

对“特色服务”给予知识产权法保护的思考

徐 争

(南京大学 法学院, 江苏 南京 210089)

[摘 要] 针对“特色服务”的创意很难受到法律规制的现象,文章从知识产权法之外的其他法律和知识产权法多角度进行了分析探讨,提出应当给予“特色服务”知识产权法的保护的观点,以及在对其保护中应注意的问题。

[关键词] 特色服务; 不正当竞争; 知识产权

[中图分类号] D913 [文献标识码] A [文章编号] 1673-0755(2009)03-0063-03

一 问题的提出

在“北京胡同文化游览有限公司诉北京四方博通旅游文化发展有限公司不正当竞争纠纷案”^[1]中,原被告双方就被告全套仿冒原告“胡同游”项目是否构成不正当竞争产生争议。原告很明确地希望通过《反不正当竞争法》保护其特色的“胡同游”,然而法院只将其中服装、装潢的仿冒认定为不正当竞争,并没有将被告对原告“胡同游”线路和服务的仿冒作为不正当竞争行为,因为法院认为:“胡同游服务的线路及途径的主要景点是客观存在的,原告不能因其选择了这些线路及景点,就对其享有禁止他人使用的独占权利。”^[1]那么,旅行社的“特色线路”“特色服务”是否就不值得保护了呢?

“特色服务”在旅游业等相关行业中,以其新颖、独特和别具一格,吸引消费者的目光,成为经营者与他人竞争的一个亮点和有力的武器。“特色服务”调动起受众的好奇心,在满足消费者好奇心、新奇感的同时,实现了自己的利益,可谓双赢。可以说,在同行业的竞争当中,“特色服务”是关键之一,它被发现和创造出来不易,但是要仿冒却比较简单。如果对于这种有特色的、独特的东西不给予保护,商家无法从“特色”中获得足够的收益,那么继续创“特色”的积极性就会受到影响,可以想见,市场中的服务会变得越来越千篇一律,没有新意。

既然保护是必要的,那么应当通过何种法律给予其保护,而这种保护又应当在一个怎样的限度内呢?

二 知识产权法之外的其他法律保护的可能

(一)行政角度

排除公权力即国家行政机关的直接介入管理是必要的。这是因为:(1)因为“特色服务”产生的纠纷主要是私主体之间,在解决纠纷的过程还是应当尊重私主体的意愿,虽然过

多的对“特色服务”的仿效会影响市场和行业秩序,但只要给予其私法救济的可能,私人在自己的权利受侵害时就能通过法律维权,在问题扩大成行业问题、社会问题之前很好的解决纠纷。行政权力如果在此时介入,则显得多余;(2)如果行政权力在此领域介入则可能破坏了私主体间可能的协商和协调,一定程度上排除了私主体通过约定“使用费”等解决此问题的可能。反而会影响到市场的自由和效率;(3)通过行政监管等方式成本太高。对于一个个单独的仿效,行政部门很难有效监管。

(二)反不正当竞争法角度

前面提到的案例中,原告就试图通过《反不正当竞争法》来维护自己的权益,但法院未予认可。既是因为法院认为“胡同游”线路是客观存在的,又因为《反不正当竞争法》未对此进行规定。《反不正当竞争法》第5条至第15条对不正当竞争行为进行了列举,在其列举的范围内,此行为确实不能被任何一个条文涵盖。那么我国反不正当竞争法所调整规范的不正当竞争行为是否限于第5至15条的规定呢?对于这个问题有三种理解方式,一种是法定主义,即认为应限定在法律规定的范围内;一种是一般条款主义,认为不应局限;一种是折衷主义,认为在行政处罚中应根据法定主义而在民事救济中应采用一般条款主义。既然在这个问题上尚存争议,于是有人提出“依据《反不正当竞争法》中的诚实信用原则,在同行业中,在后的经营者有避免与在先的经营者产生混淆的义务,以防止被消费者误认。”^[2]考虑到中国现实,若采用一般条款主义,各地可能因为地方保护主义的存在而使得处理不公,而各地的判决认定不能统一的话,也可能影响到正常健康的市场秩序,使得法律变得不安定,人们也较难根据法律规定事前评判自己的行为是否合法。使用《反不正当竞争法》第二条的诚实信用原则,也存在问题:一方面,一般来说,只有在实在没有具体规定,若不适用原则

[收稿日期] 2009-03-16

[作者简介] 徐争,女,江苏无锡人,南京大学法学院。

显失公平的情况下才能适用原则,过多适用原则并不合适;另一方面,对原则的适用,必然会带来法官的自由裁量,也可能使人们对自己行为合法性与否则的不确定,一定程度上影响市场的安定和效率。

除了以上原因外,不适合用《反不正当竞争法》调整还有一个原因。“特色服务”推出一段时间后,虽然仍有特色,但显然丧失了原本吸引人的新颖和与众不同之处,在这种情况下,如果给予其很强的保护就是没有必要的了。那么究竟给予这种“特色服务”多长时间,何种限度的保护?是法律明确规定还是法官自由裁量决定期间呢?采取前者,这种视线的规定与《反不正当竞争法》的体系似乎不太相符;若为后者,则法官的裁量权大,也可能使不同地区对此问题的判断产生差别,影响到当事人的预期。

三 知识产权法角度

我认为“特色服务”包含了知识产权的一些特点,可以试图用知识产权的相关制度进行调整和保护。

(一)“特色服务”与知识产权

1. 知识产权客体范围扩大的趋势。

我国目前对于知识产权只列举了专利权、著作权、商标权、商业秘密。即明确经过法律确认而受到保护的知识产权仅限于列举的范围内。但是,知识产权是一个开放的领域,知识产权的客体有不断扩大的趋势,也因此《世界知识产权组织公约》等国际公约通过列举加兜底的方式,通过“一切其他来自工业、科学及文学艺术领域的智力创作活动所产生的权利”这种开放式的规定,为新的知识产权的产生留下了道路。实践上,随着一些案例的出现,越来越多的声音呼吁拓宽知识产权客体的范围。比如将动植物新品种、民间文化、创意等纳入知识产权客体的范围。那么,“特色服务”可否纳入这种开放的知识产权体系中去呢?

2 “特色服务”与知识产权。

不妨从知识产权的定义来看。刘春田教授认为,“知识产权是基于创造性智力成果和工商业标记依法产生的权利的统称”^[3];张玉敏教授认为,“知识产权是民事主体所享有的支配创造性智力成果、商业标志以及其他具有商业价值的信息并排斥他人干涉的权利”^[4]。但无论是哪种定义,“创造性智力成果”都被归为知识产权的客体之一。就“特色服务”而言,它可能是开发一些原本没有的东西和项目,也可能仅仅是将一些既存的东西通过某种思路使它们发生能够吸引人的,别人没有想到的联系或者是发现了某类事物原先并不为人所了解的用途用法。就第一种情况来说,开发的本身是通过脑力劳动,将新的项目、新的服务开发运营、投入市场,是有创造性的智力成果;就第二种情况,我认为那更是符合创造性智力活动的条件,因为如果相关的内容是既存的,而别人一直没有想到和发现这种联系,那么这种发现的创新价值就越大,创意和智力的因素就更能得到体现。不能因为“特色服务”中涉及的内容是既存的而否定它的创造性。

从别的领域的实践来看,在保险行业,保险新品种类似于保险公司开发、提供的一项新的“特色服务”,保监会规定每个新开发的、独立的保险品种可以排他性的使用,3年,给

予了保险新品种类似知识产权的保护。从保险业的实践来看,“特色服务”是可以考虑给予知识产权法上的保护。

(二) 保护的方法与限度

从目前的立法状况来看,我国并没有一部独立的知识产权法,知识产权是由《商标法》《专利法》《著作权法》等单行立法分别对具体的知识产权做出规范。因此,若将“特色服务”纳入知识产权法保护的范畴,又会出现将其置于什么位置的问题。有以下几种解决思路:一是制定一部知识产权一般法;二是在没有知识产权法一般法的情况下,单独颁布一些规定和特别法;三是考虑出台一部将没有被特别法具体规定但又很有必要被保护的类似于知识产权的权利规定其中的法律,让它对整个知识产权制度做一个补充性的、兜底性的一般规定。

然而,依靠制定新的法律,又有其自身的劣势。一是,制定法律是有成本的;二是,制定法律需要一段时间的讨论和修改,短时间内难以成稿;三是,单行法规或者列举式的保护方式在一段时间后又会有局限性,无法应对将来可能的发展。在没有法律规定的情况下,对“特色服务”的保护恐怕只能依赖法官的解释了。而法官的认定必然需要标准。相对确定的客体确定标准,加上法官的专业知识,并通过程序的规范,既能起到保护知识产权的作用,又能防止法律的僵化,同时也使知识产权客体的判断更具权威性。因此,我认为这是一种比较好的方式。当然,标准和程序是非常重要的,甚至直接决定了法官解释的范围以及知识产权保护的好坏,有以下几点是值得注意的。

一是,法官只能解释起诉到法院的相关案件,不可以主动认定。一方面,这是诉讼、司法的特点;另一方面是由知识产权私权性质决定的。既然是私权利,那么私主体就有自行处分的权利。

二是被判断为知识产权客体的“特色服务”的效力范围应受到一定的限制。首先是地域、领域上的限制。“特色服务”的“特色”、“体贴”与“周到”往往体现在其因地制宜,甚至因人而异上。因此,一方面“特色服务”本身在地域、领域上的辐射范围有限,另一方面若不加地域、领域限制,权利人的权利过于膨胀,可能会损害其他人的正当权益。因此对于A地旅游业的某项特色服务,A地以外的地方的旅游业以及A地的其他行业应该是可以借鉴使用的。即在权利人营业没有涉及的领域和区域,特色服务的借鉴和使用是允许的。由于采用被动的、法官进行解释的方式,不方便登记造册,即使登记造册,很多特色服务可能因为没有诉讼而缺漏,在这种情况下,登记起不到很好的公示、证权的作用,不予适用。因此,在没有诉讼时,要确定一项服务是不是知识产权的客体是很难的,只能通过法院的标准结合之前的案例做出判断。此时,某商家若想提供一项服务,又担心与确认为知识产权客体的其他特色服务重合时,需要进行的调查工作就比较复杂了,但是通过限制地域和领域,搜索范围大大减小了,这样也更有利于资源的充分利用和成本的节省。然后是时间上的限制,对于“特色服务”的保护应当有个期限。这基于以下几方面原因:一方面是因为“特色”在经历一段时间

后,它的新颖性会降低,不需要给予其无期限的保护;一方面是因为原先开发此特色的主体已经在某固定的期限内获得了与其付出相对等的收益;一方面是因为无期限的保护可能使权利主体产生惰性,不利于继续的发展和开发。故从个体与社会利益衡量的角度考虑,一定期间后应当允许其它的人采用这种“特色”。对于“特色服务”的保护赋予期限也能促进权利主体在期限内最大限度地挖掘“特色”的价值并且创造出可观的经济价值。至于具体的期限可以通过考察市场,综合考虑各种因素后做出规定。

三是判断标准的问题,这也是最难确定、有争论的一部分。有学者提出以信息性、创造性、可复制性、实用性、私有性和有益性作为认定标准^[5]。我认为各种想法都有各自的理由和意义,都有参考性和借鉴性,都是可以讨论的,我更倾向于从知识产权以及知识产权客体的概念的整体出发,对照和参考经过抽象、总结出来的知识产权客体的特征,并结合国际相关公约、文件的规定综合确定判定的标准。

四 小结

任何行业的发展都离不开创新与创意,鼓励创新是行业发展所必须的。没有保护机制和措施,原创者无法从创意与发现中获益,而其他人又能够没有损失的擅自使用别人的新颖的构思和方案,这种不公平必然会挫伤积极性,久之,带来的就是行业乃至社会的退步。当一个默默无闻的新事物、新

服务渐渐壮大成名产生影响时,他人又可以不加限制的盗用这种新的东西,这显然也是不符合公平正义的。以此看来,如果将“特色服务”这种有创造性的东西排除在权利之外,排除在知识产权法保护之外,也是不甚公平的。虽然具体保护“特色服务”在实践中还是会存在很多具体操作的问题,还有探讨的余地,但应当给予其知识产权法上的保护应是肯定的。

[参考文献]

[1] 北京胡同文化游览有限公司诉北京四方博通旅游文化发展有限公司不正当竞争纠纷案((2002)高民终字第84号)[Z].

[2] 于泽辉.知识产权战略与实务:第1辑[M].北京:法律出版社,2007:263

[3] 刘春田.知识产权法[M].北京:中国人民大学出版社,2002:6

[4] 张玉敏.知识产权的概念和法律特征[J].现代法学,2001(5):103-110

[5] 韩志红,付大学.析对知识产权客体法律确认性的适度性突破——变法律确认”为“法律确认和法官确认[J].法学论坛,2005(3):108-109

Discussion about the Intellectual Property Rights Protection for Characteristic Service

XU Zheng

(Nanjing University, Nanjing 210089, China)

Abstract In practice, characteristic service plays a key role in commercial competitions. The uniqueness and novelty of the service are the most important factors to attract the consumers, but the action of imitation is hard to be ruled by certain laws. This article discusses the nature of the characteristic service and the necessity and possibility of its protections from the law of IPR.

Key words characteristic service intellectual property rights unfair competition