是“观念上可分离”。然而，即使在美国，“观念上可分离”的含义仍然令人捉摸不清，充满争议，该概念甚至已经偏离了“分离原则”区分版权与工业产权保护对象的目的，我国司法实践在接受“观念上可分离”时应当谨慎。事实上，第157号指导性案例确立的“观念上可分离”与实用艺术品的实用性无关，只是在评价实用艺术品上的艺术性表达是否是“唯一表达”，这是将“思想”“实用功能”以及“唯一表达”混为一谈的结果。

关键词：实用艺术品；分离原则；观念上可分离；指导性案例

## 一、问题的提出

2021年7月15日，最高人民法院发布第157号指导性案例——左尚明舍家居用品（上海）有限公司（简称左尚明舍公司）诉北京中融恒盛木业有限公司（简称中融公司）、南京梦阳家具销售中心侵害著作权纠纷案——是我国最高人民法院自2011年至今发布的162个指导性案例中，第五例涉及著作权纠纷的案例。结合《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见》来看，我国法院将更多地运用“观念上可分离”来处理实用艺术品的可版权性问题。

为更好地理解“观念上可分离”，本文先对第157号指导性案例进行梳理[1]：

一审南京中院认为，左尚明舍公司主张的作品是一种产品设计图，中融公司按图生产的被控“唐韵红木衣帽间产品”的功能性与艺术性无法分离，属于工业产品，此生产行为不属于著作权法意义上的复制行为，不构成侵权。二审江苏高院认为，左尚明舍公司主张的是“唐韵衣帽间家具”的整体形状，以及板材花色纹路、金属配件搭配、中式对称设计等的组合，整体富有美感并可用于工业化生产，属于具有实用价值的艺术作品，改判构成侵权。最终，最高法院认为：“我国著作权法所保护的是独创性表达，而不保护作品中所反映的思想本身”，涉案家具的实用功能主要在于放置、陈列衣物等，这是由柜体内部置物空间设计所决定的，如果改动板材花色纹路、金属配件搭配、中式对称设计等造型，不会影响其放置、陈列衣物的实用功能，涉案家具可作为美术作品受《著作权法》保护。与江苏高院仅从涉案家具“富有美感”就得出“属于具有实用价值的艺术作品”相比，最高法院的“改动造型不影响实用功能”的逻辑似乎更有说服力。

除去分析该案件本身，最高法院还明确了判断国内实用艺术品可版权性的基本规则。首先，要评价是否构成作品的三个基础要件，即：（1）属于文学、艺术和科学领域内的智力创作；（2）具有独创性；（3）能以有形的形式复制。其次，考察作为美术作品的

三个特殊构成要件：（4）由绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成；（5）具有审美意义；（6）属于平面或者立体的造型艺术作品。最后，为排除实用艺术品中的实用功能，还需要满足（7）实用性与艺术性可以相互分离（“分离原则”）。具体指两种情形：

（a）物理上可以相互分离，即具备实用功能的实用性与体现艺术美感的艺术性可以物理上相互拆分并单独存在；

（b）观念上可以相互分离，即改动实用艺术品中的艺术性，不会导致其实用功能的实质丧失。



唐韵衣帽间家具

（摘自左尚明舍公司外观设计专利）



疑为被控侵权的唐韵红木衣帽间

（摘自案件被告2016年发布的公众号文章）

显然，最高法院认为“唐韵衣帽间家具”属于“观念上可分离”的情形，但是最高法院随之又将体现实用功能的柜体L形拐角设计（“使其能够匹配具体家居环境进行使用”）考虑进了作品实质性相似的判断中（“二者相似之处在于：整体均呈L型，衣柜门板布局相似……”），这依然是认可了功能性元素的可版权性，可见这种“观念上可分离”很难一分为二地割裂出功能性的部分。

这不禁令人想起“Paradis酒瓶”系列案，对于同样的瓶子，上海浦东法院认为“酒瓶的形状主要用于实现其盛酒的实用功能，其艺术美感与实用功能本身无法分离而独立存在”[2]；但广东高院秉持前述“观念上可分离”的思路，认为“对该瓶子的扁葫芦形状、带状棱边、瓶盖凹环等处设计进行改动，不会影响该酒瓶子储存酒液的实用功能，符合实用性与艺术性在观念上可相互分离的要件”[3]。如果认可酒瓶的功能是储存酒液，那么广东高院的“观念上可分离”也依然保护了功能性的部分，所谓的“分离”到底分离了什么呢？



Paradis酒瓶

不得不承认“物理上可分离”完美地排除了功能性部分，但属于“观念上可分离”的情形或者说物理上不可分离的情形占多数，“观念上可分离”在理论上很美好，但尤其对三维的形状、结构而言，可操作性令人怀疑。总之，在第157号指导性案例中，最高法院正式地定义了“观念上可分离”，即“改动实用艺术品中的艺术性，不会导致其实用功能的实质丧失”，这在理论上是否合理，以及如何理解最高法院对“观念上可分离”的定义？本文将加以分析。

## 二、“观念上可分离”可能偏离了“分离原则”的产生目的

目前普遍认可美国法发展了“分离原则”，该原则产生的目的是确定实用品在何种情况下可以受版权法保护，或者说是防止工业化的功能性产品被版权法强大的权利内容和保护期“过度保护”从而威胁整个外观设计制度。

“分离原则”发端于美国最高法院1954年判决的“Mazer案[4]”，该案涉及一款作为台灯底座的舞蹈雕像，该判决写到：版权法与外观设计专利法保护美感的分界线不在于美和实用性，而在于版权保护艺术，而外观设计专利权保护有关原创性和装饰性的外观设计的发明创造。在版权法中，我们找不出支持以下观点的条文，即一件合于版权保护的物品，当其预期的目的是用于或已经用于工业时，就不能获得版权注册，或使版权注册无效[5]。这段说理意在强调版权法仅保护实用品的艺术性部分，而没有反对版权法与外观设计法保护的无形客体并存于同一实体物上。

恰巧Mazer案涉及的雕像是可以与台灯在物理上分离的，美国版权局后来把“版权法仅保护艺术性部分”理解为“版权法不保护功能性部分”，并对应修改了实用品获得版权的判断标准，该标准进一步成为1976年《美国版权法》第101条“绘画、图形及雕塑作品”定义的“分离原则”：实用品的外观设计，只有在其绘画、图形及雕塑的特征（features）可以与实用性相分离（can be identified separately）且独立存在（capable of existing independently）时，才可以根据本法获得版权[6]。众议院在法案的说明报告中进一步提出了“观念上可分离”（conceptual separability）的概念，即“工业品只有在外形含有在物理上或观念上可分离的，独立于物品实用方面的要素才可以获得版权”，但对什么是“观念上可分离”没有做出具体解释。[7]

后来，美国法院一直尝试在判例中解释“观念上可分离”，包括主、次要标准（Kieselstein案[8]）、创作过程测试标准（Brandir案[9]）、销售价值标准（Gianna案[10]）以及独立艺术价值标准（Pivot Point案[11]），可是，这些标准深受个案案情的影响，无法进行交叉测试，难以称之为“标准”。在2017年的“Varsity案[12]”中，美国最高法院确立了最新的“两要件标准”，代表多数意见的Thomas大法官认为，实用艺术品在符合《美国版权法》规定的两个要件时可受版权保护：（1）设计成分可以分离于实用物而被感知为平面或立体的艺术品，即“分离识别”要件；（2）如果假想设计成分脱离于所结合的实用物，其可以单独或固定于其他有形的表达媒介而符合绘画、图形或雕塑作品，即“独立存在”要件。[13]也就是说，美国最高法院认为，涉案啦啦队制服可以被假想地分离于服装并作为一幅绘画或者说图形而存在，便属于作品。

“Varsity案”得到的两要件标准似乎可以对所有前案进行测试，但也只是饮鸩止渴。因为一切可被感知的外观本质上都是一种表达，尤其是美国法对作品的创作高度要求极低，所以两要件标准将使得几乎所有设计品上的艺术部分都可以被“假想脱离”并“单独固定”成为版权法保护的主体，包括“Brandir案”中拒绝保护的自行车支架。

从结果来看，“观念上可分离”成为了强化法官自由心证的说理工具，似乎已经与统一裁判思路的目的背道而驰。至今为止，美国法仍未能合理地解释“观念上可分离”，“分离原则”区分版权与工业产权保护客体的功能，因“观念上可分离”含义的不确定性而大打折扣。我们不禁要反思，“观念上可分离”作为“分离原则”的子概念，还能起到区分版权法与外观设计专利法客体、起到防止给外观设计制度带来不利影响的作用吗？

### 三、最高法院的“观念上可分离”实质是不保护“唯一表达”

首先需要澄清，“实用艺术作品”不是专指《实施国际著作权条约的规定》第六条第一款规定的“实用艺术作品”，而是指那些艺术性与实用性可以分离的“实用艺术品”，比如，第157号指导性案例写道，“实用艺术品本身既具有实用性，又具有艺术性”，以及“作为美术作品受著作权法保护的实用艺术作品，除同时满足关于作品的一般构成要件及其美术作品的特殊构成条件外，还应满足其实用性与艺术性可以相互分离的条件”。换句话说，最高法院明确所谓的“实用艺术品”是朴素的描述性概念，而“实用艺术作品”意味着通过了“分离原则”的测试而成为作品。

这也可以看出，我国使用“分离原则”也是想用来区分作品和外观设计。进一步，因为外观设计本身是可以同时具备实用性和艺术性的，无需对外观设计进行实用性和艺术性的分离，所以“分离原则”实质上是对“是不是作品”的判断，再进一步说，因为所有外观都是具体可见的表达，所以“分离原则”的本质应该是对某种表达“是否可以受《著作权法》保护”的判断，这和美国判例的说理目的是相同的。

与美国判例不同的是，第157号指导性案例确立的“观念上可分离”是“改动实用艺术品中的艺术性，不会导致其实用功能的实质丧失”，有别于“分离识别”与“独立存在”的二要件思路，因为我国的“观念上可分离”是在假想“改动”艺术性的部分，而不是像美国那样假想“分离”艺术性部分，正是这一微妙的区别，使得我国可以转而通过判断“可替代性”或者说是否属于“唯一表达”来评价某种表达是否受《著作权法》保护。只是从第157号指导性案例中可以发现，我国法院把“思想”与“实用功能”混为一谈了，也有意无意地把“思想”与“唯一表达”混为一谈了。

最高法院在第157号指导性案例中的说理可以剥离成：（1）著作权不保护思想，只保护表达；（2）实用功能属于思想范畴；（3）不能随意改动的艺术性表达（唯一表达）等同于实用功能；（4）不能随意改动的艺术性表达（唯一表达）属于思想；（5）不保护不能随意改动的艺术性表达（唯一表达）。这样进行剥离，便能发现最高法院在（2）和（4）处存在的问题：

其一，思想不等同于实用功能，前者是著作权法理论上明确排除的抽象内容，后者则是工业产权法保护对象的共性，只能说不一定适宜通过著作权保护。其区别在于，思想是绝对不受《著作权法》保护的，而实用功能似乎并非绝对，著作权在保护地图、设计图这样的科学领域的图形作品时，必然会对其实用功能起到一定的保护作用。

其二，根据“思想-表达二分法”，表达和思想永远处在可否被外在感知的对立面，即使是唯一表达也不可能是抽象的思想，只不过“唯一表达”或者“有限表达”同实用功能类似，不适宜受著作权保护。就像讨论外观设计法律是否应当保护功能所唯一限定的外观特征那样，绝非是因为功能所唯一决定的外观不再是外观、无法肉眼可见，而是为了防止某种功能被过分垄断从而作出的一种例外或限制。

因此，对最高法院定义的“观念上可分离”的正确理解是，改动艺术性部分则实质影响功能的，该艺术性部分实质上是唯一表达或有限表达，不宜被个体垄断，即使它具有独创性，《著作权法》也不给予保护。反过来说，哪怕某个表达具有功能性，只要可以被改动，依然可以受《著作权法》保护——这其实和功能性无关！绝不是所谓的“分离原则”。梳理美国法之后不难发现，“观念上可分离”本身还是个含混不清的概念，我国法院当然也无法完美地定义“观念上可分离”。在混淆前述两对概念的情况下，我国法院定义的“改动艺术性的部分”其实还是在讨论艺术性部分是否是唯一表达，例如用于装酒的酒瓶瓶身、用于支撑人体的椅子造型等，只要这些实用艺术品存在合理的设计空间，存在变化外在表达的可能性，就都是可以在“观念上可分离”的，都可以受《著作权法》保护。

#### 四、总结和结论

通过评析第157号指导性案例，本文还试图阐明一个观点：不从立法入手而只是解释现有规则，几乎是不可能清晰地地区分版权和工业产权所保护的客体的，英国法和法国法的发展历史都能说明这一问题。

英国曾在区分版权和外观设计的保护客体上花费了超过半个世纪的时间。1911年《英国版权法》第22条制定了“设计者的主观标准”，依据设计者创作时的工业化意图对版权和外观设计的保护客体进行区分[14]，后来在1949年的《注册外观设计法》中又出现了“观察者的主观标准”，该法第1条第（4）项规定英国贸易委员会（Board of Trade）可以驳回以文学或艺术性质为主的设计品的外观设计注册[15]。由于判断者的主观难以统一，最终英国干脆在1956年《版权法》中更换为客观标准，即艺术作品一旦客观上被注册成外观设计或在工业上应用（applied industrially），该作品的版权保护就受到限制，变成保护程度介于版权与注册外观设计权之间的“工业版权（industrial copyright）”[16]，这种立法模式还影响了澳大利亚[17]。而法国在近一个世纪内也尝试了一系列区分艺术作品与具有工业性及“非艺术”性客体的标准，包括作品的复制方法、作品的创作目的、作品的主要用途、创作者的身份以及作品的艺术价值，在发现每一种判断标准都过度依赖主观判断而使得区分两者的目的落空后，法国走向了极端的“艺术整体性（unity of art）”立场，[18]提供给实用艺术品版权和外观设计权的双重保护。

总之，美国法的“观念上可分离”是个过于理想化的概念，美国学者对此尚未形成统一意见，我国法院在借鉴时也应当谨慎，否则既可能面临美国当下的尴尬，也可能迈进英国和法国历史上的泥沼。好在最高法院没有照搬目前美国判例法对“观念上可分离”的任何标准，而是利用“改动”艺术性部分来替代“分离”艺术性部分，把判断实用艺术品是否受《著作权法》保护的问题回归到了分析是否是“唯一表达”当中去，使得该指导性案例不会带来不合理的麻烦。我国如果要处理版权与工业产权保护客体之间的关系，不妨在立法论上向欧洲国家学习，至于是倾向于降低工业产品的知识产权保护力度，还是倾向于保护工业产品的艺术性，则属于立法政策的博弈。

- [1] 参见：最高人民法院，（2018）最高法民申6061号民事裁定书；江苏省高级人民法院，（2015）苏知民终字第85号民事判决书。
- [2] 上海市浦东新区人民法院，（2018）沪0115民初12691号民事判决书。
- [3] 广东省高级人民法院，（2019）粤民终1665号民事判决书。
- [4] Mazer v. Stein, 347 U.S. 201, 100USPQ 325 (1954).
- [5] 该段判决译文摘自，李明德：《美国知识产权法（第二版）》，法律出版社2014年版，第381页。
- [6] 《美国法典》第17篇第101条（“Pictorial, graphic, and sculptural works”）。
- [7] 李明德：《美国知识产权法（第二版）》，法律出版社2014年版，第382-383页。
- [8] Kieselstein-Cord v. Accessories by Pearl, Inc., 632 F.2d 989, 990 (2d Cir. 1980).
- [9] Brandir International, Inc. v. Cascade Pacific Lumber Co., 834 F.2d 1142 (2d Cir. 1987).
- [10] Jane GALIANO and Gianna, Inc. v. Harrah's Operating Company, Inc.; Harrah's Entertainment, Inc., 416 F.3d 411.
- [11] Pivot Point International, Inc. v. Charlene Products, Inc and Peter Yau, 372 F.3d 913.
- [12] STAR ATHLETICA, L. L. C. v. VARSITY BRANDS, INC. 799 F. 3d 468
- [13] 译文摘自，麻冬圆：《美国实用艺术品的“分离选择”的认定——以Varsity案为视角》，载于《中国版权》杂志2017年第4期，第55页。
- [14] 1911年《版权法》第22条规定：本法不适用于受1907PDA保护的注册外观设计，除非该外观设计虽然可以被注册（capable of being so registered），但没有实际或打算用于任何模型或图案的工业生产（multiplied by any industrial process）。
- [15] Registered Designs Act 1949, Geo V c.88. (original version), Section 1 (4)
- [16] The Copyright Act 1956, 4 & 5 Elizabeth 2 c.74, Section 10: 他人在上述情形发生时起15年内，未经许可做出由1949年《注册外观设计法》控制的行为的，只侵犯注册外观设计权；如果15年期限经过，他人未经许可做出本来由1949年《注册外观设计法》控制的行为的，将不再侵犯版权。
- [17] 参见：1968年《澳大利亚版权法》第74~77条。
- [18] 参见：[澳]山姆·里基森，[美]简·金斯伯格：《国际版权与邻接权——伯尔尼公约及公约以外的新发展（第二版）》，郭寿康等译，中国人民大学出版社：第392页，引用部分由刘波林翻译。

本文首发于《版权理论与实务》2021年09期，总第9期，略作修改