



时尚设计的抄袭认定、保护困境和路径选择

朱楠

(上海政法学院经济法学院, 上海 201701)

摘要: 版权法排斥对实用功能的保护, 根据“分离测试”的规则, 时尚设计能获得的版权保护仅限于产品外表的图案、花纹、色彩组合、设计图纸和样板。时尚成品因为具有实用功能往往处于保护范围之外, 这是版权法的坚守, 同时也符合时尚产业自身求快、求变的客观实际, 符合时尚产业长期竞争的需要。规制时尚抄袭, 固然可以借助知识产权等专有权, 但同时也可以探讨建立专有权体系之外的制度: 一是通过市场先发优势构建品牌价值; 二是通过行业自治, 探索集体管理、集体谈判模式。

关键词: 时尚设计; 保护范围; 抄袭

中图分类号: D913

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851 (2019) 10-0548-09

Plagiarism establishment, protection difficulty and alternative option of fashion design

ZHU Nan

(School of Economic Law, Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai 201701, China)

Abstract: Practical function is not protected under copyright law. According to the rules of "separability test", copyright protection which can be gained by fashion design is only limited to the pattern, combination of colors, design drawing and clothing template. Fashion finished products are often beyond the scope of protection due to the practical function, which is the principle of Copyright Law, conforms to the objective reality of pursuing speed and changes in the fashion industry, and also complies with the long-term competition needs of fashion industry. Intellectual property is significant to regulate fashion design plagiarism, but the systems beyond exclusive right system can be established: to establish core value of brand through the first mover advantage; to explore collective management and collective negotiation mode through industry autonomy.

Key words: fashion design; scope of protection; plagiarism

抄袭是对创造的致命伤害, 对追求不断创新的时尚设计来说, 抄袭成风会成为时尚产业持续发展的障碍。版权法是规制抄袭的重要法律规范, 但遗憾的是其仅能对有限部分提供保护。现有研究主要是从服装或时尚设计所能获得的知识产权保护入手, 综合分析著作权法、外观设计专利和商标法能提供的保护手段, 或聚焦服装样板或成衣是否受保护的问题。本文采用以案例研究为主的研究方法, 以服装设计抄袭认定为核心, 分析对比了自 2001 年以

来的 14 个相关案例, 分类研究其中的保护思路和抄袭认定思路, 探析时尚设计在版权法律下所获得的保护力度。另外, 不同于既往研究, 本文进一步分析了导致这一结果的时尚生态成因和竞争法原因, 并提出适应于时尚产业客观状态的解决方案。

一、时尚设计的保护范围和抄袭认定

(一) 时尚设计

时尚设计是对时尚产品的设计。时尚这一概念

收稿日期: 2019-08-16 网络出版日期: 2019-09-16

基金项目: 教育部人文社科基金青年项目(15YJC820086)

作者简介: 朱楠(1978—), 女, 山东昌邑人, 讲师, 博士, 主要从事知识产权法方面的研究。

盛行于大众消费的商品经济社会,时尚产品一方面以满足人的穿戴行为实用目的,另一方面则在视觉上传达物质享受、精神愉悦、意象体验、价值实现和地位象征^[1],如服装、皮具箱包、珠宝和手表等都属于承载时尚设计的时尚产品。时尚设计可以是时尚产品的外观设计,可以是其结构设计,也可以是其局部的设计。

时尚设计不是纯粹的艺术,而是实用物品和艺术的结合,在产业层面上体现为艺术家和制造商的结合,在消费层面上体现的是人类对日常实物的审美追求。

(二) 分离测试实践下的保护范围

1. 排斥实用性

版权法保护的客体是作品。所谓作品必须属于有独创性的文学、艺术或科学表达。版权法排斥实用性,不保护实用功能,这是知识产权法律体系不断演化的结果。知识产权权利自身体系化和类型化的尝试之一就是将其划分为文学产权和工业产权,这种划分有着深刻的历史原因。早在1791年,法国专利法的起草人德布孚拉曾经提出“工业产权”的概念,随后各国相继接受,逐渐形成以专利、商标、商号、产地标记以及反不正当竞争为内容的工业产权,并在此基础上形成了《保护工业产权的巴黎公约》。工业产权之外的和工业产权客体有着共同的非物质性特征的著作权成为了知识产权中的另一类型。《保护文学艺术作品的伯尔尼公约》在模仿《巴黎公约》基本原则和构造的基础上也缔结形成,至此知识产权内部的两个类型基本形成。这一体系化尝试的合理性在于对知识产权的客体以能否工业化以满足生产需求为标准进行的划分,文学产权的成果满足的是主体的精神审美需求,工业产权的成果则主要用于生产制造,由此形成实用/非实用二分法。

有学者从两者权利边界界定成本差异方面对其分类进行了理论剖析,认为发明的技术效果可验证、可重复、比较稳定,能够用文字等加以描述,因此,授权的成本可以预见和控制。作品则带有个体的主观性和任意性,创作行为相对发明行为为较容易和常见,因此,难以对社会个体的创作进行系统和完整的审查,授权的成本会因审查而无法预见和控制。这就形成了两者在权利产生方式上的分野,也因此属于不同的权利类别^[2]。

总之,版权法不能涉足实用性、功能性成果,这成为了现代知识产权制度中的一个基本规则。

2. 分离测试在时尚设计保护中的应用

在实用/非实用二分法的规则下,能受到版权法保护的时尚设计可以被笼统地归纳为其中具有单纯艺术

性或审美性的部分。因此,分离测试的规则被发展出来用以判定某一设计是否可以受到版权法的保护。设计中的美学元素部分如果能物理性地或观念性地独立于实用功能的部分,则该设计可以获得版权保护,反之,版权法不能涉足^①。这一规则诞生于美国的司法实践,近年来在中国的司法实践中也多有应用。

笔者以时尚设计的核心——服装设计为对象,归纳了从2001年至今的服装设计侵权案件,从中均可以看到分离测试应用的实践。总的来说,在分离测试下,服装上的图案或印花是可以独立于服装的穿戴功能而被“分离”出来的,因此被认定为属于美术作品,抄袭图案或印花则构成著作权侵权^②。

其次,服装设计的另一大变化在款式上,如裙装及长短裙、衬衫及长短袖以及服装局部的款式变化,如领口、袖口、口袋。人类的服饰发展至今,可能的变化几乎均能在历史中找到,款式变化实际上只是各种类型的重组和叠加,从这个意义上来说,想要达到独创性的标准是比较难的。如在上海山高水长服饰有限公司诉颜大伦、冯大伟著作权纠纷案中,原告主张其波浪花边延长、变清代短褂为细长旗袍、大襟粗线条变圆滑线条、衣领变为细纹均属于有独创性的设计。法院则认为,这些改变恰恰证明了相应元素已经在清代短褂中出现,且各元素的排列位置也与清代短褂上的位置基本一致。波浪花边的延伸处理尚未达到独创性的要求。这些所谓的创作点是基于服装款式的变化,均不属于美术作品范畴的独创性^③。可见款式的具体变化很难突破公有领域中现存的基本元素,即使基本元素重新叠加组合,也会因为服装的穿戴功能限定了个性化的发挥,很难达到独创程度。

再次,成衣抄袭是服装侵权案件中又一常见的诉争焦点。成衣是否能够获得著作权法的保护,条件是成衣的艺术性能够在物理或观念上独立于其实用性而存在^④。其中实用性是指该物品或产品有无

① Mazer v. Stein, 347 U.S. 201 (1954)。

② 上海山高水长服饰有限公司诉颜大伦、冯大伟著作财产权纠纷案,上海市高级人民法院(2009)沪高民三(知)终字第94号;广州市杰晖服装有限公司等与李春著作侵权纠纷案,广州市中级人民法院(2010)穗中法民三终字第32号;广州赫斯汀服饰有限公司与武汉市凯莉欧服饰有限公司著作财产权属、侵权纠纷案,湖北省高级人民法院(2018)鄂01民终10841号判决书。

③ 上海山高水长服饰有限公司诉颜大伦、冯大伟著作财产权纠纷案,上海市高级人民法院(2009)沪高民三(知)终字第94号判决书。

④ 上海陆坤服饰有限公司与上海戎美品牌管理有限公司、苏州日禾戎美商贸有限公司著作财产权属、侵权纠纷案,上海市黄浦区人民法院(2016)沪0101民初27687、27688、27689号判决书。

实用功能,如成衣的基本功能是可穿戴,起到保温遮挡的效果;艺术性则要求该物品达到一定的艺术创作程度,能够产生审美体验,从审美上来说,成衣至少不应被一般公众仅仅看做是一件衣服,而应当是一件艺术品^①。据此,司法实践中,多数涉案成衣因为主要体现的是穿戴功能,所谓设计往往和穿戴功能交织在一起无法被“分离”,因此大都不被认为构成作品^[3]。

最后,服装设计制作过程中的必经步骤是图纸设计和打版,打版形成的是服装样板,那么服装设计和服装样板能否获得著作权法的保护呢?服装设计图是点、线、面等元素根据数值大小和长短、位置关系、角度等形成的精确图形,可以构成著作权法中的图形作品^②。

服装样板在实践中存有争议。在上海发勋帝贺商贸公司与广州万想贸易公司侵权案中,针对诉争的“平步青云”系列休闲服装的样板(下称“平步青云”案),法院认为:样板汇聚了设计人员和专业制版师具有独创性的智力劳动,构成图形作品,应当受到著作权法的保护^[4]。上海陆坤服饰有限公司与上海戎美品牌管理有限公司、苏州日禾戎美商贸有限公司著作权权属、侵权纠纷案^③中(下称“戎美”案),一审法院认为服装样板只是生产服装的必要工具,不能受到著作权法保护,但二审法院认为样板是对设计平面图的进一步表达和演绎,将服装的结构说明演进成了与成衣更接近的平面图块,因其汇聚了相关人员的智力劳动,构成图形作品,应受到著作权法的保护。

在另一起有关连体工作服的著作权纠纷中(下称“连体工作服”案),法院在判决中首先肯定了服装设计和样板之间的关系:设计图是基础,样板是从图到成衣的中间环节和必经途径,是对设计图的表达和演绎。其次,法院进一步指出,样板又不同于设计图。设计图体现的是设计人员对服装整体的理解,而样板是专业制版师基于设计图对服装各个组成部分的理解,制版师的创造体现在制版过程中往往要通过初级纸样制作、试坯布、修改纸样等多个步骤才能形成最终定型的样板^[4],这里制版师同样投入了包含尺寸处理、位置变化等方面的智力劳动。因此服装样板也构成图形作品,理应受到著作权法的保护。但涉及孕妇服的一起著作权侵权案^④中,针对诉争的防辐射马甲裙、吊带和肚兜服装样板,法院则认为:服装样板是设计图到成衣的中间环节,根据著作权法原理,服装样板同服装都属于实用品,具

有功能性,只有符合艺术性的要件,才能受到著作权法的保护。

实际上,从有设计思路到形成设计图,再到制成服装样板,最终根据样板加以剪裁加工,这是服装从设计到成型的一个整体过程。期间,设计的表达在逐渐具体化和数值化,因此服装样板相对于服装设计图来说更能体现数值大小或长短的精确性。如果服装设计图是点线面的组合的话,则服装样板同样属于点线面的组合,只不过更为精确,更能满足剪裁和加工的需要。从著作权法的角度来说,样板对设计图要么是复制,要么是进一步的演绎,取决于设计图的精确程度,两者实质上都是以线条及其位置关系作为表达的图形作品。如果认为服装样板是生产制作服装的工具的话,服装设计图同样也是生产制作服装的工具。某一对象可以作为工具来使用并不意味着对象本身不构成作品,比如,人体模型教具可在医学教学中使用,但并不排斥其可以作为模型作品获得版权保护;制造玩具的模子既是压模的工具也可以满足模型作品的要求。可见,功能的存在不必然抹杀可版权性,仅当美学元素无法独立于功能时该产品才属于非版权对象。

在承认服装设计图、服装样板属于作品的前提下,依照设计图和样板制作服装的行为并非受著作权法规制的侵权行为,即这种行为不属于版权法上的复制。虽然著作权中的复制权包含平面到立体的复制行为,但是复制的仍然是作品上的美学元素,图形作品因为呈现的是“科学之美”,关注的是数据的精确性形成的图形表达,体现的是线条之间的位置关系。这种“美”是无法通过生产成衣而复制再现的,成衣仅仅使用了图形作品上的数据,并未复制图形表达本身,即成衣已经脱离了图形作品的范畴,既呈现出具体的图案、印花、造型和款式,又具备了穿戴功能。

① 上海发勋帝贺商贸有限公司与广州万想贸易有限公司著作权纠纷案,广州市南沙区人民法院(2013)穗南沙法知民初字第423号判决书。

② 上海发勋帝贺商贸有限公司与广州万想贸易有限公司著作权纠纷案,广州市南沙区人民法院(2013)穗南沙法知民初字第423号判决书。

③ 上海陆坤服饰有限公司与上海戎美品牌管理有限公司、苏州日禾戎美商贸有限公司著作权权属、侵权纠纷案,上海市知识产权法院(2017)沪73民终280号。

④ 某公司诉被告某某公司侵犯著作财产权纠纷案,上海市卢湾区人民法院(2010)卢民三(知)初字第118号判决书。

因此在服装设计上,能确定获得著作权法保护的有图案、印花、设计图和服装样板,但成衣或成品基本处在保护范围之外。在其他类型时尚产品的设计保护上,这一结论基本适用。

(三)分离测试突破的可能性

1. 中国司法实践的尝试

“分离测试”是判定实用物品能否受到著作权法保护的一个实践原则,但因其具有一定的主观性总显得不够完美。在“戎美”案中,法院在实用/非实用二分法的基础上试图突破分离测试。该案二审法院认为:在判断成衣是否属于版权作品时,需要判断成衣的造型、结构和色彩组合而成的整体外型是否体现了作者具有个性化的安排和选择,即艺术部分是否超越实用部分,如果服装仍属日常穿衣范畴,则不具有独创性^①。在“平步青云”案中,法院提出:成衣的创作程度至少应使一般公众足以将其看作艺术品^②。在广州翼凡服饰发展有限公司与东莞市集酷实业有限公司著作权权属纠纷案中,法院同样提出原告涉案夹克及休闲裤设计图中所称的具有独创性的部分仍是服装设计的通用元素,不足以使一般公众将该夹克或者休闲裤看作艺术品。在上述三案中,法院并没有具体分析涉案服装实用性和艺术性是否可以分离,而是侧重于比较诉争对象的实用性和艺术性的大小。艺术性超越了实用性,以致服装已经不再是遮体、保温甚至起一般装饰作用的实用产品,而必须呈现出足够个性化的美学元素,才能获得著作权法的保护。这一尝试被学界称为程度标准^[5],这实际上是对服装设计创新提出了更高的要求,或者说,服装的独创性相较其他类型的作品而言,门槛较高,这对中国追求“中国创造”这一目标当然是有裨益的。

但程度标准至少还面临着下述问题:其一,实用性和艺术性两者的比重如何确定?要回答这一问题,则必然要对两者分别加以判定和比较,其中实用功能可以获得比较客观的评价,但艺术性或美学元素的部分则会带有不可避免的主观化倾向。其二,艺术性评判及其比重判断的标准是什么?如前述“平步青云”案中,法院提出“一般公众标准”,即对公众来说诉争对象究竟是艺术品还是仅供穿戴的牛仔裤。在胡三三诉裘海索案^③中,法院则认为服装艺术作品确实存在其特有的创作规律,在判断服装艺术作品的艺术性时,本领域的专家通常情况下比普通欣赏者或消费者更加专业。可见,案件的尺度不一致,艺术性能否超越实用性的评判标准是不明确

的。其三,实用性和艺术性之间的关联关系是否还需要考量?在上述案件中,法院均只就实用性和艺术性的程度加以对比,并没有考虑实用功能和美学表达之间的关系。但是,若美学元素和实用功能交织在一起,则此时保护艺术性部分,即使艺术性的比重超越实用性,也有用版权法保护实用功能之嫌。如在“连体工作服”案中,法院认可连体工作服设计特征的美感,但同时指出,“服装整体的‘t’型、中腰收紧的‘x’型以及迭式立领、暗门式拉链、贴袋、插袋、袖袋、拉袢和子母扣的设计在体现原告所述美感的同时,不可避免地体现了实用功能。”^[4]因此其功能性的部分只能受到工业产权法的保护,而非著作权法。而基于实用/非实用二分法,至少“程度标准”是应当以承认分离测试为前提的。可见“程度标准”虽然试图突破“分离测试”的不确定性,但仍有其无法圆满的缺陷。

2. 美国司法实践的尝试

分离测试虽在司法实践中被普遍接受,但其自身也面临着诸多不确定性。其中“观念可分离”在美国司法实践中就存在版权局标准、主要辅助标准、客观需要标准、普通观察者标准、设计流程标准、完整存在标准、适销可能性标准、Patry标准和主客观标准^④。

美国法院在 *Star Athletica v. Varsity Brands* 案中,就对分离测试的适用进行了新的尝试。第六巡回上诉法院在分离测试的基础上提出:先确定固有的实用性部分,该实用性部分是否是“不仅呈现物品外观”及“不仅仅传递信息”。再进一步由观察者确认上述实用功能能否被分离出来,如果在观察者的假想中,实用部分和美学部分可以彼此分别独立并存,则版权法提供保护^⑤。美国最高院多数认可了第六巡回上诉法院的判决结果,但对其裁判理由仅做了有限的关注,最高院主要根据美国版权法

① 上海陆坤服饰有限公司与上海戎美品牌管理有限公司、苏州日禾戎美商贸有限公司著作权权属、侵权纠纷案,上海市知识产权法院(2017)沪73民终280号。

② 广州翼凡服饰发展有限公司与东莞市集酷实业有限公司著作权权属纠纷案,东莞市第一人民法院(2015)东一法知民初字第143号判决书。

③ 胡三三诉裘海索、中国美术馆著作权侵权纠纷案,一审北京市第二中级人民法院(1999)二中民初字第145号判决书,二审北京市高级人民法院(2001)高知终字第18号判决书。

④ *Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc.*, 799 F.3d 468 (2015)。

⑤ *Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc.*, 799 F.3d 468 (2015)。

110条给出了裁判理由:首先诉争对象可被视为能和实用物品分离的二维或三维艺术品;其次如果其能和实用物品分开想象,其自身符合美术、图形或雕塑作品的,但并不延及服装的剪裁、形状和物理尺寸^①。



图1 拉拉队服装设计

即使巡回上诉法院和最高院在该案中努力突破或细化分离测试,其尝试还是遭到了批评,即这种“假想”分离并没有解决分离测试的不确定性,反而增加了诸多未知因素^[6]。判决理由忽略了指引下级法院具体实施的方式^[7]。也有评论指出,最高院的对于实用物品分离测试的判决实际上就是个死结,仅能解决实用物品上的美学元素的版权保护,无法延伸至整个实用品提供版权保护^[8]。

由上可知,对于服装设计而言,能够确定获得著作权法保护的只有图案、服装设计图和服装样板。而成衣上的领口形状、衣袖长短、裙子造型、剪裁方式、口袋贴缝等因为属于实用功能的一部分而无法获得版权法保护。成衣整体除非具有高度的艺术品位和个性化的美学元素是无法获得著作权法保护的。

(四)实质相似的认定

在美学元素能获得版权法保护的前提下,时尚设计的抄袭认定采取“接触+实质相似”的规则加以判定,原告如能举证证明被告具有接触自己作品的可能性,而被告不能证明自己属于独立完成设计的,则会构成“接触”。通常原被告之间如果存在过基于诉争设计的合作关系、委托关系、加工关系的,被认定为“接触”的可能性比较大。

实质相似则需要将原被告的设计作品进行对比,达到实质相似程度的则被认定为著作权侵权。其中是否实质相似涉及到主客观标准问题。从客观标准来说,基于思想和表达两分法:首先,应剔除时尚设计中属于思想范畴的内容,如简约、淑女、中性等风格,如城市生活、未来感、环保等理念。其次,应当剔除公有领域已有表达和完全反映客观事物样貌

在本案中,金斯伯格大法官则主张摒弃分离测试,认为本案的拉拉队服装设计(见图1)实际上就是在服装上复制再现的艺术作品,服装是设计的物质载体。

的表达,比如:豹纹属于自然存在的动物条纹;祥云、仙鹤等早已存在于中国传统服装的装饰中;波点是通用元素。再次,评判的是作品表达上的整体相似程度,而非差异程度^②。对于服装的图案来说,比较的是线条、形状、颜色之间的相似程度;对于服装设计图、服装样板而言,应比较两者线条关系和位置关系的相似程度。

实质相似的主观标准是指从主体的感受来看是否构成实质相似。无论在客观角度怎样评判作品间的相似,均是通过人进行判断,离不开人的主观感受。其中的“人”一般认为应当是普通公众,而非专业人士或某一领域的专家。如美国司法实践中遵循“普通观察者”测试法。中国的理论和实践也基本遵循这一标准^[9-10]。原因是作品的受众是一般公众,而非特定群体,更不像专利一样还承担着公示技术情报信息的职责。时尚设计虽然存在高端、中端和低端市场,但是市场中的消费者也仍然属于一般公众,不是“专家”。如在胡三三诉裘海索案中,一审法院提出了普通欣赏者标准,二审法院虽然认可上诉人(原告)提出的对服装艺术作品艺术性的判断,也同意本领域专家判断艺术性时当然比普通欣赏者或消费者更为专业,但法院同时指出,对服装艺术作品艺术性的判断标准和法律上判断服装艺术作品是否侵权的标准绝不等同,不能混为一谈^③。

① Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc., 137 S. Ct. 1002, 1007 (2017)。

② 差异的大小可以用来评价独创性,但不能用来评价作品抄袭。

③ 胡三三诉裘海索、中国美术馆著作权侵权纠纷案,一审北京市第二中级人民法院(1999)二中知初字第145号判决书,二审北京市高级人民法院(2001)高知终字第18号判决书。

二、时尚设计保护困境的成因分析

实用功能和艺术价值的统一本是时尚设计业的追求,然而其结果却往往被版权法拒之门外,看似极不合理,但其实自有原因。

(一)时尚设计综合性和版权法保护特定指向性的错位

工业文明的发展促进了大众消费,时尚已经不再是少数群体或有限领域的小众追求,最早的时尚仅仅指的是棉布和亚麻布的印花,最早的时尚仅传播于贵族和上层社会。但今天,时尚已渗透于各类产品,服装、包袋、首饰钟表、家具家居甚至汽车和电子产品。这就决定了时尚设计可以是这些产品整体造型的设计,可以是图案或颜色的设计,可以是局部结构的设计,也可以是上述诸种设计之结合。今日的时尚已经是大众普遍追求的时尚,这就决定了时尚设计必须考虑到大众喜好和日常使用上的适应性,这就是时尚设计的综合性。应该指出的是,法律作为上层建筑是为经济基础服务的,因此时尚产业作为社会客观的经济活动,其无法主动适应法律规范的,而应当是法律主动依照经济实践进行确立和调整。因此时尚的原创者无法做到严格按照著作权法的规则进行设计,只能按照客观的设计规律和经济需求进行设计。著作权法仅能就智力创造成果中的一部分,即属于文学、美学和科学表达的部分提供保护,如前所述,这并不是著作权法的缺陷,而是著作权法的坚守。综合性的时尚设计需要的是全方位的法律保护,其与著作权法发生部分错位就是应有之义了。从另一个角度来说,想用著作权法解决时尚设计的全部保护问题是行不通的。

(二)时尚设计的嬗变性和版权保护稳定性不相匹配

时尚唯一不变的是变化。英国诗人王尔德曾说过:“时尚是一种让人难以忍受的丑陋,以至于我们不得不每六个月就更改一次”^①。时尚如何变化则受到人的欲望、生活方式和时代需求等因素的影响。这些因素决定了时尚设计的创新活跃度较高而流行周期短。高端市场上的四大时装周每年两季,每季众多高端品牌都要推出新品,中低端市场基本跟风高端品牌的设计,而就如淘宝的服装店铺也要周周持续性地更新新品,即所谓“快时尚”。新设计的推出意味着旧设计的出局,即旧设计已经不能满足持续盈利需求了。在市场已经自行淘汰某一创造成果的情况下,法律上给予长期的排他性保护意义并不

大。或者说版权法提供的长达50年(或作者终生及后50年)的排他保护,对于文学艺术类作品而言具有维持其长期获利、传播其知识成果的正面效应,但在高度产业化、市场化的时尚设计类作品上,这个效应并不明显。

实际上,中低端品牌跟风抄袭大牌的现象很常见(见图2)。但被抄袭者并不会都会诉诸法律手段解决,因为来年的新设计很快就会抛弃今年的跟风之作。因此高端设计师往往凭借强有力的设计创造力和潮流引领力更快地获得市场和声誉,而跟风抄袭者只能拾人牙慧。同时正是因为跟风抄袭的存在,才能较快速地形成某种潮流,从高端市场传递至大众市场,这在时尚设计届形成了一种别样的“自恰”^[11],抄袭虽然使得原创者的经济利益受到一定损害^[12],但并没有严重损害创新,欧美的时尚设计业一直在繁荣发展。可见,版权法的保护在促进时尚设计创新方面并非唯一手段。



图2 品牌抄袭案例^②

(三)保护困境的竞争法意义

竞争法旨在保证市场资源供应充足,降低交易成本,从而促进竞争。那么,时尚设计会否因为仅得到有限保护而发生资源不足或者交易成本过高而竞争不充分的现象呢?

应当承认,时尚设计仅能获得有限的专有权保护。这是因为,一方面版权法保护存在困境,另一方面即使时尚设计师们寻求其他专有权体系,如专利法或商标法。但是专利申请周期较长,即使外观设计或实用新型专利在中国的申请周期已经提快至6~8个月,但因这两类专利仅作形式审查,这会给相应的专利权带来极大的不稳定性;而通过商标保护

① 原文:“A fashion is merely a form of ugliness so absolutely unbearable that we have to alter it every six months!” Oscar Wilde in his spoken lecture on *Personal Impressions of America* at least as early as September 1883.

② 图片来源 <http://www.thefashionlaw.com/home/fashion-piracy-paradox-are-there-benefits-to-the-practice-of-knockoffs>; <http://www.vox.com/2018/4/27/17281022/fashion-brands-knockoffs-copyright-stolen-designs-old-navy-zara-h-and-m>.

的时尚设计通常适用于能够长期使用的标识或元素,但这依然和时尚产业快速变化的客观实际不相符。可见时尚设计领域的创造性成果依然会大都处于专有权体系之外,那么缺少保护是否会导致时尚设计领域“公地”的出现,资源荒废,从而发生所谓的“公地悲剧”^[13]呢?事实上,创造性成果是无体物,不会发生有形损耗甚至灭失,其正外部性——知识福利——会使更多的人获益。创造性成果的“公地悲剧”主要体现在对创新动力的损害上,而“悲剧”发生与否只与交易成本有关。成本过高的公共产品会发生利用不足,如古代皇室对某些知识技术的垄断使得民间完全无法利用;成本过低的私有产权也会发生利用过度,如网络盗版,其直接传播的成本远远低于获得授权的成本。可见,作为专有权的知识产权体系确属一种降低和平衡交易成本的制度安排,但绝不是唯一的一种。反而如果存在过多的专有权,可能会导致“反公地悲剧”^[14]的出现,即每一专有权人都有权阻止他人未经许可的利用,使得使用人面临过高的谈判成本和授权成本,那么设计资源只能被闲置或发生利用不足。如美国的音乐使用就面临着过多的上游分散权利以致侵权风险增高而难以利用传播^[15]。

对时尚设计来说,专有权保护的不足并不是个必被谴责的缺陷。时尚产业事实上的繁荣说明其并没有发生“公地悲剧”,虽然存在版权法无法制止的一些所谓“抄袭”,但原创设计成果并不会被消耗掉,原创的动力依然比较充沛。反之过多地建立保护可能会消解时尚设计的快、变和流行,使其不符其名。正如法院在相关判决中所述:从服装的发展历史来看,随着时代的发展,其在款式、色彩等方面都会有不同程度的变化与创新。如果允许设计者个人垄断所有的服装变化与创新,则个人利益与社会公共利益可能会发生失衡^①。

综上,如果承认制度是派生出来的话,那么派生出制度的基础就是经济的客观内在机制。时尚设计的综合性和嬗变性就是时尚产业的客观内在机制,这一客观性决定了时尚设计的保护制度必然不能仅诉诸于版权法或专有权体系。那么,在专有权体系之外,还可以寻求或建立哪些制度手段呢?

三、有别于知识产权体系的路径选择

(一)通过市场先发优势构建品牌价值

通过市场先发优势构建品牌价值是对时尚设计自我利益的一种保护方式。市场具有自我调节的能

力。市场中的自由竞争遵循优胜劣汰的法则,因此优势资源通常会流向竞争力强的市场主体,在时尚产业而言,也就是创新能力强、销售渠道广的原创设计者会成为竞争主力。新设计出现必然会带来跟风、模仿或抄袭,抄袭虽然会导致损失,但市场先发的提前量可以给原创者带来大部分的优势和声誉^[16],只要保持强劲的创新力,就可以不断获得新设计带来的先发优势和市场先占利益,抄袭导致的损失可控。因此,时尚设计追求的变和快使得强势创新成为其核心价值。从正向来看,强势创新不断创造出先占利益;从反向来看,强势创新具有恢复市场自律、抵消利益损失的作用。比照知识产权体系来看,通过强势创新来恢复市场秩序的成本要低得多。

当下,随着信息传播的迅速和数字化技术的发展,新设计先发优势的持续时间可能越来越短,抄袭者可能在其之后的一周左右就能开展仿制品的生产甚至销售了,因此,仅瞄准先发优势显然不够。重要的是,通过先发优势或者设计上的“首创”建立品牌价值,这实际上就是将设计创新上的利益移转化为品牌价值。品牌价值的核心包括原创设计师的个人声誉,其设计作品的创新程度和竞争力以及商标的构建和保护。其中设计的创新程度和竞争力是品牌利益的实质,设计师的声誉是其延伸,商标保护是具体手段。创新利益转化为品牌价值后能建立良好的市场形象,形成良好的竞争效应。在这样的产业环境中,如果继续依靠抄袭获利既不会见容于行业,也会在消费端自掘坟墓。

(二)行业自治

通过行业自治是反对和抵制时尚设计抄袭的另一种保护方式。比较著名的抵制抄袭的行业自治实践是1932—1942年期间的美国时尚原创者协会(Fashion Originators' Guild of America,简称“协会”)。协会成立于1932年,其会员包含了当时纽约最重要的12家设计公司。协会的宗旨是保护原创设计不被抄袭和剽窃。为此目的,协会会员缔结了联盟协议,承诺不向出售仿冒品的销售商销售自己的设计商品,同时为激励原创,协会严禁抄袭欧洲设计。为了获得协会的保护,会员需要向协会提交设

^① 见原告某公司诉被告某某公司侵犯著作财产权纠纷案,上海市卢湾区人民法院(2010)卢民三(知)初字第118号判决书;上海发励帝贸商贸有限公司与广州万想贸易有限公司著作权纠纷案,广州市南沙区人民法院(2013)穗南法知民初字第423号判决书。

计图和描述,并作出原创承诺,相应的设计就会在协会注册。在审查上,普通和惯常的设计会被拒绝注册。而会员之间相互承认彼此的原创注册设计。在协会注册的设计会在相应产品上加以标注,注册人则对注册设计享有六个月的独占权^[17]。

协会首先通过“拒绝仿货”的声明来约束与其合作的服装零售商,凡是销售协会设计师商品的百货公司或店铺均需要签署这样一份声明。其次,为加强对零售商的管理,协会通过“白牌”和“红牌”的方式区分和公布合作零售商和不合作零售商。对于被举“红牌”的不合作零售商,协会会员均不得向其销售自己的设计商品,各会员的供应商如纺织品公司等也会拒绝与之交易。这种管理方式基本切断了零售商可能销售仿冒品的供应链条。再次,协会还发展出一套独有的“保证机制”,即在销售订单中有专门条款规定:设计制造商保证设计商品不是仿冒品,否则零售商有权退货,这就在供应链条的最上游保证了原创。最后,协会还对会员及零售商进行财务审计和商品抽查,一经发现会员抄袭或零售商销售仿品,都将受到处罚^[17]。随着协会会员的增加和每年在协会注册设计的增加,全美零售商很难选择在其规则之外另售其他商品,因此百货商店中的仿品渐少,到1936年,协会反抄袭的宗旨基本达成^[18]。

总的来说,协会实际上在既有的版权法和专利法之外,自创了一个带有审查、调查、裁判和处罚性质的行业组织,这迅速引发了疑问:行业自治的权限应如何界定?

协会先后遭遇了两起诉讼:一是Filene's百货公司在1936年对协会提起的反垄断诉讼,二是1939年美国联邦公平贸易委员会(FTC)对其提起的反垄断诉讼。前者胜诉,但后者败诉并终结了协会的自治实践,后一诉讼最终由美国最高法院进行判决。最高法院认定协会构成《谢尔曼法》之下的意图垄断,这会剥夺公众从自由竞争中的获利。协会准司法性质的审查并未改善抄袭,反而加深了矛盾^[18]。

协会失败的原因主要在于法外设权,版权和专利权都是法律允许的垄断,因此行业自治只能在立法允许的范围之内建立相应规则,知识产权是法定权利,因此法律上尚未被承认的“权利”不允许私人约定确立,当然也不会允许法外的私人垄断。但协会在10年期间的自治实践至少能够说明,设计师的联合治理和集中谈判模式是有效的,只是需要严格遵守一国的反垄断法。事实上,这种联合治理、集中谈判的模式在版权法的体制下早已得到了法律的认

可,即著作权的集体管理制度。在时尚设计领域,对于原创的图案、花纹、设计图纸和样板等版权对象完全可以借鉴同样的集中管理制度,通过集体谈判防止在销售端出现模仿和抄袭现象。

四、结 语

时尚设计覆盖广泛、综合,追求多变、快速,这是其基本生态。时尚设计业需要持续创新,这是其核心价值。上述客观状况决定了:其一,抄袭对时尚设计的损害是可以控制的;其二,能够完全适用于时尚设计产业的制度不可能以某种单一形式出现。在规制抄袭上,版权法及其他知识产权法都仅能针对其中的部分提供保护,时尚产业需要从各类知识产权中获得综合保护手段。更为关键的是,坚守住其强势创新的核心,探索设计行业的集体治理是完全符合其内在发展需求的,而集体治理的范围和程度应以法律认可的专有权为限。

参考文献:

- [1] 顾庆良.时尚产业导论[M].上海:上海人民出版社,2010:20-21.
- [2] Long C. Information costs in patent and copyright[J]. Virginia Law Review, 2004,90(2): 465-548.
- [3] 刘继祥.英特莱格公司实用艺术著作权纠纷案[J].电子知识产权,2003(5):23-26.
- [4] 徐俊.服装样板可以作为图形作品受到著作权法保护[N].人民法院报,2007-06-11(5).
- [5] 冯晓青,付继存.实用艺术作品在著作权法上之独立性[J].法学研究,2018,40(2):136-154.
- [6] Davis T. A missed opportunity: The supreme court's new separability test in star athletica[J]. Berkeley Tech L J, 2019,33(4): 1091-1114.
- [7] Anonymous. Star Athletica, L.L.C. v. Varsity Brands, Inc.[J/OL]. Harvard Law Review, 2017,131(1):363-372[2019-08-16]. <https://harvardlawreview.org/2017/11/star-athletica-l-l-c-v-varsity-brands-inc/>.
- [8] Ginsburg J C. Courts have twisted themselves into knots: U.S. copyright protection for applied art[J]. Colum J L & Arts, 2016,40(1):1-52.
- [9] 梁志文.版权法上实质性相似的判断[J].法学家,2015(6):37-50.
- [10] 杨雄文,王沁荷.美术作品的表达及其实质相似的认定[J].知识产权,2016,26(1):44-50.
- [11] Raustiala K, Sprigman C J. The piracy paradox: innovation and intellectual property in fashion design[J]. Virginia Law Review, 2006,92(8):1687-1775.

- [12] Appel G, Libai B, Muller E. On the monetary impact of fashion design piracy[J]. International Journal of Research in Marketing, 2018, 35(4): 591-610.
- [13] Hardin G. The tragedy of the commons[J]. Science, 1968, 162(3859): 1243-1248.
- [14] Heller M A. The tragedy of the anticommons: Property in the transition from Marx to markets[J]. Harvard Law Review, 1998, 111(3): 621-88.
- [15] Jyh-An L. Copyright divisibility and the anticommons American university [J/OL]. International Law Review, 2016, 32(1): 117-163[2019-08-16]. <https://ssrn.com/abstract=2850922>.
- [16] 田村善之.日本知识产权法[M].周超.李雨峰.李希同,译.4版.北京:知识产权出版社,2011:9-23.
- [17] Dreyfuss R C, Ginsburg J C. Intellectual Property at the Edge: The Contested Contours of IP [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2014: 160-168.
- [18] 朱楠.工业品外观设计美国保护模式之演进和批判[J].科技与法律,2016(5):958-975.

(责任编辑:秦红嫚)