

创意保护的法律路径

任自力*

内容提要：创意的法律保护是近年来许多国家创意产业发展中面临的一个基础性命题和共同难题。创意应具有新颖性和具体性。关于创意保护的权益基础，主要有财产权理论、合同理论、不当得利理论和保密关系理论。我国有关创意保护的理论与实践均处于初创阶段，应从三个方面构建创意保护的法制制度：在性质上，将创意界定为一种独立的知识产权；在保护范围上，坚持创意判断上的相对新颖性和具体性标准；在保护模式上，确立以著作权法为主导、以合同法等法律为补充的系统保护机制。

关键词：创意 法律保护 著作权

近年来，创意产业的全球蜂起已成为一个基本事实和发展趋势。在英、美、日、韩等许多国家，创意产业已成为其最富有生命力的国内产业。^{〔1〕}随着创意经济的兴起，创意的法律保护问题也逐渐成为人们关注的焦点。因为，适度的法律保护可以激励更多创意的产生，而法律保护的不足或滞后则可能导致创意人内在激励的减少甚至创意源泉的渐趋枯竭。然而，作为创意产业发展中的一个基础性命题，许多国家在创意的法律保护上面临着共同的困惑：创意保护的权益应如何划定？创意保护的法制基础何在？域外有无可供借鉴的制度或经验？我国现行立法中对于创意保护缺乏明确规定，国内法学理论及实务界对于创意应否受法律保护及如何保护等问题，也存在诸多争议和认识误区，这一现状已显著影响到了中国创意产业的健康发展。

一、创意的内涵与认定标准

（一）创意的基本内涵

创意，是指“有创造性或独创性的设计、构思等”。^{〔2〕}一般是指做一件事情之前的预先构思

* 北京航空航天大学法学院教授。

本文的完成得益于周友军、周学峰、刘承魁、郝磊四位博士的修改建议，北航法学院硕士生郭雨帮助进行了部分案例的收集，在此一并致谢。

〔1〕 参见金元浦：《创意产业的全球勃兴》，《社会观察》2005年第2期；索来军：《著作权保护为创意产业保驾护航》，《深圳特区科技·创业月刊》2006年第6期。

〔2〕 参见李行健主编：《现代汉语规范词典》，外语教学与研究出版社、语文出版社2004年版，第209页；曲伟、韩明安主编：《当代汉语新词词典》，中国大百科全书出版社2004年版，第100页。

或规划,俗称点子、想法、主意、策划等。在英文中,创意的表达主要有两种:一是 idea 或 ideas,英文原意是思想、主意、念头、打算等;二是 creative 或 creativity,指创造性的、有想象力的,或者创造力、创造,被引申为“创意”。单独使用时,idea 或 ideas 一词被使用的频率更高。美国学者有时使用未开发构思(undeveloped ideas)的表达。^{〔3〕}作为创意人主观的精神创造的东西,创意能够以一定的客观形式表现出来,如语言、文字、绘画、音乐、舞蹈等,但相关表现形式一般都是较初级的、不十分具体的,否则就可直接成为传统著作权的保护对象。人们在使用创意概念时,一般习惯于将其限定为一种对某种最终完成东西的初步规划而非最终成果,是一种“介于纯精神的构思和已经具备完备的表现形式的作品之间的”^{〔4〕}东西。创意既可能仅表现为一件事情的一个粗略轮廓或阶段性提纲,也可能表现为一份详细的商业策划书,但其价值主要体现在其创造性构思而非表达上。

作为一个崭新的、处于不断发展中的领域,人们对创意的含义及其范围的理解存在很大差异。或许正因如此,现阶段很少有国家或地区以立法方式对创意本身进行具体规定,而更多的是从行业或产业的视角对之进行界定和分析。如第一个将创意产业作为基本国策的英国将创意产业界定为:源自个人创意、技巧及才华,通过知识产权的开发和运用,具有创造财富和就业潜力的行业,具体包括广告、建筑、艺术和文物交易、工艺品、设计、时装设计、电影、互动休闲软件、音乐、表演艺术、出版、软件、电视广播等行业。包括中国在内的其他许多国家或地区也有类似的政策性规定。

本文认为,创意是与作品、商业标志、专利技术、商业秘密等传统知识产权的保护对象存在紧密联系,又具有其独立价值和内涵的一种新兴的知识产品。不论是作品、商标、专利还是其他传统知识产权的保护对象,无一例外均系在一定的创意或构思基础上形成的。创意与作品、商标、专利、商业秘密等在内容上存在一定程度的交叉,但由于种种原因,它又很难落入传统知识产品的范畴,它们之间的关系在某种程度上类似于受精卵与胚胎、或者胎儿与孩童之间的关系。

(二) 创意的认定标准

关于创意的认定标准,迄今各国并无统一的观点。一般认为,创意应具备一定的新颖性和具体性,但在新颖性和具体性的衡量标准上存在不同的认识。

1. 创意应具有新颖性

新颖性主要侧重于对一个创意来源的考察,它强调一个创意应当是由某人独立孕育产生,而非显而易见、众所周知或从其他地方获取的。一个显而易见的想法不能构成法律保护的创意。如一个关于企业薄利多销的简单构想,或者一个不幸情人的文学形象,若缺乏具体的、具有新颖性的内容,就不应得到法律保护,因为过于抽象或基本。新颖性不同于著作权法下的独创性。独创性的要求较低,绝大多数作品都能轻易满足该要求。如美国法院认为,只要一件作品拥有一些创造性的火花,不论该火花是“多么粗糙、粗陋或浅显”,均具有独创性。^{〔5〕}一件作品即使与其他作品高度类似,只要该类似是偶然的而非复制的结果,就具有独创性,但并不一定具有新颖性。而具有新颖性的作品通常都具有独创性,如一件以一种非显而易见方式将普通人所熟知的概念或元素排列在一起的作品,其独创性是不言而喻的。

在美国,法院评估一个创意是否具有新颖性时存在两种标准:绝对新颖性标准和相对新颖性标准。前者又称客观新颖性标准,是指只有那些由创意人独立孕育产生、且对全世界来说都具有

〔3〕 Paul. Goldstein, *Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrines: Cases and Materials on the Law of Intellectual Property*, Westbury, New York, The foundation Press, Inc., 1990, part 2.

〔4〕 王太平:《美国对创意的法律保护》,《知识产权》2006年第2期。

〔5〕 In *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Services Co.*, 499 U. S. 345 (1991).

新颖性的创意才受法律保护。美国绝大多数法院在传统上都遵循此标准，只有加州及近年来的纽约州是例外。^{〔6〕}该二州的法院均坚持相对新颖性标准，即原告只需证明其创意对被告而言是新颖的，法院就应当保护其创意。相关法院认为，披露一个对被告具有一定新颖性的创意足以构成一项有价值的服务，该服务与披露一个具有绝对新颖性的创意一样可使被告获利。并且，在合同情形下，“欠缺新颖性本身并不代表没有价值”，^{〔7〕}“如果仅仅因为买主可以从其他来源获得创意即允许其充分披露该创意而不考虑其支付对价义务，合同法将被实质性改写”。^{〔8〕}在中国，因实践经验与理论研究的匮乏，有关创意新颖性特征的论述多是对美国上述标准的引介，少有创新之处，并且，学者们更多倾向于使用相对新颖性标准。

新颖性的作用主要有二：第一，它有利于将一个由创意人私人控制的创意从公有信息中区分开来。一个具有新颖性的创意可能包含前所未有的崭新的信息，也可能只是对既有公共领域中的信息进行的重新排列或整合，但绝非由一些处于公有领域、众所周知或普通公众可直接获知的信息组成。一个具有新颖性的创意，通常是其创意人智力劳动成果的体现与结晶，并具有一定的经济利益。法律应当确保创意人能够以一种有效的方式与他人分享其创意并从中受益，而非只能自己知晓并自然控制该创意。唯此，才能扩大人们的自由并增进文化的繁荣。第二，它有利于限制创意人的权利范围，确保法律对创意人私人财产的保护不会危及公共利益。新颖性要求原告的创意应具有一定程度的创新性或者是一种可测量的创造性才智，而非商业中通常可知。对于那些早就存在于公共领域中、公众可轻易获知的创意，任何人均可自由利用，不允许私人专有。因为“它不是财产，故不可能被偷走”。^{〔9〕}

2. 创意应具有具体性

具体性是指创意应当被完整的构思出来，并能被固定或记录下来。美国法院在具体性标准上也存在两种观点：一种是立即实施标准，即创意必须“能够立即被使用、不需要任何额外的修饰”，或者“应成熟到不做任何修改即可以立即实施”。此观点的代表性法院是内华达州高级法院。该法院在著名的 *Smith v. Recrion* 一案^{〔10〕}中认为，一个创意，必须在获得了足够的开发之后，不需要任何修饰就可以立即实施时，才能满足具体性标准，并构成一种可受保护的权益。但此观点出台后受到了广泛的批评，如著名著作权专家尼莫教授指出：“如果一个创意已经发展到了可以立即实施的程度，它就不再是一个创意。事实上，更恰当的看法或许是，那些严格坚持只有具体创意才能获得保护的法院，在事实上不可能保护任何创意”。^{〔11〕}美国绝大多数法院也未遵循此标准。^{〔12〕}另一种是一定的可操作性标准，此观点对具体性的要求较为宽松，认为创意只要具有一定程度的可操作性即可，无需成熟到可立即实行。此观点为大多数法院所认同。例如，在 *Flemming v. Ronson Corp.* 一案^{〔13〕}中，新泽西高级法院认为，只要一个创意不是一个抽象的概

〔6〕 See Larissa Katz, *A Powers-based Approach to the Protection of Ideas*, 23 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 694-696 (2006). 加州和纽约州采取不同于其他州的态度主要的原因在于，该二州的娱乐产业较为发达，而娱乐产业是创意纠纷的一个聚集领域。See Jen Miller, *Note: The Evolving Law of Ideas in Girl Friends Productions, Inc. v. ABC, Inc.*, 2 *N.C. J. L. & Tech.* 73 (Spring 2001).

〔7〕 See *Desny v. Wilder*, 46 *Cal. 2d* 715, 733-734, 299 *P.2d* 257, 110 *U.S.P.Q. (BNA)* 433 (1956).

〔8〕 See *Apfel v. Prudential-Bache Sec. Inc.*, 616 *N.E. 2d* 1098 (N.Y. 1993). 另外，加州和纽约州虽然都承认创意保护中的合同理论，但纽约州在传统上更多地寻求财产法对创意的保护。前引〔6〕，Jen Miller文，第72页。

〔9〕 See Andrew Beckerman-Rodau, *Are Ideas Within the Traditional Definition of Property?: A Jurisprudential Analysis*, 47 *Ark. L. Rev.* 618 (1994).

〔10〕 *Smith v. Recrion Corp.*, 191 *U.S.P.Q.* 397 (1935).

〔11〕 See Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, § 16.08, Matthew Bender, 1982, p. 53.

〔12〕 参见李明德：《美国对于思想观念提供权的保护》，《环球法律评论》2004年秋季号。

〔13〕 See 258 *A. 2d* 153 (N.J. Super. Ct. Law Div. 1969).

念,而是可以转化为一种产品,其就是具体的。如果一个创意不能被简化为一种切实的或功能化的形式,其创意人就还未向公众或接受该创意的人提供一种充分有价值的服务,就不能得到法律保护。

与新颖性标准类似,国内学者在具体性判断上也多持宽松标准,在论述中经常使用的也是可操作性、可复制性等概念。其中,可操作性强调创意应是一个各个环节配套联系的完整的思路,该思路能够很快地付诸实施,而无须再经过长时间的论证或修改,即使允许创意实施中通过实践反馈信息进行相应的调整,相关调整也应是局部的、零散的而非实质性的,不能影响创意的整体风格。换言之,如果一个创意在实施前还需要做大量的调查、研究或设计、修改工作,该创意就不符合具体性的要求,不应得到法律保护。可复制性指的不是著作权法意义上的复制,而是对创意内容的模仿性实施,即创意在付诸实施后,其他人很容易进行模仿。对创意的模仿性实施会导致创意本身所蕴含的商业价值迅速消退,这也是创意容易被侵权的根本原因。^[14]

具体性在一定意义上可看作是新颖性的自然延伸,其作用在于确保创意人的权利不会过于宽泛,以至于与接受人使用和披露其自己创意的利益相冲突。新颖性主要是对一个创意实体内容上的要求,具体性则侧重于对其实施程序上的考察。但在实践中,无论是立即实施标准还是一定的可操作性标准,其具体判断均存在一定程度的含糊性,美国相关判例法也呈现出明显的不一致性。如在两个提供啤酒广告语的案例中,“世纪啤酒”被认为是充分具体的,而“友好的哈伯”被认为过于抽象。在另外一对案件中,一个原告提出了一个被告生产的香烟具有燃烧慢品质的广告,另一个原告提出了一个带有标题的图示广告方案,但法院无视两个创意均为书面形式并很详细的事实,依据具体性得出了两个相反的结论,认定后一个简单画出该广告的创意应给予保护而拒绝给予前一个创意以保护。^[15]

二、创意法律保护的权利基础分析

最早的创意法律保护案例发生在英国。在1849年的Prince Albert v. Strange一案中,英格兰衡平法院即判决认为,依据衡平法,一个人对其创意拥有财产权。^[16]但英国人的保守性格决定了英国创意保护法律制度的发展相当缓慢。大陆法系国家的成文法传统以及法官在案件审判中主观能动性的缺乏使得多数国家在保护创意时极为谨慎,在创意有关法律规则的完善方面亦鲜有建树。目前,从全球范围来看,美国的创意产业最为发达,其创意法律保护的理论与实践经验也最为丰富。因此,本文以美国为例,对创意法律保护的权利基础及相关经验进行分析。

在美国,许多州的普通法都承认,一个人对其新颖的、尚未公开的创意享有利益,即使其已与人秘密分享了该创意。该创意可能是一个专利、商标、商业秘密或可获得著作权保护的作品的雏形,如一个广告语、收音机或电视节目、电影、书籍或产品的最初构思,但尚不能落入上述任何一种知识产权保护对象的范畴。^[17]围绕创意法律保护的权利基础,美国法学界长期以来进行了

[14] 参见贾晓燕、封延会:《论创意的法律保护》,《武汉理工大学学报》(社会科学版)2007年第1期;曾言:《创意保护的法学考量》,《法治论丛》2008年第1期;陈娜、彭士华:《“创意”的知识产权保护之探析》,《江西金融职工大学学报》2008年第3期。

[15] See Arthur R. Miller, *Common Law Protection for Products of the Mind: An “Idea” Whose Time Has Come*, 119 Harv. L. Rev. 726 (2006).

[16] See Ronald Caswell, *A Comparison and Critique of Idea Protection in California, New York, and Great Britain*, 14 Loy. L. A. Intl & Comp. L. J. 751 (1992).

[17] 参见前引[6], Larissa Katz文,第688页。

较深入的探讨，形成了以下四种主要理论：^{〔18〕}财产权理论、合同理论、不当得利理论和保密关系理论，并相应地存在着财产法、合同法、准合同法、商业秘密或反不正当竞争法、著作权法^{〔19〕}等不同的创意保护路径。另有部分法院和学者尝试将创意的保护归入一种新的知识产权法律领域，并将既有的散布于多个法律部门中的创意保护内容统称为创意提供法（idea-submission law）。^{〔20〕}这些理论、保护方法及其实践经验对于包括中国在内的其他国家或地区具有重要的借鉴价值。

（一）财产权理论

在英美法中，“财产权是指存在于任何客体之中或之上的完全的权利，包括占有、使用、出借、转让、用尽、消费和其他与财产有关的权利”。^{〔21〕}财产权理论认为，创意本身是一种财产，创意人是创意的所有人，创意人对其创意拥有禁止他人使用或披露的权利，对创意的未获授权使用或披露是对创意人财产的盗用。^{〔22〕}在创意成为人们交易对象的情形下，其财产权性质尤为明显。财产权理论为创意的创造者提供了一种未经其许可不得使用或披露其创意的专有权，^{〔23〕}此理论得到了美国大多数法院的认同。^{〔24〕}运用财产权理论来保护创意对创意人而言无疑是非常有利的，因为财产权是一种对世权、绝对权，能够在保护所有人利益时解决财产所有人与其他不特定多数人之间的潜在冲突。但在创意被归入思想范畴时，适用财产权理论保护创意与“思想不可被专有”的公理存在冲突。因此，财产权理论一方面有助于激励创意人为社会提供更多更好的创意，但另一方面也可能构成人们对创意、对思想自由利用之阻碍。^{〔25〕}也正因如此，美国的法官和学者们在讨论和适用财产权理论时都非常谨慎。另外，运用财产权理论保护创意还存在一些明显的不确定性或障碍，具体有二：

一是并非所有的创意都可称为财产并受财产权保护。任何一个创意，从构思到公开，都可分为三个阶段。在第一阶段，创意仅存在于创意人脑海中，属于创意人意识或内心活动一部分，其尚非财产，故谈不上财产权保护。在此阶段，创意人固然有权决定是否公开其创意，但并不能排除其他人拥有同样创意的可能。在第二阶段，创意人将其创意以语言、文字、音乐、舞蹈等形式表现出来，但尚未公开，该创意本身因具有了一定形式的独立性而可能具有一定的财产利益，但创意人仍无权排除其他人拥有同样创意的可能。在第三阶段，即使创意人与一个或少数几个人秘密分享了其创意，创意人对其创意也不拥有对抗整个世界的排他性权利，法院关注的主要是创意

〔18〕 参见前引〔6〕，Jen Miller文，第72页。

〔19〕 著作权法保护创意的理论基础也是财产权理论，只不过其直接援引的是著作权法。创意如果能获得著作权法的保护，其效力是较为强大的，因著作权也是一种排他性权利。但从美国的实践来看，尽管此一保护路径在部分法院得到确认，但创意通常被法院归入思想的范畴，故能获得著作权法保护的案例较少见，主要集中于那些已有较为成熟的行业惯例的领域，如影视节目模板创意的提供等。See Jonathan S. Katz, *Expanded Notions of Copyright Protection: Idea Protection within the Copyright Act*, 77 B. U. L. Rev. 894.

〔20〕 See Lionel S. Sobel, *The Law of Ideas, Revisited*, 1 U. C. L. A. Ent. L. Rev. 9, 91 (1994); Cf. Margreth Barrett, *The “Law of Ideas” Reconsidered*, 71 J. Pat. & Trademark Off. Soc’y 691 (1989).

〔21〕 [英]戴维·M·沃克：《牛津法律大辞典》，北京社会与科技发展研究所组织翻译，光明日报出版社1988年版，第729页。

〔22〕 参见前引〔6〕，Larissa Katz文，第701页。

〔23〕 See David M. McGovern, *What is Your Pitch?: Idea Protection is Nothing but Curveballs*, 15 Loy. L. A. Ent. L. J. 479-480.

〔24〕 但也有部分法院，如1947年之后的加州法院明确拒绝认可此理论。1947年修订后的加州民法典第980条废止了创意保护的财产权理论，因而加州法院创立了一个与合同法协调的创意提供法。参见前引〔6〕，Larissa Katz文，第695页，第702页；前引〔16〕，Ronald Caswell文，第724页。

〔25〕 美国部分法院认为，缓解此一冲突的最好办法是承认创意中的财产权。参见前引〔23〕，David M. McGovern文，第480页。

人对抗与之秘密分享该创意的特定接收人的权利。〔26〕

二是运用财产权理论保护创意存在一个“艾若信息悖论”。〔27〕即在创意非财产时，创意的提供者或出售者将陷于困境：若其为了达成交易而全面披露其创意，他们将丧失对创意的占有；若其不披露创意信息，购买者又因无从知道其创意内容及价值而无法与之交易。而在创意是财产时，创意的接受者或购买者也将陷于困境：若不去听取相关创意信息，将永远不知道对方出售的创意是否值得购买；若去听取相关创意信息，又可能发现对方所提供的东西是自己已知、甚至是众所周知的东西，而创意的财产权性质又可能逼迫购买者去购买那些自己已知甚至是众所周知的信息。艾若信息悖论产生的原因在于：创意作为一种智力劳动成果，具有不同于传统有形财产或有体物的特点，出售者在与潜在购买者谈判货物质量及交易价格时，其货物可能已经丧失了；创意在性质上更类似于既有的无形财产，但又不具备无形财产的成熟交易规则，故交易本身必然面临种种障碍。

（二）合同理论

合同理论认为，若创意人和创意接受人之间就创意的提供与接受存在明示或默示的合同关系，发生纠纷时，创意人可直接寻求合同法保护。按此理论，只有处于合同关系下的创意，才能得到法律保护。美国加州最高法院在1964年的“戴斯尼”一案中对此理论有深入论述，〔28〕该法院在判决中指出：创意通常不会被视为财产，因为所有的有感知的人都会通过他们的思维能力构想和发展创意，而我们所说的财产可以被某人所有和占有，并且具有排他性。但这一原则并不排除让某些创意成为合同的客体，并由此而得到保护。即使某一创意不能成为排他性财产权的客体，但其披露可能使接受者获得重大好处，其披露就有可能成为支付报酬允诺之对价。

从理论上说，当创意人与创意接受人之间存在合同关系时，合同方法无疑是保护创意的最有效的一种方法。但此方法的适用也存在明显局限。首先，创意人须证明存在明示或默示的合同。在当事人之间存在明确合同约定时，这当然不成问题。但实际生活中，与创意有关的纠纷大多发生在当事人之间未订立合同的情形下，创意人通常也很难证明其与创意接受人之间存在事实上的或默示的合同关系。并且，司法实践中借助合同方法保护创意与借助财产权理论保护创意一样要满足新颖性、具体性等条件，在合同约定不够明确的情形下，围绕新颖性和具体性仍难免发生纠纷。进一步，即使创意人能够证明与创意接受人之间存在合同关系，也能证明创意的新颖性、具体性，其能够得到保护的利益仍是十分有限的。因为合同约定仅对合同当事人有效，并不能对抗第三人。一旦有关的创意为合同外的社会公众所了解或掌握，该创意就会成为人人可以自由利用的东西，创意人无权要求合同关系之外的使用人为其使用行为支付报酬。〔29〕

（三）不当得利理论

英美法中的不当得利又称准合同（quasi contract），在创意保护情形下，具体是指当创意人与创意接受人之间不存在合同或保密关系时，法院有权基于公平正义的目的，要求使用了创意的

〔26〕当然，创意人对此阶段的创意无疑是具有财产权的。正如1904年宾西法尼亚州最高法院在一个有关商业秘密保护的案件中所述：“商业秘密的某些‘公开’是不可避免的，但这种有限目的的行为不管是将图纸交给有关人员实施还是有限地复制，甚至有限地‘出版’，都不构成放弃商业秘密的财产权——一扇未上锁的门，并不等于一张请路人入内的请柬。” See *Pressed Steel Car Co. v. Standard Steel Car Co.*, 210 Pa. 464, 472, 60 A. 4, 8(1904).

〔27〕1962年，经济学家艾若在其《经济福祉与发明资源的配置》一文中提到，在市场上提供和接受创意或信息时存在一个悖论，后人称之为“艾若信息悖论”（Arrow's Paradox of Information）。See Kenneth Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in National Bureau of Economic Research (ed.), *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton University Press, 1962, p. 615.

〔28〕*Desny v. Wilder*, 46 Cal. 2d 715, 299 P. 2d 257 (1965).

〔29〕前引〔12〕，李明德文。

被告（创意接受人）向原告（创意人）支付一定的报酬。此含义与大陆法系国家的不当得利含义基本一致。^[30]这方面的典型判例是1946年美国的“马特雷斯”案。^[31]该案中，被告是一家码头装卸公司，原告是其一名装卸工。原告发明了一种码头装卸设备，可以显著提高装卸效率、降低成本，原告向被告的部门负责人演示过有关设备后，该负责人与原告达成协议，若该设备能够达到预期效果，将从节省下来的费用中拿出30%付给原告。之后，原告协助被告在其各个码头上安装了该设备。但当原告索要约定的报酬时，被告却拒绝支付，并借口解雇了原告。于是，原告提起诉讼。法院审理后认为，依据不当得利理论，被告应当向原告支付报酬，并判决被告向原告支付4万美元的报酬。

依据不当得利理论，创意人在诉讼中只需证明创意接受人因使用自己的创意获得了商业上的利益或优势地位而拒绝向自己支付报酬，属于不当得利或显失公平即可。表面上看，因不用负担证明自己与创意接受人之间存在合同或保密关系的举证责任，不当得利诉讼似乎很容易发生。但实际上，因不当得利理论仅适用于不存在合同或保密关系的情形，而在缺乏合同或保密关系情形下，美国法官经常认为，创意人随意将自己的创意提供给他人，相当于主动放弃自己的权利，且在此情形下，创意人通常也很难证明被告使用了自己的创意，故此类诉讼中，创意人胜诉的几率很低。^[32]

（四）保密关系理论

保密关系（confidence relationship），或称信任关系，是指当创意人与创意接受人之间存在事实上的保密关系，如创意人在保密状态下将其创意提供给了接受人，或者后者在保密状态下获悉了相关创意，创意人即可依据保密关系要求未经许可擅自披露或使用其创意的接受人给予赔偿，不论二者间是否形成有书面的保密协议。在1987年的“艾利特”一案中，^[33]法院提出原告若要证明被告违反保密关系，须满足以下四个要件：（1）原告提供了保密的和新颖的信息；（2）被告知道该信息是在保密条件下披露的；（3）原被告之间存在保密关系的谅解；（4）存在违反该谅解的披露或使用。

创意保护中的“保密关系”概念最早由著名著作权专家尼莫提出，并在司法实践中为许多判例所使用。但人们对于保密关系理论的性质及其法律地位的理解一直存在较多争议。比如，有人认为，创意保护中的保密关系实际上是一种事实合同关系。另有人认为，创意保护中的保密关系理论是与合同理论及不当得利理论并列的一种理论。从本源上分析，创意保护中的保密关系与商业秘密中的保密理论无疑具有类似性，或者说前者本身就是对于商业秘密的保护；而从商业秘密法具有的维护商业道德、防止不当得利的宗旨来看，保密关系与不当得利似乎又有不少共同点。^[34]

三、中国创意保护的法律实践及其困境剖析

在中国，创意的法律保护还是一个新生事物，相关理论研究与实践经验都相当匮乏。从司法实践来看，国内创意纠纷中原告主要寻求的是知识产权法（著作权法、反不正当竞争法等）救

[30] 大陆法系的不当得利是指无法律或合同上的根据而获得利益。如我国民法通则第92条规定，“没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的利益返还受损失的人。”

[31] *Matarese v. Moore 2 Mccromack Lines, Inc.*, 158 F. 2d 631 (2d Cir. 1946).

[32] 前引 [12]，李明德文。

[33] *Aliotti v. R. Dakin & Co.*, 4 U. S. P. Q. 2d 1896 (9th Cir. 1987).

[34] 前引 [12]，李明德文。

济,同时也存在一些依据合同法等寻求保护的个案。^[35]总体来看,因我国现行法律中缺乏保护创意的明确规定,实践中诉至法院的创意纠纷数量很少。在进入法院审理程序的个别案件中,原告最终胜诉的概率也很低。

首先,创意的著作权法保护。

根据不完全统计,迄今为止国内法院审理的创意纠纷类案件一共有12件,^[36]寻求著作权法的保护是所有案件中原告的共同选择。其中,有8个案件中的原告是寻求单独利用著作权法来保护其创意。这8个案件分别是孟澄明诉石家庄棉纺四厂案、^[37]孙牧华诉袁华生等创作思路侵权案、^[38]朱永林诉象山县政府“中国开渔节”侵权案、^[39]郭清安诉西安环城建设旅游开发总公司“仿古迎宾入城仪式”案、^[40]郑维江诉吴冠中侵犯其“独创模式文字画”著作权案、^[41]佛华尘诉广州市电视台“美在花城”节目侵权案、^[42]何平诉教育部考试中心漫画侵权案、^[43]北京世熙公司诉北京搜狐公司“面罩”节目侵权案^[44]。

从法院对此8个案件的审理情况来看,相关案件中原告的著作权请求无一例外地均被法院驳回。法院驳回相关原告诉讼请求的理由主要可分为四类:一是认为创意非著作权法保护的主体、创意或构思相似不构成著作权侵权。孙牧华诉袁华生等创作思路侵权案、何平诉教育部考试中心漫画侵权案、“美在花城”节目侵权案、“面罩”节目侵权案等4个案件属于此类。二是认为被告实施原告作品思想或内容的行为非著作权法意义上的复制。孟澄明诉石家庄棉纺四厂一案属此类。三是认为原告的作品缺乏独创性,不受著作权法保护。“仿古迎宾入城仪式”案属此类。四是其他情形,包括“中国开渔节”案和“独创模式文字画”案。从该等案件的审理结果来看,法院在认定相关创意是否构成著作权法下的作品、原告的作品是否具备足够的独创性、被告的行为是对原告作品表达抑或思想的利用、被告应当承担何种责任等方面,存在明显不同。如在“中国开渔节”案、“美在花城”节目侵权案中,浙江与广东两地的法院均认定举办相关活动的仪式、程序或步骤以及电视节目的策划方案及具体实施步骤构成著作权法下的作品,而在案情雷同的

[35] 按照大陆法系的法理逻辑,可将美国保护创意的方法分别归为物权方法(与美国的财产权方法具有一定的类似性)、债权方法(合同、不当得利)和知识产权方法(著作权方法、反不正当竞争法或商业秘密法等)三类。

[36] 此数据系本文作者从中国法院网上所公开的上千件知识产权案裁判文书,以及网络、纸媒等公开信息中反复筛选的结果。相关案件的审理时间跨度约为1999—2009年,正好10年,案件的地域分布情况是:北京4件、广东3件、浙江1件、吉林1件、河北1件、陕西1件,另有1件审理法院不明。审理法院基本为中级法院,12个案件中有半数的二审法院为高级法院。

[37] 参见北大法律信息网 <http://vip.chinalawinfo.com/newlaw/2002/SLC/SLC.asp?Db=fnl&Gid=117463183>,2009年7月16日最后访问。

[38] 参见佚名:《创作思路是否受著作权法保护》, http://www.law.com.cn/lcs/program/html/jingdiananli_content.php?ItemID=173794693&ID=301,2009年7月10日最后访问。

[39] 参见李臻、胡珊:《文化站干部较真争得“中国开渔节”署名权》, http://www.zj.xinhuanet.com/2003-10/13/content_1045713.htm;蒋万来:《“中国开渔节”著作权纠纷案评析》, <http://www.chinalawedu.com/news/2004-9%5C21%5C1043177333.htm>,2009年7月10日最后访问。

[40] 参见杨巧:《汇编作品,抑或民间文学艺术作品?——“仿古迎宾入城式”著作权纠纷一案的评析》,《知识产权》2005年第5期。

[41] (2007)京二中民终字第17838号, <http://www.panjueshu.com/beijing/zhongyuan2/m20071206200717838.html>,2009年7月10日最后访问。

[42] 顾万明:《“美在花城”著作权纠纷案作出一审判决》, http://www.gd.xinhuanet.com/newscenter/2006-12/31/content_8936361.htm,2009年7月10日最后访问。

[43] 参见薛瑾:《何平诉高考试题使用漫画侵权被驳》, http://www.ht88.com/article/article_13059_1.html,2009年7月10日最后访问。

[44] 郭志霞、范静:《搜狐打赢“面罩”官司 构思创意不属保护范围》, http://news.xinhuanet.com/newmedia/2006-01/06/content_4015496.htm,2009年7月10日最后访问。

“仿古迎宾入城仪式”案和“面罩”节目侵权案中，陕西和北京的法院却以相关成果缺乏独创性或创意非著作权法保护对象为由断然否定了相关活动或节目模板的著作权。在“中国开渔节”一案中，一、二审法院则是在承认原告为职务作品作者的同时拒绝了其署名权主张，但又支持了其赔偿损失与赔礼道歉的请求，法院的审判逻辑和判决理由表述显得相当混乱。

本文认为，法院在上述案件判决中的意见分歧，在一定程度上正反映了利用著作权法保护创意所存在的现实困境：不保护，有违法律的公平、正义；保护，又与著作权法的基本规则存在冲突。具体而言：

一方面，很难将创意明确地划归思想或表达的范畴。根据著作权法思想和表达二分法原则，著作权法只保护思想的表达，而不保护思想本身，该原则的宗旨被认为是划定了著作权保护对象与公有领域之间以及著作权保护对象与专利权保护对象之间的界限。^[45]因此，若创意属于思想的范畴，就不可能得到著作权法保护。而人们通常所述的创意多是介于思想和表达之间的东西，既非纯粹的思想，又多未形成为作品，故多数得不到著作权法的保护。但创意又是主观通向客观的桥梁，是创意人将构思的“胸中之竹”转化为“手中之竹”的重要过程，^[46]若一概不予保护，无异于赞同“一方当事人从另一方获得利益而不支付对价，这本身是不公平、不正义的”。^[47]

另一方面，对于那些已经形成为作品的创意，尽管可归入表达的范畴，著作权法仍难以对之进行有效保护。因为，著作权法所禁止的是对原作的文字或其他表达方式的复制，非对原作的执行或实施；而创意作品的核心价值主要在于其执行的执行或实施，而非其具体表达。对普通作品的复制会侵犯作者的著作权或导致作品价值的降低，但对商业策划书、设计文案等创意作品的复制并不会降低其价值，真正致命的是对其核心创意的公开和实施。一个创意作品一旦被公开或实施，其新颖性、实用性及其核心价值就会很快丧失殆尽。实践中，创意人创作电视节目模板、广告营销策划案等创意作品的主要目的并非是为了销售其创意的表达，而是为了方便其创意的实施或执行。当创意成为人们的交易对象时，人们交易的也不是其具体表达，而是该创意本身。对此，正如有学者所说的，随着社会经济的发展，创意的表达已不是其价值所在，对人们生活真正有意义的是创意的实施和运用，真正值得保护的是作品所反映的思想而不是思想的表达形式。^[48]

其次，创意的专利法或商标法保护。

相较于著作权法，专利法虽然可以对部分具有功能性和改进性的技术创意方案提供保护（如近年来出现的将商业经营模式或经营方法申请为专利的案例），但专利法对于专利工业上实用性的强调及其对专利授权条件的严苛要求却使得其无法成为创意保护的主要方式。如根据我国专利法第22条、第23条的规定，发明和实用新型专利要具备绝对的新颖性、创造性和实用性，外观设计专利也需要具备绝对的新颖性。而实践中大量存在的创意产品，如商业计划书、策划方案等，远未达到专利条件的要求，不可能受到专利法的保护。另外，与作品的著作权随作品创作自动产生不同，专利权的取得需要履行严格的申请与审核程序，耗费时间较长，而对于绝大多数创意而言，其价值实现的最好方式是立即投入实施或执行，随着时间的流逝，其本身的新颖性和价值都有可能锐减，因而，即使未来能够获得专利权保护，在专利权被授予之前，若创意被剽窃，创意人的权益也很难得到法律保护。同理，商标的使用也须遵循注册登记的严格程序，并且商标的内容构成仅限于文字、图形或二者的组合，通常应遵循言简意赅之要求，其受保护的范围相当

[45] See Julie E. Cohen *et al.*, *Copyright in a Global Information Economy*, Citic Publishing House, 2003, p. 90.

[46] 参见刘春田：《知识产权解析》，《中国社会科学》2003年第4期。

[47] See Jane C. Ginsburg, *An Idea Whose Time Has Come — But Where Will It Go?*, 119 *Harvard Law Review Forum* 73 (2006); 参见前引[15], Arthur R. Miller文, 第773页。

[48] 参见卢海君：《著作权保护对象新解》，《黑龙江省政法干部管理学院学报》2007年第4期。

狭窄,故只有极少数创意能够通过申请商标注册进入商标法的保护范围。^[49]另外,能进入商标法或专利法保护范围的创意通常也是著作权法上的作品,完全可以寻求著作权法更为有效的保护。因此,专利法和商标法在保护创意方面的作用非常有限。从国内法院审理相关创意纠纷的案件实践来看,尚无原告寻求以专利法或商标法保护其创意产品或作品的成功范例。

再次,创意的反不正当竞争法(商业秘密)保护。

对于那些既不能归入著作权法、也不能归入专利或商标法保护的创意来说,借助于反不正当竞争法中的商业秘密条款来保护不失为一条捷径。^[50]毕竟,一个创意人所控制的、处于秘密状态的、尚未公开的创意,在性质上与创意人所拥有的商业秘密并无二致:均未公诸于众,均处于创意人实际控制之下,均不能从公开渠道直接获得,均可能给创意人带来利益回报等。我国反不正当竞争法对于商业秘密的保护也有明确规定,如该法第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技术信息和经营信息”。但从该条内容来看,创意与商业秘密之间也存在一些明显的区别:第一,二者的涵盖范围不同。创意的内容可能属于商业秘密,也可能不属于商业秘密。如根据我国现行规定,标书的标底、客户名单等对企业来说可能是重要的商业秘密,但其本身可能无任何创意可言。反之,一篇学术论文的创意可能具有开创性或划时代的意义,但可能因不具有任何商业上的实用性而非商业秘密。创意与商业秘密在内容上存在一定的交叉,又有明显的不同。第二,二者对保密措施的要求不同。商业秘密的所有人必须对其商业秘密采取了一定的保密措施,如订立有保密协议、建立有保密制度等,才能主张法律保护。而现行法律并未将采取保密措施作为创意保护的前提条件。第三,二者在主体范围方面存在明显差异。商业秘密的所有人主要是从事商品经营或营利性服务的法人、其他经济组织和自然人,即经营者,商业秘密的侵权人主要是与商业秘密所有人之间存在商业竞争、雇佣或合作关系的人,而创意的所有人与侵权人的范围都要广泛得多。

由于存在上述差异,创意人在寻求反不正当竞争法或商业秘密法保护时通常会遭遇举证责任方面的困难:创意本身可否构成商业秘密,创意人对其创意是否采取了必要的保密措施,原被告之间是否存在竞争关系等。国内法院相关审判实践也可印证此一判断。迄今,原告寻求利用反不正当竞争法中有关商业秘密条款来保护其创意的国内案例仅有两个,两个案件的审理均以原告败诉告终:一是张铁军诉王晓京等“女子十二乐坊”纠纷案。在该案中,法院在认定原告的创意不受著作权法保护之同时,认为因原告未能证明其采取了保密措施,故其关于被告侵犯其商业秘密的主张也不成立。^[51]二是金正科技公司诉摩托罗拉公司“真金不怕火炼”广告侵权案。^[52]该案中,原告在寻求著作权法保护其广告创意产品未果之情形下,在上诉时提出被告行为属不正当竞争的主张,但二审法院以该主张系新增诉讼请求为由未予审理。^[53]

[49] 如2001年北京某电视台曾试图以申请专利及进行著作权登记等方式来保护其从国外购买著作权并本土化的《梦想成真》栏目的创意,避免被抄袭,但无果而终。中央电视台将从英国购买的“GOBINGO”和“谁想成为百万富翁”节目模板及创意改造后播出的《幸运52》、《开心词典》等栏目被国内许多地方电视台免费“克隆”而维权无门。同期,国内影视界也存在抄袭境外同类节目模板与创意的现象。如湖南卫视的《超级女声》涉嫌抄袭英国电视节目制作公司(Fremantle Media)的“流行偶像”(Pop Idol)节目模板及创意。参见孙移芳:《电视节目模板的价值衡量与法律保护——基于版权的视角》,《经济研究参考》2007年第11期;韩寒:《电视节目模板的法律保护》,《法制与社会》2008年第7期。

[50] 对商业秘密的保护,从世界范围来看,主要是通过商业秘密法或反不正当竞争法来进行的。

[51] (2007)京二中民终字第02155号, <http://www.bandcn.com.cn/html/2008/8/853.htm>, 2009年7月10日最后访问。

[52] 参见佚名:《金正科技电子有限公司诉摩托罗拉(中国)有限公司抄袭其广告作品》, http://www.lawtime.cn/info/zzq/zzqalfenxi/2006091933094_2.html, 2009年7月10日最后访问。

[53] 当然,即使原告在一审中即提出该主张,依据我国现行法律规定,法院也很难支持其主张。因为竞争关系的构成建立在具有同种使用功能或价值的同种类商品基础之上,而本案原、被告的产品是两种使用功能或价值完全不同的商品,双方之间不存在竞争关系,谈不上一方对另一方的不正当竞争问题。

最后，其他法律对创意的保护。

从国内实践来看，在创意保护方面，除了适用著作权法、反不正当竞争法之外，还存在借助民法基本原则及合同法规则进行保护的个案。这方面的典型案例有二：一是罗耀先诉万家乐集团公司等案，^[54]二是张兴德诉吉源公司案。^[55]在万家乐案中，一审法院判决认为，尽管原告的创意成果尚未构成著作权法下的作品，但依据民法基本原则（公平、等价有偿、诚实信用），仍应给予其以必要的法律保护。在后一案件中，法院以著作权侵权和合同违约为由判令被告承担赔偿责任，合同法规则是法院判决的主要依据之一，同时，考虑到该案中原告身为七旬老人、长达数年、案件历经起诉—上诉—发回重审—再次一审—再次二审—申请再审—再审被驳回—再次申请再审—再审的曲折历程，以及再审判决中有关被告使用原告创意进行广告宣传时间较长、影响较大、情节较严重，原判赔偿幅度偏低，未能充分保护著作权人合法权利之表述，我们也不难发现公平、等价有偿、诚实信用等民法基本原则在案件最终判决形成中的潜在作用或影响。^[56]

综上，目前我国当事人在创意被侵害时主要寻求的是知识产权法的保护，其中，著作权法被利用的频率最高，反不正当竞争法中的商业秘密条款也具有一定的适用空间，专利法和商标法则很少被适用。在知识产权法之外，诚实信用等民法基本原则在部分案件中也曾被用作保护创意的依据。从创意法律保护的实际效用上看，上述保护模式均明显力不从心，创意真正获得法律保护的概率非常低。此一局面与中国创意产业及相关理论研究均处于起步阶段的现实紧密相关，而随着中国创意产业的迅猛发展，如何为创意提供周延、适当的法律保护，已成为法学理论与实务界共同面临的一个紧迫课题。

四、中国创意保护的法律路径

如前文所述，国内有关创意保护的理论与司法实践均处于初创阶段，尽管已有部分学者注意到了这一问题，^[57]但在学理上尚未能形成诸如美国的多种保护理论，在立法上也未形成任何具体的规范。从国内司法实践来看，创意类纠纷则呈日渐增多趋势，法院在审理此类案件时所面临的困惑也日益突出。这一现状已导致实践中创意遭受侵权却无法获得救济之情形大量存在，并直接影响到了中国创意产业的健康发展。而从国际竞争角度看，在短期内，虽然拒绝对创意提供法律保护有利于我们以低廉甚至免费的成本接触到国外昂贵的知识或成功经验，^[58]但正如传统知识产权领域的情况一样，本土保护的不足必然导致本土创意产业发展受阻。并且，因创意不存在地域界限，当国内法律对创意保护不足时，难免导致国内创意向其他国家或地区流失，从而最终损害国内创意产业的国际竞争力。因此，本文认为，中国亟需从以下三个方面构建创意保护的法律制度。

[54] (2004)粤高法民三终字第179号，<http://law.yanjiao.com.cn/pl/s? a=a&id=83351>，2009年7月10日最后访问。

[55] 参见李亚彪：《策划方案侵权案终审宣判 长春七旬老人获赔25万》，中国保护知识产权网，http://case.ipr.gov.cn/ipr/case/info/Article.jsp? a_no=21049&col_no=66&dir=200610，2009年7月10日最后访问。

[56] 类似的结果也可以在赵继康诉云南卷烟集团公司“五朵金花”电影名称著作权侵权案的最终审理结果中看到。参见刘仁、李跃辉：《“五朵金花”终结版权7年恩怨》，国家知识产权局网，http://www.sipo.gov.cn/sipo2008/albd/2008/200806/t20080606_405918.html，2009年7月10日最后访问。

[57] 如有学者认为，创意兼具物权、债权和知识产权三重法律属性，处于物权与债权的过渡区域，并兼具知识产权客体的诸多特点。参见前引[14]，曾言文。另有学者建议增设思想观念提供权或创意提供权，将之作为一种专门的权利客体予以保护。参见前引[12]，李明德文。

[58] 比如，在电视节目领域，近年来流行的诸多节目都从国外电视节目中找到原型甚至是直接对其进行“克隆”的结果。参见前引[49]，韩寒文。

1. 在法律性质上, 将创意界定为一种独立的知识财产

首先, 将创意定性为知识财产, 是对之进行有效法律保护的基础和前提。如学者所述, 关于财产的一个基本定义是: 当一个物为某人所控制和支配时, 该物属于该人所有, 其就具有财产的地位; 当一个物不为任何人所控制和支配时, 它就不具有财产地位, 属于公共领域的一部分; 决定是否赋予一个物以财产地位要看赋予的结果是否会增进相关法律的潜在政策目标。^[59] 作为一个最上位的法律概念, 财产包括物、债、知识财产、股份等许多内容。对于创意而言, 一方面, 其在性质上虽然最接近于既有知识财产, 而与其他财产类型存在明显不同, 但其又不在既有知识财产范围内; 另一方面, 创意人对其创意所具有的利益又当然属于财产范畴。因此, 考虑到法律上财产分类的严谨性和法律操作的方便性, 最好的方式莫过于将创意定性为一种新兴的独立知识财产, 并将之纳入到既有的知识财产体系中来, 给予其知识产权保护。具体而言, 可将创意人对其创意所享有的权利命名为创意权或创意著作权,^[60] 将之作为著作权中一项新的权利类型, 对创意采取类似于计算机软件的专门保护方式。这样做既利于对其进行有针对性的法律保护, 也利于增进现行知识产权法律制度所应具有如下潜在基本政策目标: 确保知识产权权利人得到足够激励, 以生产更多对社会有益的知识产品; 同时防止个体对思想与观念的垄断, 确保公众能从知识产品中受益。

其次, 明确创意的独立知识财产属性是现代知识产权法律制度发展的内在要求。随着现代社会的快速发展和新技术的普及, 新的智力成果类型日渐增多, 包括知识财产在内的财产本身也存在一个类型逐步扩大、范围逐步扩张的趋势。^[61] 知识财产已经成为财产中最重要的组成部分。创意是创意人智力劳动的产物, 其本身包含有创意人的努力和汗水, 并通常能够给使用人带来一定的利益回报。明确创意的知识财产属性, 给予其与传统知识产权保护对象如作品、商标、专利、商业秘密等相类似的保护, 既是对创意作为人类智力劳动成果事实的确认, 也是知识产权法律制度本身发展与完善的客观需求。现代知识产权法律制度若缺少对此一现实生活中最具活力和发展前景之内容的规范, 其本身必然具有不完整性。

2. 在保护范围上, 应坚持创意判断上的相对新颖性和具体性标准

正如有学者所言, 作为创意的两大特征, 新颖性和具体性实际上是一种过滤装置, 通过该装置, 法院成功地拒绝了绝大多数创意保护的主张, 并避免了思想被垄断的恐惧、举证责任分配的困难和创意类案件的泛滥, 从而维护了思想领域的自由市场图景。^[62] 但对于思想领域自由市场的强调和其他目标的排除是一把双刃剑, 当法院拒绝保护那些花费了原告大量时间和精力、努力, 且被告从中获益的具有可行性的创意时, 这不仅仅是不公平的, 而且是对创意生产的一种打击。

本文认为, 法律对创意的保护必须兼顾为创意人提供充分激励和避免损害人们对公有信息的自由利用及思想观念的自由发展两方面利益的平衡。这一平衡的实现, 需要在评估创意时不能坚持过于严格的新颖性和具体性标准, 除非创意人和创意使用人在合同中特别约定了该等标准。^[63] 毕竟很难否认如下事实: 对于许多创意而言, 其核心价值的实现, 在许多情形下, 都需要对其本身作进一步修改或完善。在国内外既有的创意案件中, 被告对原告创意的利用或实施也

[59] 前引 [9], Andrew Beckerman-Rodau 文, 第 648 页。

[60] 笔者不赞成使用个别学者提出的“思想观念提供权或创意提供权”之称谓, 因为该称谓将创意一概归入思想的范畴, 对创意与其表达之间的密切关系关注不够, 严谨性有待商榷。并且, “提供权”本身将创意的保护限定于合同法路径, 也不利于对创意的充分法律保护。

[61] 参见吴汉东:《财产的非物质化革命与革命的非物质财产法》,《中国社会科学》2003年第4期。

[62] 前引 [15], Arthur R. Miller 文, 第 705、726、731 页。

[63] 这样也有利于减少或避免人们在创意保护情形下对公有信息利用自由之担心以及创意交易中的艾若信息悖论现象。

多是在修改完善基础上进行的,具有绝对新颖性并可立即实施的创意是极其罕见的。过于严格的新颖性和具体性标准,难免将大量创意排除在法律保护范围之外,并阻碍新创意的产生。而在存在合同约定的情形下,也很难一概认为缺乏新颖性或具体性的信息或服务就没有任何价值。例如,对于医生或律师群体而言,当他们面对同类病症或同类法律纠纷时,不同的医生或律师所提供的医治方案或法律对策创意很可能是基本相同甚至完全相同的,因为相关创意绝大部分已是本行业的公知性知识,并无任何新颖性可言,但这并不妨碍提供服务的医生或律师按合同约定收取服务费用。因此,我国在创意保护中应坚持相对宽松的新颖性和具体性标准,除非当事人另有特殊约定,只要原告能够证明其创意对被告具有一定的新颖性,创意本身有一定的可实施性或可操作性,被告实际全部或部分利用了该创意,该创意就应当受到法律保护。

当然,相对新颖性和具体性标准的适用也会引发一些疑问。比如,何谓相对的新颖性或具体性?创意受法律保护的界限到底应划在何处?相对新颖性与具体性标准的适用与赋予创意以著作权保护的主张之间是否存在矛盾?毕竟根据现行著作权法,作品只要具有独创性即可受到保护。将创意归入著作权的保护对象,同时又要求其应具备新颖性与具体性,这二者之间似乎存在逻辑上的冲突。

对于上述疑问,本文认为,首先,正如对于作品独创性的认定从来不存在一个天然标准、各主要国家做法也不尽一致一样,在创意的保护范围上,也不存在一个天然的、清晰的界限,创意新颖性和具体性判断标准的产生,必须依赖于积极甚至开创性的司法实践活动。但至少相对于作品独创性判断标准的漫长形成过程而言,创意新颖性和具体性标准的形成应不会存在更大的困难。其次,独创性作为作品享有著作权保护的一般条件,其本身并不排斥对创意保护额外提出新颖性和具体性的要求。因为创意的主要价值不在于其表达,而在于其实施可能带来一定的经济利益,这是其与一般作品的主要区别。正如计算机软件的核心“不在于其表达形式,而在于其设计原理、算法模型、处理过程和运行方法”^[64]一样,一个创意若仅具有独创性而不具有新颖性和可实施性,就不足以被称为创意。这正如并非所有的艺术作品都能称为民间文学艺术作品一样。另外,新颖性和具体性,在实践中主要应作为法院解决创意归属纠纷时的一种裁量标准,并应由法官在个案中结合原被告双方的举证情况等灵活掌握。如在具体性问题上,法院主要应考察被告是否实际利用了原告的创意并从中获益;在新颖性问题上,则应重点关注原告创意的独创性高度。在侵权认定上,则可运用著作权案件审理中普遍采用的“三步测试法”,进行“公有领域”和“接近唯一表达形式”的排除,之后再对原被告间的创意进行对比分析,看是否存在实质性相似。除非被告能证明其创意产生在先或有其他合法来源或者其创意虽产生在后但系自行开发、未接触过原告的创意,^[65]否则,若双方的创意基本相同,如创意的基本实施步骤、环节或构成要素等基本一致,即可直接认定侵权成立;若两个创意的基本要素不完全相同,但从普通社会公众或业内人士角度看,双方的创意构成实质性相似,也可认定侵权成立。

3. 在保护模式上,应确立以著作权法为主导、以合同法等法律为补充的系统保护机制

首先,应确立以著作权法为主导的保护模式。如前所述,本文认为,可赋予创意人以创意权或创意著作权,将创意作为著作权的保护对象之一。理由如下:一方面,创意与著作权法下作品的距离最为接近,著作权法能为创意人提供更周延的保护。尽管在国内现有案例中原告寻求以著

[64] 参见曹伟:《计算机软件版权保护的反思与超越》,载张玉敏主编:《中国欧盟知识产权法比较研究》,法律出版社2005年版,第110页。

[65] 这方面国外已有一些较成熟的经验可供参考。如在1984年“怀特菲尔德”案中,美国法院认为,被告未能按照电视行业的惯例对原告提供的电视节目脚本创意明确表示拒绝并原封不动的退回,而是打开并阅读了有关脚本创意,故其应当为其使用行为支付报酬。See *Whitefield v. Lear*, 224 U. S. P. Q. 540 (2d Cir. 1984).

作权法保护其创意的努力多以失败而告终,但这一现象从另一个角度也恰好说明创意与作品间的紧密联系、将创意纳入作品范围予以著作权保护的可能性以及通过其他法律保护创意的明显局限,如合同的相对性制约等。另一方面,著作权法律制度在其本身的发展中业已提供了一些可资借鉴的模式或经验。具体而言:

第一,借鉴计算机软件的保护模式,将那些具有一定新颖性和可操作性的创意纳入著作权法的保护范围。创意与计算机软件在核心价值体现上具有诸多相似性。计算机软件的著作权保护经历了一个从一般性程序和文档,到程序的组织、结构和顺序,再到程序的外观和感受,受保护范围逐步扩张的演变过程。此一渐进保护过程对于创意具有高度借鉴价值。本文认为,若将创意实施或执行中的关键环节作为表达纳入著作权的保护范畴,在理论和实践操作上都具有可行性。可尝试将相关创意分为两个或三个层次:(1)创意构思,重点考察其独创性;(2)深层逻辑设计,即创意构成上的结构、顺序和组织;(3)创意的具体表达。可以将处于第(2)、(3)层次的创意内容作为作品给予著作权保护。另外,亦可借鉴德国学者提出的作品表达分为“外在表达”和“内在表达”之理论,将那些能够区分出两个或三个层次的创意(如影视节目的创意模板等)归入作品内在表达的范畴,并给予其著作权保护;^[66]将那些无法区分出任何层次的创意归入纯粹思想的范畴,不给予著作权保护。

第二,建立独立的创意登记或备案制度,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,而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。国内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、^[67]深圳市实施的平面设计作品版权保护制度^[68]等。

第三,借鉴国外成熟的保护经验,对创意进行类型化总结并给予著作权保护。如影视节目的模板或脚本、体育竞赛的赛程表等,在英国、美国、荷兰、卢森堡等不少国家已被法院纳入著作权法的保护范围。^[69]对于这些经验,完全可以本着拿来主义的精神,进行本土化完善后直接适用之。当然,将创意纳入著作权法保护范围必然导致著作权保护对象的扩张,保护实践中亦难免引发对著作权法思想与表达二分法之基本原则的冲击,故在借鉴吸收国外经验时,应紧密结合中国创意产业的发展实际,渐进为之,避免操之过急,以免引发既有著作权保护秩序的混乱。

其次,应充分发挥合同法等法律的辅助保护作用。相对于著作权法,合同法、反不正当竞争法等法律在创意保护中的效力虽较弱,但其各自所具有的独特优势又是著作权法所欠缺的。具体而言,在存在合同关系的情形下,创意人与创意接受人之间是一种类似于医生或律师与其客户之

[66] 参见沈萃:《电视节目形式创意的版权保护》,《中国广播电视学刊》2005年第3期。

[67] 上海市知识产权局于2008年1月1日起推行“创意信封”登记备案制度,即创意设计人可以从上海市、区(县)两级知识产权管理部门领取特制的连体“双胞胎”信封,按照信封要求填写个人相关信息,并将个人创意设计清楚地表述在信件上,一式两份分别封存于“创意信封”内,交给上海市知识产权局进行备案登记。上海市知识产权局将加盖骑缝章等信息的连体信封中的一个信封返还申请人,另一个存档。该制度的目的是为创意人保护其创意提供证据支持。

[68] 深圳市在2007年12月29日出台的《深圳市平面设计作品版权保护办法》(深府办〔2007〕185号)第5条规定:“平面设计作品的实质部分,即平面设计作品的创意表达受法律保护。知识产权行政管理部门鼓励平面设计作品著作权人在创作过程中采用签定分阶段合同、约定商业秘密、及时登记和备案等方式保护作品版权不受侵犯。”该办法的创新点也是强调对创意及创作过程的著作权保护。

[69] 参见睦鸿明、刘珏:《广告创意法律保护方法浅议》,《中国广告》2008年第4期;Tania S. L. Cheng, *Does Copyright Law Confer a Monopoly over Unpreserved Cows*, 28(5) E. I. P. R. 280 (2006). 法国与荷兰的法院,甚至已将香水的气味本身列入著作权法的保护范围。See Tania Su Li Cheng, *Copyright Protection of Haute Cuisine: Recipe for Disaster*, 30(3) E. I. P. R. 99 (2008).

间的服务关系,这种关系更易于为人们所接受,创意人的证明责任也较易完成,只要其能证明其创意对创意接收人具有一定的价值即可。并且,合同或契约观念的倡导与普及,有利于最大限度地将潜在的各类创意纠纷化解于无形。在合同外第三人不当利用他人创意的情形下,反不正当竞争法则正好能够弥补合同法保护创意之不足,实现对合同外人员不当获取、披露或使用他人创意(当创意构成商业秘密时)行为的有效规范。当然,创意与商业秘密在主体、涵盖范围等方面的差异,决定了该等规则在创意保护中效用的充分发挥还有赖于中国未来立法中对商业秘密范围及主体的适度扩张。

最后,应重视诚实信用等民法基本原则在创意保护实践中的补漏功能。当创意人不能寻求著作权法、合同法及其他法律救济,而法律不介入将显失公平或被告行为显属不当得利时,法院在个案中依据诚实信用等民法基本原则进行裁判,恢复当事人间失衡的利益关系,也是实现案件实质正义的需要。在相关创意保护的法律规则出台之前,为确保各地法院对创意类纠纷的审判质量,则应由最高法院或高级法院就创意案件的审理经验进行适时总结并发布一些指导性案例,以为下级法院的审判工作提供必要的指引。

Abstract: The legal protection of “ideas” is a basic and critical issue that many countries’ creative industry has to face during its recent development. As one kind of burgeoning intellectual product, “ideas” has close relationship with works, trademarks and other traditional intellectual products. But “ideas” has its independent contents and value. In general, “ideas” should possess some novelty and concreteness, although the judgment criteria are different in different countries.

In the U. S. A. , which has the most abundant experiences about the legal protection of “ideas”, a variety of legal theories concerning its jurisprudence foundation have been developed during the long-term evolution, such as the property theory, the contract theory, the unjust enrichment theory and the confidence relationship theory, etc. These theories and the corresponding legal protection approaches have important value for many other countries to learn from them.

In China, the theories and the judicial practice of the legal protection of “ideas” are in leading strings for the time being. In practice, people whose ideas have been infringed seek relief mainly by the intellectual property law (the copyright law and the anti-unfair-competition law). In some cases, the plaintiffs also seek relief through the contract law or the basic principles of civil law. But the number of the cases sued to the court is small, and there are few plaintiffs who win the case in the end, with the absence of the concrete rules in the present law and the lag of the legal research.

This article finally holds that, in order to guarantee the healthy development of the creative industry, China should construct its legal protection system from three aspects. Firstly, in terms of its attribute, we should define “ideas” as a type of independent intellectual property. Secondly, in terms of its protection scope, the criteria of relative novelty and concreteness of ideas should be adhered to. Thirdly, in terms of its protection patterns, we should establish a systematic protection mechanism with the copyright law in dominance and the other laws in supplement.

Key Words: ideas, legal protection, copyright
