

## 编者的话

随着经济社会的发展,我国在知识产权领域的纠纷越来越多,成为法学界讨论的热门话题;随着乡村振兴战略的实施,农村集体土地如何流转以使农民取得最大化的收益从而保障农民利益也是法学界讨论的一个热门话题。为此,本期博士论坛,我刊特约河南师范大学法学院张志伟教授(博士)和北方工业大学法学院潘天怡博士对创意和外观设计中的相关问题进行探讨;特约河南师范大学法学院郭少飞博士对土地流转问题进行深入的理论探讨。

## 创意的立法保护

张志伟

(河南师范大学 法学院 河南 新乡 453007)

**摘要:**现有的知识产权法律并不能周延地保护创意。欲周延地保护创意必须建立独立的创意制度。赋予创意人以创意权,使创意权成为一种新型的知识产权。这符合知识产权法律制度的发展趋势,具有足够的正当性。立法应主要从欲保护的创意范围、创意侵权的认定和责任的承担、创意登记三个方面建立具体的制度。

**关键词:**创意;立法;保护

**中图分类号:** DF523.1      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1674-5132(2018)01-0016-04

### 一 研究现状

近年来,创意侵权案件时有发生并呈现逐渐增多的趋势,然而,这种纠纷在司法实践中并不能得到合理有效的解决。从学术界来看,国内学者已经注意到了创意保护的法律问题,如2006年索来军在《著作权保护为创意产业保驾护航》一文中,认为应该把创意作为著作权法中的一般作品来进行保护<sup>[1]</sup>;2007年谢惠加、蔡建生在《广东省创意产业发展的知识产权对策研究》一文中,认为创意产业的发展需要不同的知识产权制度的支撑,可运用著作权、专利和商标权等不同形式的知识产权保护创意<sup>[2]</sup>;2009年任自力在<sup>[3]</sup>《创意保护的法律路径》一文中分析了创意的认定标准即新颖性和具体性,认为创意虽然与作品、商标和专利等传统的知识产

品存在一定的交叉,但又很难落入传统知识产品的范畴,具有独特性,是一种新兴的知识产品。他认为对于创意应采用以著作权法为主导,以合同法、不正当竞争法为补充的混合型保护制度。笔者认为这是值得商榷的,因为创意虽然具有知识产权的特性,但是它与著作权有很大的区别,一个重在思想,一个重在表达,以著作权法保护创意显然与著作权法的基本法理论不合。笔者认为,作为一种新兴的知识产品,现有的知识产权法律制度难以给予其周延的保护,需要建立独立的创意保护制度。

### 二 中国创意司法保护处于困境的制度原因

目前,我国当事人在创意被侵害时主要寻求的是现行知识产权法的保护,其中著作权法被适用的

基金项目:2016年河南省知识产权软科学研究项目(20160106006);2017年河南省知识产权软科学研究项目(20170106035)。

作者简介:张志伟(1977-),男,博士,教授,研究方向:法学。E-mail: zzwjuster@126.com

程度最高,反不正当竞争法中的商业秘密条款也有一定的适用空间,专利法与商标法很少适用。在司法实践中,创意纠纷原告胜诉的概率很低,这说明目前的知识产权保护法律制度尚无法满足创意保护的迫切需要。因此,有必要对我国现行知识产权法律制度进行分析,从法理上寻找原因,确定能否在现行的知识产权制度框架内寻找到对创意保护的可行的法律模式。

### (一) 创意的著作权法保护

尽管创意与著作权中的作品有相通之处,但创意由著作权法来保护是不合理的,它们之间存在着本质的冲突。其一,著作权中的作品与创意有本质的区别。作品是著作人创作出来就具有独特性,为法律所保护。著作权法保护的是作品表达出来的语言文字,侵权的标准也是以复制程度为标准的,然而创意并非是一种表达形式,创意表达只能说是把有价值的思路表达出来。创意与作品的根本区别就在于,创意是隐藏在作品之后的思路构造,一个是内容,一个是形式<sup>[4]</sup>。其二,著作权法中的作品都是以有形的形式表达出来的,创意有的通过作品的形式表现了出来,但形式本身并不是创意的实际价值,故很难把创意同著作权中的作品等同起来。另外,创意的类型繁多,并非所有的创意都能以作品的形式表达出来,例如商业计划书、公司运行模式等,这些都无法用作品的形式表达出来,依照著作权法中作品的规定,创意无法获得相应的保护。其三,在侵权保护方面,著作侵权与创意侵权遭受侵害的程度是有所差异的。如上所述,作品一经完成就具有著作权,无论是篇章、句子还是整个作品,即使发生了侵权,著作权仍为创作人所享有,因此它的侵犯程度较小。而创意与著作权不同,创意一旦遭受侵害,被公开或者具体实施,对于创意人来说创意的价值就消耗殆尽。

总之,著作权保护的是著作本身的语言文字表达,而创意侵权所侵犯的不是创意作品本身,而是隐藏在作品之后的理念与运行模式,根据思想表现二分法的原则,创意保护在著作权法上是没有法律基础的。

### (二) 创意的专利法或商标法保护

也有学者认为从专利权法和商标权法上对创意进行保护是有迹可寻的。近年来,出现一些具体技术创意的方案申请专利权保护的案例,例如商业经营模式、商业经营办法。但专利法的一个重要特点是要求专利具有新颖性、创造性与实用性,其对实用性具有严苛的要求,然而很多创意远远达不到专利

权要求的申请标准,例如PPT模板、家居装修样式、企业策划书等。这些创意并非没有社会价值,而是专利法旨在鼓励重大的科技发明创造,很多专利通过生产出产品并进行销售,给国家经济和国民生活带来巨大的收益,这是一些小的创意所不具备的。专利法的高门槛更多的是出于国计民生的考虑,是专利法制度自身的要求。专利法的另一个特点也把大多数的创意拒之门外,那就是专利申请的程序较为繁琐。专利申请要提供专利申请书、说明书和权利要求书等,而创意申请的说明书要求对发明、实用新型做出说明,必要的话还要提供附图。然而,有的创意并不具有广泛生产的可行性,例如,一个餐厅的装修风格,创意人不可能申请专利局保护这个装修风格归自己独自享有。另外,专利法第三十四条规定,国务院专利行政部门收到发明专利申请后,经初步审查认为符合本法要求的,自申请日起满十八个月,即行公布。由此看出,专利法审核批准专利的时间过长。而创意保护一经侵权价值就会丧失,如果创意申请专利,那么它在专利批准下来之前,如果创意遭到剽窃,将很难运用专利法进行保护。

至于运用商标法对创意进行保护,因为申请商标法保护的客体是图形和文字,单独来说,图形和文字是没有价值的,商标法保护的是其代表的商品或服务。用商标法对创意进行保护,需要创意能够具体到特定的商品或服务上,再以文字和图像标榜自己是不同于他人的创意作品。但创意作为一种构思或者方案具有独立的价值,不会附属于商品或者服务上,也不一定会形成文字和图像,所以,商标法也无法对其提供有效的保护。

### (三) 创意的反不正当竞争法(商业秘密)保护

首先,《反不正当竞争法》第10条第3款规定,“本法所称的商业秘密,是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的经营信息和技术信息”。从这里看出,商业秘密是处于其所有人自身控制之下的,它并没有公开的意思表示,侵权人获得商业秘密的方式多为欺诈或者窃取。《侵权责任法》第10条规定,经营者不得违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。第三人明知或者应知以违法手段获取,依然使用或者披露他人的商业秘密,视为侵犯商业秘密。而创意并非一定以秘密的方式进行,它如果没有公之于众,并且具有与商业秘密相当的价值,那么可以请求商业秘密的保护。但在实际生活中,多数的创意被创造出来后必定表现在具体的载体上,

这就很容易被侵权人所模仿,并且其自身的价值也无法与商业秘密相比,那么寻求商业秘密的保护就很困难。

其次,商业秘密人与侵权人之间都具有一定的法律上的关系,如签订有保守商业秘密的条约,或者存在雇佣关系对企业的商业秘密负有保密的义务。如此,出现侵权或违约的情形,可以直接通过既有的法律关系来保护<sup>[5]</sup>。而创意侵权往往只是一种侵权行为,侵权人与创意人之间一般没有具体的权利义务关系,故无法用商业秘密进行保护。

### 三 建立独立创意保护制度的正当性

鉴于在现存的法律环境下我们无法妥善地保护创意,故有必要建立独立的创意保护制度,赋予创意人以创意权,使创意作为一种新的知识产权也具有足够的正当性。随着社会的快速发展,新的知识产品逐渐增多,知识产权法律制度处于逐步扩张、扩大的趋势。这种趋势符合公平正义的法律理念。

具体来讲,依照劳动价值理论,劳动人创造出来的劳动属于权利人自己所有。创意是智力成果,自然属于创意人所有。作为一种独立的财产,创意并不属于传统的物的范畴,创意具有无形性,它或者以创意作品的形式表现出来,或者根本就是没有付诸实施的思路和办法<sup>[6]</sup>。从创意的特性来看,它是一种知识财产,然而其不同于著作权作品有固定的形式,也不同于商标、专利具有严格的法律要求。因此,把创意定义为一种新型的知识产权,纳入知识产权的保护模式中是相当可取的。把创意权界定为独立的知识产权,既能周延地保护创意的基本权利,保障创意产业的快速、可持续发展,也能通过有效的机制,把创意人自己的权利与广大民众获取资源的权利平衡起来,使得知识产权市场合理有序地发展。

所以,建立独立的创意保护制度,将创意界定为一种新兴的知识产品具有足够的正当性。

### 四 如何制定独立的创意保护制度

就目前实践来看,保护创意的立法级别应该以行政法规的层次为宜,因为行政法规的立法较为容易,效力在全国具有普遍性,修改起来也较为容易。同时,由于创意产业处于发展阶段,会遇到很多新情况,所以,待保护创意的制度经验比较成熟和所需的力度达到商标或者专利的程度,就可以考虑制定更高级别的立法。创意保护的立法内容在理论上应该

解决的主要问题是:欲保护的创意范围,创意侵权的认定和责任承担,创意登记。这几个问题是法律实践中困扰处理创意纠纷的主要问题,解决了它们,就会使创意保护制度在实践中具有可操作性,有利于创意的制度性保护。

#### (一) 欲保护的创意范围

我们可以从两个方面把握要保护的创意范围:首先注重考察其是否具有足够的新颖性;其次是其逻辑结构的设计是否具体,是否具备可实施性。此外,还可以学习德国学者的观点,区分作品的内在与外在表达,将那些层次明显的创意归于一种外在的表达而给予法律上的保护,同理,那些没有任何层次的创意应该归入到思想范畴而不给予实际的保护,以此来平衡公共利益与创意人权利,达到一种相对公平的状态。

#### (二) 创意侵权的认定和责任的承担

首先,应该明确认定侵权成立的具体方法。我们可以参照法院在审理著作权案件中经常采用的三步走的测试方法,首先认定其不属于应受保护的创意,然后再看侵害人所实施的行为是否与该应受保护的创意具有较大的相似性,最后,侵害人如果能够证明自己的创意先于现有权益人的创意存在或者有证据证明被诉创意是自己独立的开发所得,而不是剽窃借鉴了现有权益人的创意,那么应该认定不属于创意侵权行为,否则应当认定是侵权行为。即使其外在的表达形式有所不同,但是业内专家认定其核心内容是一致的,我们也应该认定这是一种侵权行为。

其次,侵权程度的认定。在司法实践中,剽窃创意的他人要么在创意作品的表现形式上进行了较大程度的变化,使得构成创意侵权缺乏法律依据;要么并不形成具体的载体,而仅仅是对创意内容的执行和实施<sup>[7]</sup>。因此,在侵权程度的认定上,采取著作权法对作品复制程度的认定和损害赔偿的方式是不合理的。在现实中,侵权人采取的侵权方法大多并不是完全的复制,很多来自于自己的创新与改进,因此很难确定创意人遭受的损害是侵权人侵权造成的,还是侵权人改进后自己的创意引起的。创意之所以为创意,其很大程度上取决于公众对创意作品的反应,一个日渐衰退的创意和一个蒸蒸日上的创意的价值自然是不可同日而语的。因此,新颖性和具体性在实践中应作为法院解决创意侵权程度的一种主要裁量标准。在具体性问题上,法院主要应考察侵害人是否实际利用了创意人的创意从中获益,获益多少,这个获益多少也不能简单地认为从侵权

之日起的总的收入都是侵权所得,而应该排除很多的因素,如侵权人自己的创意理念、身份影响力、服务态度,等等,也就是认定侵权所得在总收入所占的比例。在新颖性问题上,应重点关注创意人创意的独创性程度。

最后是创意侵权的责任认定与承担问题。按照惯有的损害赔偿原则,侵权责任一般是依照实际损失来计算。然而侵害创意,在很大程度上是无法衡量的,同时,如果没有惩罚性赔偿,就难以阻止侵权行为的发生。在无法确定具体损失的情况下,参照侵权人就其侵权行为本身所获得的利益,辅之以适当的惩罚性补偿是一种十分可行的方案。

### (三) 创意登记

制定创意登记或备案规则,为创意保护与交易提供证据等支持。鼓励创意人进行自愿登记。登记本身虽不能作为确定创意归属的最后证据,但至少可为创意归属的初步证据,在对方当事人不能举出相反证据的情况下,就以登记内容为准。创意登记制度的确立也利于减少创意交易中“艾若信息悖论”现象。实践中,部分地区在此方面已经开始了一些积极的探索,如上海市实施的“创意信封”制度、深圳市实施的平面设计保护制度。当然创意登记本身还面临着很多问题<sup>[8]</sup>。

首先,我们应该考虑到的一个问题就是创意登记的效力问题。如果过于强调所谓的创意登记,赋予这种登记很强的公示效力,那么其本身便与我国现存的专利登记制度没有太大的区别。但是创意还仅仅停留在初级阶段,如果这种登记规则直接排他性地否认他人对其的利用将在很大程度上阻碍技术的进步。因此,如前文所述,创意登记只能作为认定创意归属的一个证据,而且并非是绝对的证据。这

种登记不具有绝对权,不能对抗善意的第三人。

其次,就是登记主体问题。创意的认定本身就是一个十分复杂和专业的过程,确定创意的范围以及分辨不同创意都是十分困难的。为了避免不必要的和相似创意登记申请的出现,应该建立一套完善的登记制度。就登记机关而言,应该设置最起码两级部门。由于创意登记本身具有很强的专业性,为减少雷同创意的登记,创意登记申请人应该向市级知识产权管理局提出申请,先由市级部门初步审核,再由各省级知识产权管理部门最终确定是否准予登记。

### 参 考 文 献

- [1] 索来军. 著作权保护为创意产业保驾护航[J]. 深圳特区科技, 2006(6): 60-61.
- [2] 谢惠加, 蔡建生. 广东省创意产业发展的知识产权对策研究[J]. 珠江经济, 2007(11): 35-41.
- [3] 任自力. 创意保护的法律路径[J]. 法学研究, 2009(4): 93-107.
- [4] 刘华. 知识产权制度的理性与绩效分析[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2004: 58.
- [5] 张艳. 我国创意保护之现实困境[J]. 法学论坛, 2011(3): 156-160.
- [6] 卢茨厄. 创意产业中的知识产权——数字时代的版权和商标[M]. 王娟, 译. 北京: 人民邮电出版社, 2009.
- [7] 袁博. 创意纠纷案件版权法保护的困境与司法保护[J]. 上海政法学院学报(法治论丛), 2012(5): 51-55.
- [8] 宋琳. 创意保护的法律设想[J]. 法制博览, 2012(2): 6-7.

(责任编辑: 徐大超)

## THE LEGAL PROTECTION OF CREATIVITY

ZHANG Zhi-wei

(Law School, Henan Normal University, Xinxiang 453007, China)

**Abstract:** The existing knowledge of intellectual property law cannot be extended to protect creativity. It is necessary to establish an independent creative system to protect creativity. Giving creative people creative rights and make creative rights a new intellectual property. This conforms to the development trend of intellectual property legal system, and has enough legitimacy. The legislation should establish a specific system from the three aspects of the creative scope, the identification and responsibility of creative tort and the creative registration.

**Key words:** creativity; legislation; protection