

优秀论文:律师如何开拓和发展知识产权维权业务---“小肥羊”不正当竞争案办案启示录 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_E6_c122_484586.htm 内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司（前身为包头小肥羊酒店）创建于1999年，历程磨难，现已发展成为全国驰名、挺进国际的跨国餐饮连锁企业。从2001年起，在国家级评选活动中，小肥羊公司先后被评为中国餐饮百强企业第二名、中国企业500强、中国名火锅、中国驰名商标等称号。截止2004年，小肥羊公司店面数已达到700余家，并在香港、美国、加拿大均已设立公司，实现产值43个亿。在中国以羊肉作为餐饮主要原料的餐饮企业中，内蒙古小肥羊公司可谓是只“领头羊”。这种强劲的广告效应，使之傍名牌者蜂拥而至，因此打假维权的工作非常艰巨。笔者从2003年起开始介入，近三年的办案实践使我体会到，最高境界的维权需动用众多律师参与，而如何降低当事人的维权成本，则是律师开拓和发展知识产权业务必须研究的课题。

一、从“小肥羊”案件的由来看如何开拓知识产权业务 内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司是从原包头小肥羊酒店发展而来，始建于1999年，现有证据证明，以“小肥羊”作为企业字号进行工商注册登记的它是第一家。由于其羊肉来自内蒙古大草原优质羔羊肉，火锅汤料有其独特的配方，故开业不久，便迅速火爆市场，其加盟连锁店很快向省外发展。这种强劲势头，使“小肥羊”的创业者们敏锐地意识到，应将这块金字招牌进行服务商标注册，然而他们的最初申请在1999年12月遗憾地被国家商标局所驳回。其理由是“小

“小肥羊”商标在当时缺乏显著性特征。2001年12月1日颁布实施的新的《商标法》确立了一个非常重要的原则，即实践中有些在用的商标虽不具有显著性特征，但经过长期使用，已被广大消费者认可，提到该商标，相关的消费群体马上知道该商品或者服务的来源，从而具备显著性特征，那么就可以作为商标注册。这种立法上的新变化，促使小肥羊公司于2001年12月18日再次提出了“小肥羊及图”组合商标的注册申请。由于我国商标管理现行体制上的弊端，直到2003年2月14日国家商标局才初步审定“小肥羊及图”并予以公告。此后便引起五家搭车攀附“小肥羊”的餐饮企业和汤料生产企业提出了所谓商标异议。在我国现行商标异议审查制度上，审查是无法定期限的，这是一个焦虑等待的漫长过程。那么在商标异议期间内蒙古小肥羊公司对“小肥羊”所享有的是一种什么样的权利状态？它能否成为受到法律保护的知识产权？适用的法律又是什么？显而易见，如果律师能够很好地回答这些问题并拿出解决方案，无疑他将取得此项业务。在对上述情形详细论证后，最初我们认为，商标是区分不同商品和服务来源的标记，那么在“小肥羊”商标未注册下来之前，“小肥羊”应视为我们企业的商号或字号。商号或字号它是区分市场不同经营主体的标记，从民法角度讲，它应构成市场经营主体一项重要的民事权利。然而在我国由于法律制度上的原因，商号与字号权的保护范围极为有限。基于这种考虑，我们决定应从特有名称权入手通过《反不正当竞争法》实现法律保护。我们认为是内蒙古小肥羊公司首先将“小肥羊”作为服务项目名称使用在餐饮服务项目上，700余家连锁加盟店已覆盖全国，这表明其已成为知名服务。提起“小肥

羊”，相关的消费群体首先联想到的是“不沾小料涮羊肉”这种餐饮服务，而不是传统的涮羊肉。这表明，内蒙古小肥羊公司将“小肥羊”用于餐饮服务行业，通过自己苦心经营，已使“小肥羊”具有了特定的市场含义，具有了显著区别性特征。在相关的消费群体中，提起“小肥羊”广大消费者很自然地将这种知名服务与内蒙古小肥羊公司联系起来。这些特征表明，“小肥羊”已构成内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司所提供的“不沾小料涮羊肉”这一知名服务的特有名称。根据《反不正当竞争法》第五条第二项规定，擅自使用知名商品特有名称的行为为不正当竞争行为。因为我们决定将权利范围界定为知名服务特有名称，适用《反不正当竞争法》这一法律武器进行系列的维权诉讼。这一方案得到了小肥羊公司决策者的认可，由此这一新的业务被我们开拓出来。

二、制定严密的工作方案与维权策略是确保业务开拓成功的基础。认定一个企业的字号已构成其特有名称，在理论上当当时存在很大争议，在实践中无可供参考的判例，在2003年6月我们提起的第一件起诉调料生产企业的案件，从一立案便引起了媒体的高度关注。之所以关注，就在于“小肥羊”维权诉讼案具有新闻卖点；其二该案是餐饮服务企业起诉调料生产企业，它是运用知名服务特有名称实现跨类保护的第一案。为什么在具有开创性的第一案上，我们不选择同类起诉而要选择跨类起诉，主要基于如下考虑：其一，跨类保护难度较大，突破难点，以后的维权将相对容易；其二，首选的被告企业当时是对“小肥羊”商标提出异议的极具代表的企业；其三，在不同类别的比较中，认定是否构成知名服务，是否构成知名服务特有名称相对容易一些。在形成上述共识的

基础上，我们首先在理论上付出了巨大的投入，对各种争鸣中的理论观点进行了深入的研究与剖析。我们深知，对新业务的开展，如没有较深的理论研究那是无法开展工作的。其次要有娴熟的诉讼技巧。这当中取证及证据链组成是一项非常艰巨的工作。例如在公证处的监督下，进行问卷调查，通过广大的消费者来确认该项服务知名程度，以此判断能否构成知名服务；通过对“小肥羊”了解程度，判断消费者是否清楚地知道“小肥羊”的市场含义是什么；通过对汤料产品的辨认，看消费者是否对市场主体发生混淆。如果不形成完备的证据，此类诉讼要想胜诉是非常艰难的。在我们这个泱泱大国中，一个商品或服务要想成为知名商品或服务并非易事，它需要优秀的质量，特有的风格，当然还需大量的广告投入等。在其成为知名的过程中，强大的广告效应和公众吸引力，引导着众多的攀附者、搭车者纷沓而至，这是利益驱动的必然结果。当众多的搭车者同举一样的旗帜时，一个具有特定市场含义的特有名称往往会被通用化，进而失去其显著性特征，而成为通用名称。事实上这些问题在以后发生的系列诉讼中，始终是双方争执的焦点，媒体关注的焦点，同时也是各地、各级法院争议的重点。近三年的持续诉讼，虽说争论仍然存在，但是已经生效的高级别的人民法院的判决还是确认了，是内蒙古小肥羊餐饮公司最先将“小肥羊”作为服务名称用于餐饮行业，其服务特点是“不沾小料涮羊肉”，它与此类服务的通用名称“涮火锅”有着显著区别，相关消费者提起“小肥羊”自然会想到是“不沾小料涮羊肉”，“小肥羊”已具有特定的市场含义，而非是对一、两岁小羊的习惯叫法。正是这种显著区别性特征，因而已构成知

名服务的特有名称。根据新《商标法》规定，有的原本虽缺乏显著性，但因长期使用，广为消费者熟知，取得显著特征，便于识别，那么就应作为商标注册。而“小肥羊”并非固有的餐饮行业的通用名称，而是首先被内蒙古小肥羊公司将“小肥羊”作为服务项目名称用在餐饮服务项目上，众多的国家级机构评审结果表明，其已具有很高的知名度，而广大的消费者已将“小肥羊”这一服务项目名称与内蒙古小肥羊公司紧密地联系在一起，实际上已起到区分商品来源的作用。正是基于此，国家商标局作出裁定对“小肥羊及图”商标予以核准注册。国家商标评审委员会在2004年底也驳回了异议复审理由。虽然此案尚在行政诉讼中，但不论结果如何，都不能否定我们律师在开拓这项业务时是成功的。目前在我国类似知名商品或服务特有名称被侵权的案件是很多的，不知所措者也是很多的，只要我们律师勇于开拓，前景将是关好的。

三、知识产权业务的发展取决于全国及至全球的律师联手维权，否则这项业务很难发展，而且会动摇一个法治社会的基础。这个问题的提出是源于知识产权侵权现象大量存在。在我们这样一个幅员辽阔的国家，如果要将攀附名牌者，搭乘便车者全部取缔消灭，那是一项非常宏大的工程。这不仅需要支付非常昂贵的维权成本，而且需要大量的人力投入。例如异地调取侵权证据，到异地的差旅费用、购买侵权产品费用、现场公证费用；再如，调取餐饮侵权企业的侵权利润证据在实践中是非常难取的，因为纳税会计报表大多是不真实的，所以只能进行日营业额调查，这个调查成本是非常巨大的。由于证据不足，赔偿请求很难得到支持。耗费巨资回报如此之低，导致被侵权企业只能无奈地听之任之。这

种无奈是我国法制的悲哀。所以为了减少当事人的维权成本，就需相关地区的律师联合作战，这样即可以减少调查费用，同时也可以节省人力，利用各自的地缘优势，共同维护委托人利益。在这种合作框架下，当事人委托律师维权的意识将会大大提高，与此相适应，律师在开展知识产权业务工作方面也将出现业务增长点。在现实生活中，知名服务、驰名商标都是被侵权对象，而且自己的权利被侵害了自己都不知道；即使知道又苦于调查取证成本巨大，又不得已而放弃之。而要消除上述障碍，律师这支法律服务大军应是首选部队。因此只要我们积极参与、勇于开拓，律师在知识产权维权方面必将发挥重大作用。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com